Comisión Colombiana de Juristas
Organización no gubernamental con estatus consultivo ante la ONU
Filial de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra) y de la Comisión Andina de Juristas (Lima)

Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)

Bogotá, marzo de 2010

Calle 72 # 12 – 65 piso 7 | www.coljuristas.org | info@coljuristas.org | teléfono: (+571) 7449333| fax: (+571) 7432643 | Bogotá, Colombia

Tabla de contenido

Introducción

Parte I. Marco conceptual

Capítulo 1. Aspectos generales

1. Fuentes internacionales de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales
2. Índole de las obligaciones del Estado colombiano en relación con los derechos económicos, sociales y culturales

Capítulo 2. Contenido y alcance de la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales

1. La prohibición de regresividad en el PIDESC
2. La prohibición de regresividad en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos

Capítulo 3. Control de las medidas regresivas en derechos económicos, sociales y culturales

1. Tipos de examen de medidas presuntamente regresivas
2. Examen de medidas presuntamente regresivas y utilización de indicadores de derechos humanos
3. Control de las medidas regresivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Parte II. Adopción de medidas regresivas en Colombia (2002 – 2008)

Capítulo 4: Reforma laboral (Ley 789 de 2002)

1. Regresividad.
1.1. Regresividad normativa
1.2. Regresividad de resultados
2. Análisis de las razones presentadas para su aprobación
2.1. Razones presentadas en el trámite legislativo
2.2. Examen de la Corte Constitucional
2.3. Validez de las razones invocadas por el Estado
2.4. ¿Funcionó la reforma laboral de 2002 en la generación de empleo?
3. Síntesis

Capítulo 5: Reformas al régimen de transferencias (Actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007)

1. Regresividad.
1.1. Regresividad normativa
1.1.1. El régimen de transferencias en la Constitución de 1991
1.1.2. El acto legislativo 01 de 2001
1.1.3. El acto legislativo 04 de 2007
1.2. Regresividad de resultados
1.2.1. Comportamiento de los recursos del Sistema General de Participaciones
1.2.2. El caso de la educación: comportamiento de los recursos de la educación preescolar, básica y media
2. Análisis de las razones presentadas para su aprobación
2.1. Razones presentadas en el trámite del acto legislativo 01 de 2001
2.1.1. Estabilidad de las finanzas públicas y sostenibilidad del gasto público en salud, educación y saneamiento básico
2.1.2. Flexibilidad del crecimiento de las transferencias
2.1.3. La eficiencia para obtener cobertura y calidad
2.2. Razones presentadas en el trámite del acto legislativo 04 de 2007

2.3. Examen de la Corte Constitucional
2.4. Validez de las razones
3. Síntesis

Capítulo 6: El capítulo de propiedad intelectual del Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU.

1. Anotaciones preliminares sobre la propiedad intelectual y su impacto en el acceso a los medicamentos
1.1. El acceso a medicamentos como componente del derecho a la salud
1.2. Protección de la propiedad intelectual en materia de medicamentos
1.3. Protección de la propiedad intelectual y acceso a medicamentos en Colombia

2. Regresividad.
2.1. Regresividad normativa
2.1.1. Protección de datos de prueba
2.1.2. Marcas
2.1.3. Patentes
a) Duración de las patentes
b) Alcance de las patentes
2.2. Regresividad de resultados
2.2.1. Protección de datos de prueba
2.2.2. Marcas
2.2.3. Patentes
3. Análisis de las razones presentadas para su aprobación
3.1. Razones presentadas en el trámite de la ley 1143 de 2007
3.2. Examen de la Corte Constitucional
3.3. Validez de las razones
4. Síntesis

Conclusiones

Recomendaciones

Bibliografía

Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)

Introducción

El propósito de este trabajo es realizar una evaluación de algunas de las reformas legislativas impulsadas por el Gobierno nacional y aprobadas por el Congreso de la República en el período 2002-2008, a la luz de la vigencia de la obligación estatal de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas, que se desprende del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y de varios instrumentos adoptados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Lo anterior supone entonces tener esta obligación (prohibición), que constituye un estándar jurídico internacional con fuerza vinculante en el ordenamiento interno, como un parámetro para evaluar algunas medidas adoptadas por el Estado colombiano en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Los resultados de esta investigación de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) son presentados dentro de este documento en dos partes.

En la Primera parte se construye el cuerpo categorial con el cual se realizará el examen de la regresividad de las reformas legislativas aprobadas. Con esta perspectiva, en el Primer capítulo, denominado *Aspectos generales*, (1) se hace una reconstrucción de las fuentes internacionales que permiten determinar el contenido y alcance de los derechos sociales y de las obligaciones estatales en la materia, dando cuenta de su estatus dentro del ordenamiento jurídico colombiano, al tiempo que (2) se presentan brevemente las obligaciones estatales de carácter inmediato comunes a todo el conjunto de los DESC.

A continuación, en el Segundo capítulo se presenta el fundamento y alcance de una de estas obligaciones, en particular de aquella que impone al Estado el deber de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas (prohibición de regresividad), a partir del PIDESC y de las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de Naciones Unidas (CDESC), de un lado, y con base en los instrumentos del SIDH, del otro.

Por último, en el Tercer capítulo de la Primera parte, se da cuenta de los dos tipos de análisis que podrían ser utilizados en el control de las medidas regresivas, ya sea en sede judicial o simplemente en el monitoreo de políticas públicas (examen normativo y examen de resultados) mostrando que se trata de dos perspectivas complementarias, que pueden ser incluso utilizadas de forma armónica en un mismo análisis.

En la segunda parte de este trabajo, y con base en las herramientas conceptuales trazadas en la primera, se hace un análisis de la regresividad de tres reformas legislativas, aprobadas en el período 2002-2008[1], las cuales constituyen un retroceso en el nivel de realización de los DESC en Colombia: (1) la reforma laboral (ley 789 de 2002); (2) la reforma al Sistema General de Participaciones (actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007); y (3) la ley 1143 de 2007, por la cual se aprueba el acuerdo de promoción comercial suscrito entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos (en cuanto al capítulo 16 del tratado sobre la protección a la propiedad intelectual).

Por último, se presentan algunas conclusiones y recomendaciones que indican que, en los asuntos relacionados con las reformas estudiadas, el Estado colombiano no ha tenido en cuenta, como criterios para formular e implementar políticas públicas, la obligación de progresividad en materia de DESC y la prohibición de regresividad que se deriva de ella. Este trabajo demuestra que el Estado colombiano, antes que avanzar hacia la efectiva y completa garantía de los DESC para el conjunto de la población colombiana, ha adoptado medidas que constituyen retrocesos deliberados que carecen de suficiente justificación de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

[1] Se toma esta serie de tiempo para el análisis, teniendo en cuenta que corresponde al período materia del V Reporte de la República de Colombia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Aunque Colombia debió presentar su informe periódico ante el Comité el 30 de junio de 2006, lo rindió apenas el 22 de enero de 2008. V Informe de la República de Colombia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. E./C.12/COL/5. En ese sentido, este informe espera constituir un aporte al debate ante el Comité de DESC de Naciones Unidas, al tiempo que procura ofrecer un análisis para otros espacios internacionales de examen de medidas regresivas en DESC, así como, eventualmente, su examen en el ámbito interno por parte de los tribunales locales. También conviene anotar que el espacio de tiempo del que se ocupa este informe coincide con el primer período presidencial (2002-2006) y con los dos primeros años del segundo período presidencial (2006-2008) de Álvaro Uribe Vélez y que las reformas estudiadas fueron impulsadas por su administración.

Parte I
Marco conceptual

Antes de realizar el examen del retroceso que constituyen algunas reformas legislativas aprobadas en Colombia en el período 2002-2008, resulta necesario definir las fuentes jurídicas relevantes para efectuar ese análisis, así como presentar un panorama general de las obligaciones inmediatas que le competen al Estado colombiano en relación con el conjunto de los DESC, en particular con aquella que exige a los Estados abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas.

Capítulo 1
Aspectos generales

En este capítulo se presentan las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que permiten determinar el contenido y alcance de los DESC y de las obligaciones estatales en la materia. Se trata de un panorama de los estándares relativos a respeto, protección y satisfacción de los DESC, y de las razones para afirmar que tales estándares son vinculantes en el orden interno colombiano. Lo anterior constituye un marco de referencia necesario en este trabajo, si se tiene en cuenta que dentro de las obligaciones estatales en materia de DESC, desarrolladas en el derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra aquella que exige de los Estados abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas (obligación de no regresividad/prohibición de regresividad).

1. Fuentes internacionales de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales

Mediante la ley 74 de 1968 el Estado colombiano ratificó el PIDESC. Conforme al Artículo 93 de la Constitución Política colombiana de 1991, el Pacto hace parte del orden interno, por la vía del denominado bloque de constitucionalidad[2], y es por lo tanto una de las principales

[2] La Corte Constitucional se ha pronunciado acerca del alcance del Artículo 93 constitucional, así: *"12. El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden*

fuentes de interpretación del contenido y alcance de los DESC[3], así como de las obligaciones que estos comportan para el Estado.

Sin embargo, la incorporación en el orden interno de lo establecido en el PIDESC debe complementarse con la interpretación (asignación de sentido) que de sus normas ha hecho el órgano autorizado para el efecto, el Comité de DESC, pues *"la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto"*[4]. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad relativo a los DESC, utilizado en este documento para la determinación de las obligaciones estatales en cuanto a su respeto, protección y satisfacción, está integrado por las normas del PIDESC y la interpretación del CDESC[5].

Varias razones muestran la necesidad de acoger estos criterios:

1. Desde el punto de vista normativo, la utilización de las observaciones del Comité de DESC y los informes de los relatores especiales se impone conforme a lo dispuesto en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969). En efecto, esta disposición obliga a interpretar las normas de los tratados (como el

---

limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado. El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción. En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia". Corte Constitucional, sentencia T – 1319 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

[3] DESC por su nombre en español, ESCR por sus siglas en inglés. Se entiende en este Informe por derechos económicos, sociales y culturales el catálogo de derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), por ejemplo, el derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a participar en la vida cultural. Víctor Abramovich y Christian Courtis señalan cómo en la tradición constitucional se habla de "derechos sociales" y en el derecho internacional de los derechos humanos se denominan "derechos económicos, sociales y culturales". Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta. 2002, pág. 19. En consecuencia, las dos expresiones son utilizadas indistintamente en este informe.

[4] Corte Constitucional, sentencia T – 1319 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

[5] Incluso, dada la interdependencia existente entre todos los derechos, vale decir, entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, deben ser atendidos los desarrollos doctrinarios de otros órganos de protección de los derechos humanos, en la definición de las obligaciones estatales en materia de DESC y en la evaluación de su cumplimiento, como por ejemplo: El Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos del Niño, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia de la OIT, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

PIDESC) de buena fe, *"tomando en consideración su objeto y fin, el sentido corriente de sus términos, los trabajos preparatorios y las prácticas relevantes"*[6].

El uso por parte de diversas instancias, tanto judiciales como administrativas, nacionales e internacionales[7], de las Observaciones Generales del CDESC, de los informes de los relatores especiales, e incluso, de los Principios de Limburgo y de Maastricht, ha terminado convirtiéndose en una "práctica relevante", que no podrá ser desatendida como pauta de interpretación relevante[8] acerca del sentido del Pacto y del contenido de los derechos sociales.

2. De otro lado, como bien lo advierte la Corte Constitucional, normas de textura abierta como las que consagran los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta Política, no pueden ser interpretadas con alusión a otras normas igualmente generales, como las contenidas en el PIDESC. De esta manera, para dar cumplimiento a lo previsto en el art. 93 de la Constitución, es decir, para interpretar derechos constitucionales, como son los DESC[9], conforme a los tratados

---

[6] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 70.

[7] Como por ejemplo el propio Comité de DESC. En el caso colombiano la Corte Constitucional ha venido utilizando de forma reiterada las observaciones generales del CDESC, los informes de los relatores, los principios de Limburgo y los de Maastricht, en sentencias como la C–251 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), T–958 de 2001 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett), C–936 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett) y T–701 de 2004 (M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes): *"Este artículo [Art. 1 del PIDESC] consagra entonces la obligación esencial que adquieren los Estados en relación con estos derechos, a saber, el llamado deber de realizar progresivamente la plena efectividad de estos derechos. Para ello la norma retoma lo esencial del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales de las Naciones Unidas. Ahora bien, este deber de realización progresiva ha sido objeto de importantes desarrollos doctrinales que conviene tener en cuenta, con el fin de precisar el alcance de las obligaciones que está adquiriendo el Estado colombiano conforme al presente convenio. Por ello la Corte se referirá a la doctrina internacional más autorizada en la materia, la cual está contenida, de un lado, en los diversos informes oficiales elaborados por el Relator y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y de otro lado, en los llamados "Principios de Limburgo", adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastricht, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales".* Corte Constitucional, sentencia C – 251 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[8] *"(...) en materia del derecho a la Salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, como intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93), ha señalado las condiciones para la adopción de medidas que puedan llegar a implicar un retroceso".* Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[9] Con excepción de los derechos al agua y a la alimentación, que no fueron contemplados de forma explícita en la Carta Política, esta reconoce expresamente los derechos establecidos en el PIDESC: trabajo (Art. 25), derechos laborales individuales (Art. 53) y colectivos, incluyendo la libertad de asociación sindical (Art. 39) el derecho de negociación colectiva (Art. 55) y de huelga (Art. 56), derecho a la seguridad social (Art. 48), derecho a la protección de la familia (Art. 44), derecho a la vivienda (Art. 51), derecho a la salud (Art. 49), derecho a la educación (Arts. 44, 45 y 67), derecho a participar en la vida cultural (Arts. 44, 67, 68, 70 y 71) y en los beneficios del progreso científico (Art. 67, 70 y 71). La vía de incorporación al bloque de constitucionalidad, de los instrumentos de derechos humanos relativos a los derechos sociales consagrados dentro del texto de la Constitución Política, es la contemplada en el Inciso 2 de la Carta Superior: **"***Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".* Esta regla es aplicable incluso en el caso de los derechos al agua y a la alimentación adecuada, los cuales, no obstante no estar reconocidos de forma explícita y autónoma en la Carta Política (salvo la alimentación en el caso de los niños y niñas, Art. 44), se desprenden de lo establecido en varias de sus disposiciones, en particular del reconocimiento del principio de dignidad humana, del derecho a la vida y del derecho a la salud.

internacionales sobre derechos humanos, deben ser atendidas las normas del Pacto mismo y la interpretación que de ellas ha hecho el Comité de DESC.

3. Atendiendo los resultados del trabajo del CDESC y de los relatores de Naciones Unidas, se evita la indeterminación en la que caerían muchos de los derechos contenidos en el Pacto, si se diera exclusiva cuenta de lo prescrito en sus artículos. En efecto, muchos de los que hoy se denominan derechos sociales perderían buena parte de su contenido actual si fuera desatendido el trabajo doctrinario del Comité de DESC y de los relatores de las Naciones Unidas. Este es el caso, por ejemplo, de los derechos a la vivienda adecuada, a la alimentación y al agua, que cuentan con escaso reconocimiento normativo en el PIDESC, pero que se han ido consolidando gracias a la labor emprendida por tales órganos. En otras palabras, negar el carácter vinculante del trabajo doctrinario del Comité DESC y de los relatores de Naciones Unidas sería tanto como vaciar de todo contenido algunas de las garantías sociales desarrolladas en los más de treinta (30) años de vigencia del Pacto.

4. Igualmente, el uso de los informes de los relatores especiales y de las observaciones generales del Comité de DESC permite desarrollar un conjunto de garantías necesarias para verificar la plena satisfacción de los derechos previstos en el Pacto. En efecto, una de las dificultades que se oponen a la plena realización de los DESC es la ausencia de una *"estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para los nuevos derechos sociales"*[10]. En este sentido, ha sido notable el aporte del Comité y de los Relatores de Naciones Unidas, que han ido abriendo el camino para el surgimiento de un garantismo "específico" para los DESC, que dé cuenta de la diversidad de sus prestaciones[11].

---

[10] Luigi Ferrajoli, "Estado social y Estado de derecho", En *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, Maria José Añón y Christian Courtis (Comp.) México D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, pág. 12

[11] Los derechos sociales requieren al menos de tres tipos de garantías: (1) las garantías normativas constitucionales (legislativas y administrativas), (2) las jurisdiccionales constitucionales y, (3) las sociales, en las que la ciudadanía se erige como defensor de los DESC: *"ya que sólo un amplio proceso deliberativo y dialógico impulsado desde abajo, por los propios colectivos involucrados, puede propiciar un esquema de derechos no sólo para los "sin derechos" sino con los "sin derechos". Es decir, no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas, y por tanto revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos de las políticas sociales, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos constitucionales por parte de los potenciales afectados".* Gerardo Pisarello, "El estado social como estado constitucional: mejores

5. Así mismo, esta interpretación de las fuentes jurídicas internacionales relativas a los DESC permite diseñar e implementar indicadores de evaluación suficientemente comprensivos de la amplia gama de prestaciones y elementos que hacen parte del contenido de los derechos sociales. En otras palabras, la construcción de indicadores para evaluar el nivel de cumplimiento de los compromisos estatales en materia de DESC, antes que restringir el contenido de estos (siguiendo al pie de la letra lo previsto en el Pacto), debe atenerse a una línea interpretativa amplia y garantista de ellos, que dé cuenta de su desarrollo en las Observaciones Generales del Comité y en los Informes de los relatores. Por esta razón, este trabajo tiene en cuenta los aportes del CDESC y de los relatores como parámetros en la evaluación de las políticas públicas en materia de DESC en Colombia.

2. Índole de las obligaciones del Estado colombiano en relación con los derechos económicos, sociales y culturales

Uno de los reparos más frecuentes al reconocimiento de los DESC y a la posibilidad de avanzar hacia su exigibilidad judicial radica en la creencia conforme a la cual los derechos civiles y políticos generan por su estructura únicamente deberes negativos o de abstención (no hacer) mientras que se piensa que los derechos sociales comportan necesariamente obligaciones positivas (hacer) que por lo general requieren de recursos públicos para su garantía. Esta noción de los derechos sociales se acompaña de una objeción de orden económico para su reconocimiento y eficacia, en virtud de la cual la exigibilidad, e incluso la propia juridicidad de este tipo de derechos, dependerían de la disponibilidad de recursos por parte del Estado[12].

No obstante, como bien lo anotan autores como Víctor Abramovich, Christian Courtis[13], Gerardo Pisarello[14] y Rodrigo Uprimny[15], los derechos civiles y políticos no sólo implican

---

garantías, más democracia", en *Derechos sociales, Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, Maria José Añón, y Christian Courtis (Comp.) México D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea. 2003, pág. 46.

[12] Salomón Kalmanovitz, "El modelo antiliberal colombiano", Bogotá, mimeo, escrito para el seminario de la Universidad de los Andes *Hacia la construcción del modelo de desarrollo económico y social para Colombia*, Bogotá, mayo de 2000.

[13] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 28.

deberes de abstención, sino también obligaciones positivas, y así mismo, los derechos sociales generan a cargo del Estado obligaciones tanto positivas como negativas. Conforme a lo anterior, se debe reconocer en todos los derechos, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, toda una compleja gama de prestaciones tanto positivas como negativas, que vienen a constituir su estructura y determinan las posibilidades de su eventual exigibilidad judicial.

De esta manera, *"el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos, a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si limitamos las obligaciones estatales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales sólo al tercer nivel (satisfacción) y las vinculadas con los derechos civiles y políticos sólo al primer nivel (respeto)"*[16].

2.1. Obligaciones de respeto, protección y satisfacción

Con base en el referente sustantivo de las obligaciones estatales en materia de DESC, vale decir, de acuerdo a su contenido específico[17], es ya tradicional en la literatura e incluso en las Observaciones del Comité de DESC[18], la clasificación[19] entre deberes de respeto, de protección y de satisfacción.

En esta perspectiva, los derechos sociales comportan para el Estado, en primer lugar, unas obligaciones de *respeto***,** deberes negativos en virtud de los cuales se le exige abstenerse de

---

[14] Gerardo Pisarello, *El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia*, en *Derechos sociales, Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, Maria José Añón y Christian Courtis (Comp.), México D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, págs. 23 – 53.

[15] Rodrigo Uprimny, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en Justicia Constitucional y política económica, Revista de *Derecho Público, no.12*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, págs.145-183.

[16] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 28.

[17] Rodrigo Uprimny Yepes y Oscar Parra, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario,* Bogotá, mimeo, Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia, 2006.

[18] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº. 12, El derecho a la alimentación adecuada*, doc. E/C.12/1999/5, 1999, párr. 15; *Observación General No. 13, El derecho a la educación*, doc. E/C.12/1999/10, 1999, párr. 47; *Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 34 a 36; *Observación General No. 15, El derecho al agua*, doc. E/C.12/2002/11, 2002, párr. 21 a 29; *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, doc. E/C.12/2005/4, 2005, párr. 17.

[19] Distinción que ha sido acogida por el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales y que fuera introducida por Fried Van Hoof en *The legal nature of economic, social and cultural rights*, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 27 a 29.

realizar o auspiciar cualquier práctica que impida, obstaculice o interfiera el acceso a los bienes, que constituyen el objeto del derecho correspondiente.

En segundo lugar, le corresponden al Estado unas obligaciones de *protección*, que deben traducirse en garantías institucionales frente a injerencias de terceros en el disfrute de los derechos. En este plano, se debe asegurar la defensa de los DESC en relación con las actuaciones de particulares, como son, por ejemplo, los denominados poderes de mercado (empresas, multinacionales, entidades financieras, etc.).

Por último, existen unos deberes de *satisfacción*, que comportan para el Estado el compromiso de promover las condiciones para que las personas accedan a los bienes a los que está asociado el disfrute de los DESC, y, en aquellos casos en que no puedan obtenerlos por sí mismas, proporcionarlos de forma segura y a bajo costo.

2.2. Obligación de progresividad y obligaciones de cumplimiento inmediato

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su artículo 2.1 el principio de progresividad[20], este principio no supone en manera alguna negar la existencia de unas obligaciones estatales de carácter inmediato en materia de DESC, tal como se verá a continuación.

2.2.1. Obligación de progresividad

En primer lugar, la progresividad implica un reconocimiento de la necesidad de un esfuerzo prolongado por parte de los Estados, para alcanzar la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el Pacto. En otras palabras, con ella son admitidas las dificultades para alcanzar la realización de los DESC en un breve período de tiempo:

[20] En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el principio de progresividad en materia de derechos sociales se desprende de lo contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 1 de su Protocolo Facultativo (Protocolo de San Salvador).

"El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo (...). Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (...). Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo"[21].

En segundo lugar, la progresividad implica una obligación de aumento paulatino en el nivel de satisfacción de los DESC. En efecto, como es apenas obvio, la progresividad trae aparejada la idea de *"progreso"*, como mejora gradual y constante de los resultados en materia de derechos sociales. Por esto, el Comité advierte que la progresividad no puede ser entendida de tal manera que se prive a los DESC de todo contenido normativo aplicable inmediatamente, ni como una posibilidad de diferir indefinidamente (*sine die*) la plena satisfacción de los derechos sociales para el conjunto de la población[22].

2.2.2. Obligaciones de cumplimiento inmediato

A pesar de haber sido consignado dentro del PIDESC el principio de progresividad, los Estados partes asumieron desde su ratificación una serie de compromisos inmediatos ante la comunidad internacional y ante los habitantes de su territorio, con miras a lograr la plena realización de los derechos sociales. Estos compromisos constituyen lo que se ha denominado como *obligaciones de cumplimiento inmediato*, que se caracterizan por ser

[21] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9.

[22] Para Víctor Abramovich y Christian Courtis la obligación de progresividad se resume en dos conceptos principales: (1) la gradualidad de las medidas que deben ser adoptadas por los Estados, y (2) el progreso, como deber estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 93. En el mismo sentido, ver Christian Courtis, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios,* En *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 8.

deberes que no están sujetos a consideración alguna relacionada con el nivel de recursos disponible, sino que, cualquiera sea la situación presupuestal por la que atraviese el Estado correspondiente, este deberá cumplirlas[23].

El comité de DESC ha identificado como obligaciones generales[24] de inmediato cumplimiento por parte de los Estados signatarios del convenio, las siguientes:

- Adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales[25],
- Comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles[26],
- Garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación[27],
- Garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales[28],
- Vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto[29],
- No adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo[30].

---

[23] *"En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr.1.

[24] Sin mencionar por ahora, las obligaciones de cumplimiento inmediato que les competen a los Estados partes, en cuanto a la realización de cada uno de los derechos sociales individualmente considerados, las cuales se desprenden principalmente de las observaciones del Comité de DESC, de los informes de los relatores especiales de las Naciones Unidas, de la Constitución Política y de la jurisprudencia de los tribunales locales. Estas obligaciones serán presentadas en este Informe Alterno cuando se haga alusión a cada uno de los derechos sociales en particular.

[25] Art. 2.1 del PIDESC y Observación General No. 3 del CDESC. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 2 a 9.

[26] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr.10.

[27] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr.1. *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, doc. E/C.12/2005/4, 2005.

[28] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 10 y 12.

[29] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados partes*, doc. E/1989/22, 1989, párr. 3 y 4. *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 11.

[30] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9.

a) Adoptar medidas[31]

En relación con la primera de las obligaciones de cumplimiento inmediato, el Comité del Pacto reconoce un amplio margen de decisión a los Estados parte, en cuanto a su puesta en práctica. En efecto, el Comité, en su Observación General No. 3, párrafos 2 a 8, se encarga de desarrollar el sentido de esta obligación, señalando todo un inventario de medidas que están al alcance de los Estados, con miras a garantizar el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales: medidas legislativas, judiciales, administrativas, financieras, educativas y sociales. En ese orden de ideas, el Comité *"ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia"*[32].

A pesar de la libertad con que cuentan los Estados para explorar diferentes vías para la realización de los DESC, el Comité declara que el compromiso de adoptar medidas *"en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración" y que "si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo, deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados"*[33].

En cuanto a la idoneidad de las medidas adoptadas, conviene precisar que no basta con adoptar cualquier clase de medidas para el cumplimiento de esta obligación. Antes bien, los

---

[31] Al respecto, el artículo 2.1 del PIDESC dispone que *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".* Por su parte el Protocolo Facultativo (de San Salvador) a la Convención Americana de Derechos Humanos establece al respecto: *"Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos".*

[32] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 8.

[33] *,Ídem,* párr. 2.

Estados partes, en sus informes quinquenales, deberán indicar las razones que los han llevado a implementar las medidas elegidas, para que en última instancia sea el Comité el que determine su idoneidad y suficiencia:

> *"Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la "propiedad" de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más "apropiadas" a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas"*[34].

De ahí la importancia de las Observaciones Finales presentadas por el Comité del Pacto, tras el análisis de los informes de los Estados partes del Pacto. En efecto, el reconocimiento, por parte del Estado, de las consideraciones y recomendaciones hechas por el Comité frente a sus informes anteriores, debe constituir un referente obligado para el diseño, la implementación y la evaluación de las políticas públicas en materia de DESC, en un proceso que debe caracterizarse, así, por la gradualidad de las medidas adoptadas y por el mejoramiento constante de los resultados en la realización de estas garantías. De esta manera, las recomendaciones que emite el Comité deben generar a través del tiempo una constante retroalimentación respecto de los informes presentados por los Estados.

b) Comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles

Conforme al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados signatarios se obligan a comprometer el máximo de los recursos de que dispongan con el fin de alcanzar la plena realización de los derechos en él reconocidos. Como lo ha manifestado el Comité, la frase *"hasta el máximo de los recursos de que disponga"*, utilizada en el Pacto, hace referencia *"tanto a los recursos existentes dentro de*

[34] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 4.

un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales"[35].

Adicionalmente, tal como se contempla en los Principios de Limburgo, dentro de esta obligación debe ser incluido el deber del Estado de abstenerse de reducir o desviar el gasto público destinado por principio a la realización de un derecho social, cuando esa reducción o desviación comporte una privación en el goce de aquel, y *"no sea acompañada de medidas adecuadas para asegurar derechos mínimos de subsistencia para todos"*[36].

En este punto debe advertirse que no se trata de una obligación de cumplimiento progresivo, vale decir, de una obligación que esté sujeta a un desarrollo paulatino, sino que, en sí misma, la obligación de disponer de todos los recursos disponibles es perentoria e inmediata en tanto demuestra la voluntad estatal de comprometer todos los esfuerzos, incluso económicos, en la realización de los DESC para el conjunto de la población. De esta forma, si bien se admite que el incremento de los recursos destinados a la protección y satisfacción de los DESC pueda ser gradual, no así la decisión de orientar todos los que estén disponibles en un momento determinado[37].

c) Asegurar el disfrute de los DESC sin discriminaciones

Con relación a la igualdad en el goce del conjunto de los DESC, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.2 d, señala:

> *"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra*

[35] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 13. Una disposición semejante, como recién se acabó de ver, se encuentra en el artículo 1 del Protocolo de San Salvador.

[36] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 80.

[37] *"se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 10.

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"[38].

Debe advertirse que el trato no discriminatorio, al que alude el Pacto, no sólo se orienta a asegurar igualdad ante la ley (igualdad formal), sino a garantizar una igualdad material o sustantiva, e impone al Estado el deber de remover los obstáculos que se oponen en la práctica al disfrute de los derechos humanos por todos y todas[39]. Así lo reconoce el CDESC, al afirmar la obligación estatal de adoptar medidas para abolir tanto las discriminaciones *de jure*, mediante la eliminación de toda norma que contenga criterios prohibidos de discriminación, como la discriminación *de facto*, derivada del disfrute desigual de los derechos económicos, sociales y culturales en la práctica[40].

El PIDESC además de prohibir la discriminación, exige el reconocimiento de los derechos sociales tanto a la mujer como al hombre, en pie de igualdad, tal como lo señala en el artículo 3 del Pacto:

"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres a igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto" [41].

---

[38] Así mismo, los Principios de Limburgo advierten que los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben abolir tanto las discriminaciones *de iure*, mediante la eliminación de toda norma que contenga criterios prohibidos de discriminación, como la discriminación *de facto*, derivada del goce desigual de los derechos económicos, sociales y culturales en la práctica. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 24 período de sesiones, doc. E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, principios 35, 37 y 38.

[39] Constitución Política de Colombia, artículo 13.

[40] *"El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, doc. E/C.12/2005/4, 2005, párr. 7.

[41] La obligación de no discriminación también fue incluida en el Protocolo de San Salvador (art. 3), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5), en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2), en las Directrices de Maastricht (párrafos 12 y 14 b), y en los Principios de Limburgo (principio 13). En cuanto al sistema interamericano el artículo 3 del Protocolo de San Salvador dispone: *"Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".*

Dando alcance a lo previsto en esta disposición, el CDESC se pronunció sobre *"la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"*, en su Observación General No. 16, y señaló, entre otras, las siguientes obligaciones estatales en la materia:

De respeto:

- Abstenerse de realizar actos discriminatorios que directa o indirectamente denieguen la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

- No aprobar leyes, políticas, disposiciones administrativas o programas que no están conformes con la igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de los DESC, así como derogar y rescindir las que existan con violación de lo previsto en el art. 3 del Pacto.

- Evitar que la aplicación de normas y principios jurídicos aparentemente neutrales en cuanto al género tengan un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para acceder al disfrute de los derechos sociales en pie de igualdad.

De protección:

- Aprobar disposiciones constitucionales y legislativas sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer a disfrutar de todos los derechos humanos, prohibiendo toda clase de discriminación;

- Sancionar instrumentos legislativos que eliminen la discriminación y eviten que terceros perturben directa o indirectamente el disfrute de los derechos humanos en términos de igualdad;

- Implementar medidas administrativas y crear instituciones públicas, organismos y programas para proteger a la mujer contra la discriminación.

De satisfacción:

- Hacer accesibles y asequibles remedios como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención.

- *"Promover la igualdad de representación del hombre y la mujer en la administración pública y en los órganos decisorios".*

- *"Promover la igualdad de participación del hombre y la mujer en la planificación del desarrollo y la adopción de decisiones, así como en los beneficios del desarrollo y en todos los programas orientados al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales"* [42].

ch) Satisfacer, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos

Constituye igualmente una obligación inmediata de los Estados partes del Pacto asegurar niveles esenciales de cada uno de los derechos[43]. Esta obligación admite dos lecturas: de un

---

[42] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales,* doc. E/C.12/2005/4, 2005, párr. 21.

[43] *"10. Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.(...) 12.De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo"*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990. Este aparte de la observación general No. 3 es de una sabiduría notoria y adquiere mayor importancia en el contexto actual de crisis económica global. En efecto, esta observación insiste en la obligación estatal permanente (más allá de los cambios en el ciclo económico) de adoptar medidas para garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales para miembros vulnerables de la sociedad como los desplazados, las personas en condiciones de pobreza e indigencia, quienes sufren el hambre y la inseguridad

lado, implica el deber estatal de garantizar unas condiciones mínimas para la realización de los derechos sociales. Así, por ejemplo, en materia de derecho a la salud, los niveles esenciales estarían referidos a la necesidad de asegurar el acceso no discriminatorio a centros, bienes y servicios de salud, a una alimentación nutritiva, adecuada y segura, a los medicamentos, etc., entre otras circunstancias materiales, indispensables para la satisfacción del derecho.

De otro lado, en armonía con el principio de igualdad en un sentido sustancial, la obligación de satisfacer niveles esenciales de cada uno de los derechos conlleva el deber estatal de dar atención prioritaria a aquellos sectores o grupos poblacionales que se encuentren en dificultades para asegurar por sí mismos el disfrute de los derechos sociales. En efecto, es un deber estatal, que no se encuentra sometido a consideración alguna relativa al nivel de recursos económicos disponibles, de obligatorio cumplimiento incluso *"en tiempos de limitaciones graves de recursos"*, el de *"proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo"*[44].

En síntesis, *"no sólo existe un mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos, sino un sector de la población que representa el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis, la protección del Estado en relación a sus derechos económicos y sociales"*[45].

d) Vigilar la situación de los DESC y contar con información al respecto

Tanto en su Observación General No. 1, como en la No. 3, el Comité de DESC ha advertido la importancia de una obligación estatal que se constituye en condición necesaria para alcanzar la realización de los DESC[46]: se trata del deber estatal de vigilar de forma permanente la situación de los derechos sociales y de obtener información suficiente y

---

alimentaria, los campesinos, los desempleados, etc. quienes en general sienten de forma inmediata y más aguda los efectos de los descalabros financieros y económicos.

[44] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 12.

[45] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 92.

[46] *"Por eso, el primer paso indispensable para promover la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es el diagnóstico y conocimiento de la situación existente".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados partes*, doc. E/1989/22, 1989, párr. 3.

detallada al respecto, de manera que puedan ser identificadas *"las regiones o zonas menos favorecidas, así como a determinados grupos o subgrupos que parezcan hallarse en situación particularmente vulnerable o desventajosa"*[47]:

> *"Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción"*[48].

e) Abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas

Otra de las obligaciones inmediatas que les competen a los Estados en virtud de la ratificación del PIDESC es la de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas. En tanto deber de abstención, esta obligación comporta una prohibición para los Estados de implementar medidas y políticas que empeoren *"la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de [ser] adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva"*[49].

Esta obligación merece un análisis detenido, debido a que el objeto mismo de este trabajo es el examen de algunas medidas que la habrían desconocido en el caso colombiano durante el período 2001–2008, y también en atención a la necesidad de precisar, desde el punto de vista conceptual y metodológico, el alcance de esta prohibición, así como la forma de determinar su respeto en la práctica[50]. Precisamente a esta obligación estatal de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas se hace referencia en el siguiente capítulo.

---

[47] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados partes*, doc. E/1989/22, 1989, párr. 11.
[48] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados partes*, doc. E/1989/22, 1989, párr. 11.
[49] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 94.
[50] Acerca de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales, ver Magdalena Sepúlveda, *The nature of the obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights*, Oxford, Intersentia, 2003.

Capítulo 2

Contenido de la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales

La prohibición de regresividad constituye uno de los desarrollos precisos de la obligación genérica de respeto en materia de derechos sociales, respeto que comporta para el Estado el deber de abstenerse de adoptar medidas que afecten la realización de estos derechos humanos en un momento y en un territorio determinado, como sería el caso de aquellas que comporten un retroceso en el disfrute de este tipo de garantías[51].

Conforme al desarrollo de la prohibición de regresividad en el derecho internacional de los derechos humanos, no siempre resulta fácil determinar el contenido y alcance de la misma. Con el fin de dar cuenta de esta cuestión, se presentan a continuación las características de la prohibición de regresividad en el marco del PIDESC, de conformidad con los instrumentos tanto del sistema universal como del sistema interamericano de derechos humanos.

1. La prohibición de regresividad en el PIDESC

Por principio, la prohibición de regresividad se deriva del deber de progresividad en la satisfacción de los derechos sociales, previsto en el art. 2.1 del PIDESC:

> *"Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el*

[51] *"Debido al componente negativo que la caracteriza, la obligación de no regresividad ha sido catalogada como una obligación de respeto. Los Estados deben abstenerse de adoptar políticas que desmejoren la situación vigente. No se les exige actuación positiva alguna ni el desembolso de recursos económicos",* Julieta Rossi, "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 86. En el mismo sentido, Gerardo Pisarello expresa: *"el Estado, y por tanto, todos los órganos públicos y sus agentes, se abstengan de llevar adelante, de auspiciar o de tolerar cualquier práctica, política, o medida legal, solos o en asociación con otros, que vulneren los derechos … de una persona o de un grupo o erosione el estatuto jurídico de dichos derechos".* Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, pág. 119 a 122.

máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

En efecto, si lo que se procura es un aumento en el nivel de satisfacción de los derechos sociales, por principio sería inválida cualquier medida que, antes que incrementar su protección, la disminuya injustificadamente[52]. Como se precisó en relación con la obligación de progresividad, en virtud de la ratificación del PIDESC los Estados parte asumieron el compromiso de avanzar lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena efectividad de los derechos sociales[53], de manera que resulta contrario a todo el sentido del Convenio que sean adoptados programas, planes, medidas administrativas, normas jurídicas o políticas que menoscaben el nivel de realización de los DESC alcanzado por parte de la población en un momento determinado.

A partir de esta consideración, el Comité de DESC de Naciones Unidas se ha ocupado ampliamente de la prohibición de regresividad, en varias de sus Observaciones Generales[54], avanzando en la definición de sus características. En efecto, en su Observación General No. 3, relativa a la índole de las obligaciones estatales, el Comité señaló: *"más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone"*[55]. Desarrollando lo contenido en la Observación General No. 3, el Comité de

---

[52] *"Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto [progresividad] requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9.

[53] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr.9.

[54] El Comité DESC también se ha referido a la prohibición de regresividad en sus Observaciones Finales respecto de los informes periódicos rendidos por varios países, pero utilizando un lenguaje mucho menos claro, preciso y contundente: *"el Comité no ha aplicado de manera estricta los estándares desarrollados en el curso de las observaciones generales. Por ejemplo, el Comité sólo excepcionalmente ha identificado medidas regresivas que afectan el contenido mínimo de los derechos, y no ha llegado a afirmar en forma explícita que tal proceder constituye una violación del Pacto. El lenguaje "fuerte" de las Observaciones Generales se transforma en lenguaje "débil" durante el procedimiento de monitoreo".* Julieta Rossi, *La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU,* en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 107.

[55] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9. Acerca de la expresión "deliberadamente regresivas", Magdalena Sepúlveda señala: "En general, se puede concluir que el Comité se refiere al significado común de la palabra "deliberada", esto es, aquellas medidas que sean adoptadas de manera intencional o voluntarias por el Estado. Con ello, el Comité implícitamente está afirmando que determinadas medidas regresivas adoptadas debido, por ejemplo, a fuerza mayor, no constituirían una violación al Pacto. Sin perjuicio de ello, como se verá, en caso de

DESC se ha referido a la prohibición de regresividad en sus Observaciones Generales No. 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 19 relativas al derecho a una alimentación adecuada, a la educación, al disfrute del más alto nivel posible de salud, al agua, a la igualdad del hombre y la mujer en el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, al trabajo y a la seguridad social, respectivamente.

Conforme a la doctrina que hasta el momento ha delineado el Comité de DESC en cuanto a la prohibición de regresividad, bien puede decirse que esta presenta las siguientes características:

1. En primer lugar, el Comité de DESC deja entrever en sus observaciones generales tres modalidades de medidas regresivas:

- Derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto[56].

- Promulgar legislación o adoptar políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones jurídicas nacionales o internacionales preexistentes en relación con uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto[57]: *"Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente"*[58].

- Adoptar medidas que sean incompatibles con las obligaciones básicas de los Estados parte del PIDESC, como por ejemplo, aquellas que afecten la igualdad del derecho del hombre y la mujer en cuanto al disfrute de todos los derechos

---

que la medida no sea "deliberadamente" regresiva, la carga de la prueba sigue siendo del Estado, que deberá demostrar que la medida se debió a motivos ajenos a su control (por ejemplo, un desastre natural), y no podrá excusarse de cumplir con las demás limitaciones aplicables a las medidas regresivas". Magdalena Sepúlveda, *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión "progresivamente" contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 132.

[56] En este sentido se ha pronunciado el Comité de DESC en relación con los derechos a la alimentación, a la salud, al agua, al trabajo y a la seguridad social, en sus Observaciones generales No. 12 (párrafo 19), 14 (párrafo 45), 15 (párrafo 42), 18 (párrafo 34), 19 (párrafo 64), respectivamente

[57] Así lo ha reconocido el Comité de DESC respecto de los derechos a la salud, al agua, y al trabajo, en sus Observaciones generales No. 14 (párrafo 45), 15 (párrafo 42) y 18 (párrafo 34), respectivamente. En el caso del derecho al trabajo, el Comité censura como regresivas las medidas adoptadas que sean incompatibles con las obligaciones internacionales.

[58] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No.* 18, *El derecho al trabajo*, doc. E/C.12/GC/18, 2005, párr. 34.

enunciados en el Pacto[59]; las que comporten una denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica[60]; la adopción de leyes que discriminen a individuos o grupos de individuos en la esfera de la educación[61]; el establecimiento de condiciones de admisibilidad diferentes para las prestaciones de asistencia social destinadas a las personas desfavorecidas y marginadas en función del lugar de residencia; o la denegación activa de los derechos de las mujeres o de determinados grupos o personas[62].

A pesar de la referencia a estas tres modalidades de regresividad, existen dificultades para llegar a una sola definición general de lo que es una medida regresiva. En efecto, estas precisiones del Comité de DESC dejan muchas preguntas sin resolver, al tiempo que abren nuevos interrogantes. En primer lugar, porque la presentación de estas modalidades por parte del Comité no ha sido sistemática, y parece corresponder más a ejemplos que a un listado taxativo de medidas regresivas. De esta manera, el concepto de medida regresiva está abierto al reconocimiento de las diversas formas de retrotraer en la práctica la efectividad de los derechos sociales de los que ya goza la población o un grupo de individuos. En segundo lugar, las modalidades mencionadas por el Comité de DESC se construyen a partir de categorías amplias, que deben ser precisadas ante cada caso concreto. Esto es lo que sucede con criterios como la "necesidad" de una legislación para el disfrute de un derecho y la "incompatibilidad" de una ley o una política en relación con las obligaciones nacionales e internacionales. Es probable que el propio Comité, consciente de las limitaciones del lenguaje jurídico, de forma deliberada hubiere optado por hacer uso de estas categorías, con el fin de dejar, al intérprete, la posibilidad de reconstruir el sentido de la regresividad y. al litigante, la oportunidad de argumentar en contra de medidas que estime negativas. De esta manera, las dificultades para hallar una fórmula general que

---

[59] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales,* doc. E/C.12/2005/4, 2005, párr. 42.

[60] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No.* 18, *El derecho al trabajo*, doc. E/C.12/GC/18, 2005, párr. 34.

[61] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No.* 13, *El derecho a la educación*, doc. E/C.12/1999/10, 1999, párr. 59.

[62] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19, Derecho a la seguridad social*, doc. E/C.12/GC/19, 2007, párr. 64. A estas medidas, la experta Magdalena Sepúlveda *agrega: "La reducción o desviación injustificada de un gasto público destinado a la realización de derechos económicos, sociales y culturales",* medidas que sin duda constituirían una violación del Pacto conforme a las Directrices de Maastricht. Magdalena Sepúlveda, *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión "progresivamente" contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 134.

permita definir en qué consiste una medida regresiva pueden ser traducidas en oportunidades argumentativas al momento de debatir acerca de la adopción de una de tales disposiciones ante casos concretos.

Por ahora, resulta necesario convenir, por lo menos de manera genérica, que desconocen la prohibición de regresividad aquellas medidas, ya se trate de leyes, políticas públicas o prácticas administrativas, que disminuyan el nivel de disfrute de alguno de los derechos económicos, sociales y culturales para el conjunto de la población o para grupos de individuos.

2. La segunda de las características de la prohibición de regresividad tiene que ver con los efectos de reconocer que una medida es, al menos *prima facie*, regresiva. En este sentido, una vez se hubiere demostrado que fue adoptada una medida regresiva por alguno de los Estados parte del PIDESC, *"existe una fuerte presunción"* de que constituye una violación de los compromisos asumidos a la luz del Pacto y, en consecuencia, se encuentran prohibidas[63].

3. En tercer lugar, tal presunción se traduce en la obligación estatal de ofrecer una justificación válida para las medidas de retroceso que hubiere adoptado el Estado en materia de DESC. En efecto, una vez se hubiere comprobado que un Estado parte del PIDESC adoptó una medida regresiva, este tiene la *"carga"* de demostrar que su implementación se ajusta a los criterios señalados en el PIDESC y complementados por el Comité:

A) Que se haya implementado a través de una ley formal;

[63] En el mismo sentido, las Directrices de Maastricht, adoptadas por un grupo de expertos en enero de 1997, señalan como violaciones a los DESC: (1) *"La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento"* (Principio 14 a); (2) *"La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables"* (Principio 14 d); (3) *"La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*, 24 período de sesiones, doc. E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, principio 14 e).

B) Con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática[64];

C) Que se hubiere implementado bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados[65];

D) Que se justifique por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto; y,

E) Que se enmarque dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone[66];

De esta manera, la presunción de violación del PIDESC, que cobija a una medida regresiva en materia de derechos sociales, una vez adoptada, resulta ser relativa, abierta a la argumentación, pues el Comité concede a los Estados la posibilidad de justificar su adopción, siempre que cumplan con la exigente carga argumentativa señalada por el mismo Comité[67].

4. Adicionalmente, en la Observación General No. 19, sobre el derecho a la seguridad social, extensiva en este aspecto a todo el conjunto de los derechos reconocidos en el PIDESC, el Comité reitera los criterios para la justificación de medidas regresivas, y señala los alcances del estricto escrutinio al que deben ser sometidas:

---

[64] Los dos primeros criterios son mencionados dentro del Artículo 4 del PIDESC, que dispone: *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que,en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".* Al respecto ver Julieta Rossi, *La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU*, en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 79 - 115.

[65] No bastaría con probar la utilidad de la medida adoptada, sino que es necesario demostrar que resultaba de una necesidad superlativa o imperiosa: *"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que 'necesarias', sin ser sinónimo de 'indispensables', implica la existencia de una 'necesidad social imperiosa' y que para que una restricción sea 'necesaria' no es suficiente demostrar que sea 'útil', 'razonable' u 'oportuna'".* Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág 107 En el mismo sentido, Julieta Rossi, quien además advierte que el mismo criterio ha sido acogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Julieta Rossi, *La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU*, en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 102.

[66] Los tres requisitos restantes se encuentran en la Observación General No. 3, índole de las obligaciones estatales, párrafo 9. La misma fórmula se repite en las Observaciones Generales 13 (par. 45), 14 (par. 45) y 15 (par. 19), sobre los derechos a la educación, al más alto nivel posible de salud y al agua, en las cuales se utilizan los verbos justificar y demostrar para caracterizar la carga probatoria y argumentativa que le compete a un Estado que ha adoptado medidas de retroceso.

[67] En derecho, la presunción relativa es aquella que se mantiene mientras no exista prueba en contrario, por oposición a la presunción absoluta (de derecho) que no admite prueba en contrario. En el caso del ordenamiento colombiano esta distinción puede verse por ejemplo en el artículo 66 del Código Civil. La presunción de invalidez de las medidas regresivas es en general relativa, pues admite la demostración de su imperiosa necesidad por parte del Estado concernido. No obstante, la presunción de invalidez de las medidas regresivas se torna absoluta cuando con ellas se incumplen las obligaciones básicas de los Estados, tal como se verá más adelante.

"El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional"[68].

5. Sin embargo, aun si se admite la justificación ofrecida por un Estado a favor de una medida regresiva en materia de DESC, tal medida deberá tener en todo caso un carácter *temporal*. Lo anterior se debe a que, aun si resulta admisible la adopción de una legislación o política regresiva, persiste para el Estado el deber de alcanzar de forma progresiva la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el PIDESC. En consecuencia, aun si fuera admitida la justificación en beneficio de una medida de retroceso, en los términos señalados por el propio Comité, resulta contrario al Pacto que llegue a ser establecida de manera permanente.

6. Es necesario precisar también que la prohibición de adoptar medidas regresivas deja de ser relativa y se torna absoluta cuando las políticas o normas implementadas comportan un desconocimiento de alguna de las obligaciones básicas (inmediatas) de los Estados parte,

[68] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19, Derecho a la seguridad social*, doc. E/C.12/GC/19, 2007. Víctor Abramovich y Christian Courtis en su trabajo denominado *Los derechos sociales como derechos exigibles*, señalan algunos aspectos para la "construcción jurídico-dogmática" de la prohibición de regresividad, con miras a su aplicación judicial, vinculándola con el principio de razonabilidad. Así, para Abramovich y Courtis la prohibición de regresividad supone la aplicación de un test "agravado" de razonabilidad: *"En efecto, la obligación de no regresividad implica un control "agravado" del debido proceso sustantivo: de acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el poder ejecutivo se vinculaba exclusivamente a criterios de racionalidad – por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etc. -. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de múltiples reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluía las reglamentaciones irrazonables, pero permitía que el legislador o el poder ejecutivo escogieran dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aún siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el poder ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes públicos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye una nueva categoría de análisis del concepto de razonabilidad de la ley".* Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág 96.

tales como la de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos[69], la de garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el PIDESC sin discriminaciones[70] o la de comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles[71]. Si bien el Comité ha sostenido esta tesis en relación con algunos derechos en particular (salud, agua, protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a), y seguridad social[72]), debe hacerse extensiva al conjunto de los derechos reconocidos en el PIDESC[73], en virtud del principio *pro-homine*[74]. De esta manera, las obligaciones básicas que competen a los Estados en cuanto al respeto, protección y satisfacción de los DESC se convierten en un

---

[69] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, doc. E/C.12/2000/4, 2000, párr. 48.

[70] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 15, El derecho al agua*, doc. E/C.12/2002/11, 2002, párr. 42, y *Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, doc. E/C.12/2005/4, 2005, párr. 42.

[71] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 17. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)*, doc. E/C.12/GC/17, 2005, párr. 42.

[72] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 19, Derecho a la seguridad social*, doc. E/C.12/GC/19, 2007, párr. 64. Teniendo en cuenta que este criterio "más estricto" de la prohibición de regresividad se encuentra en las más recientes Observaciones Generales, Julieta Rossi reconoce en él una segunda etapa del proceso de construcción del estándar de regresividad por parte del CDESC. Este trabajo, por el contrario, se propone únicamente presentar el estado actual de la doctrina del Comité DESC: *"En este sentido, la doctrina actual del Comité no acepta medidas regresivas si éstas afectan el contenido mínimo del derecho en cuestión. Este cambio resulta particularmente relevante ya que en los últimos años el Comité ha especificado con bastante detalle los elementos que conforman el contenido mínimo de varios de los derechos protegidos en el Pacto. Por otro lado, se han producido avances dogmáticos interesantes por parte de académicos y especialistas en la materia. Esto significa que una medida regresiva que afecte el contenido esencial de un derecho es hoy en día más fácilmente identificable y por tanto pasible de impugnación"*. Julieta Rossi, "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 94.

[73] Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 10. En el mismo sentido Julieta Rossi señala: *"Se podría argumentar que el nuevo estándar se aplica exclusivamente para políticas regresivas en materia del derecho a la salud y el derecho al agua. Ello por cuanto las observaciones generales en donde el Comité modifica la formulación del estándar legal son las observaciones dirigidas a clarificar el contenido normativo y las obligaciones estatales referidas a los dos derechos antes mencionados. Sin embargo, habría razones de mayor peso para sostener que la nueva formulación del estándar es aplicable en la evaluación de medidas regresivas adoptadas respecto de cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC. Por un lado, el Comité no ofrece explicación alguna de por qué el nuevo estándar debiera restringirse en su aplicación a esos dos derechos únicamente. Y verdaderamente, no habría argumento suficiente para hacer una distinción entre los distintos derechos del Pacto. Por otro, el Comité ha avanzado y precisado la interpretación de las distintas obligaciones estatales – originalmente esbozadas en las Observaciones Generales Nos. 3 y 9– en el resto de las observaciones dedicadas a tratar derechos en particular"*. Julieta Rossi, "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 93.

[74] *"El principio pro-homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así,en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos"*. Mónica Pinto**,** **"**El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Ed. Del Puerto, 1997, pág. 163.

núcleo intangible, que no puede sufrir menoscabo por parte de las autoridades estatales[75]. En estos casos, la regresividad no admite justificación alguna, y cualquier medida que se adopte en ese sentido constituye *"sin más"* una violación de los compromisos asumidos a la luz del PIDESC.

2. La prohibición de regresividad en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), al menos dos normas se refieren de manera específica al deber de progresividad en materia de derechos sociales, del cual se desprende la prohibición de regresividad: el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que remite a la Carta de la OEA), y el artículo 1º de su Protocolo Facultativo (Protocolo de San Salvador).

Al respecto, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

> *"Artículo 26. Desarrollo progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".*

Por su parte, el Artículo 1º del Protocolo de San Salvador establece:

[75] Al respecto, Julieta Rossi y Magdalena Sepúlveda hablan de contenido mínimo de los derechos reconocidos en el PIDESC, concepto que abarcaría además de las obligaciones inmediatas de los Estados, los elementos componentes de cada una de tales garantías. Julieta Rossi, "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 79–115. Magdalena Sepúlveda, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión "progresivamente" contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, Pág. 117-150.

"Artículo 1. Obligación de adoptar medidas. Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo"[76].

La semejanza entre el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 1° del Protocolo de San Salvador, frente a lo previsto en el artículo 2.1 del PIDESC es evidente[77] y ha permitido que la interpretación de estas normas regionales se realice atendiendo lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en sus observaciones generales, en particular en cuanto al contenido de los derechos sociales, a la índole de las obligaciones estatales y a la prohibición de regresividad, como bien lo ha señalado Christian Courtis:.

"(...) en línea con la costumbre interpretativa tanto de la Comisión Interamericana, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la

[76] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió que el principio de progresividad no puede ser entendido como la posibilidad de diferir *sine die* la adopción de las medidas necesarias para la plena realización de los DESC: *"el carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización"*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, doc. OEA/Ser./L/VII.102 (1999), 6. Citado en Mónica Pinto, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nº. 40*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, pág. 37.

[77] *"Si se pone entre paréntesis en el artículo 26 la expresión "que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires", el resto de los segmentos de la norma es casi idéntico. Me referiré a la cuestión de la remisión a la Carta de la OEA en el próximo párrafo. Por lo demás, la otra diferencia importante es que mientras el PIDESC se refiere al "máximo de los recursos de que disponga", el artículo 26 de la Convención Americana sólo dice "en la medida de los recursos disponibles". Por ahora, basta reiterar que, para analizar el contenido de las obligaciones establecidas por el artículo 2.1 del PIDESC y, por ende, también para desentrañar el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados partes por el artículo 26 de la Convención Americana, es menester remitirse a la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida a la índole de las obligaciones de los Estados parte del Pacto, en el que se analizan detalladamente cada uno de los componentes de la fórmula del art. 2.1. Resultan de igual modo relevantes los denominados Principios de Limburgo y las ya recordadas Directrices de Maastricht. En lo que aquí interesa, la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad tienen exactamente el mismo basamento textual en el art. 2.1 del PIDESC que en el art. 26 de la Convención Americana. Como dije antes, la Comisión Interamericana parece compartir esta postura: en su análisis sobre el principio de progresividad del art. 26 de la Convención, reflejado en algunos informes sobre países, no sólo acude expresamente a la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los Principios de Limburgo".* Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 6.

interpretación de estas cláusulas requiere acudir a los estándares fijados por sus pares de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que ya han avanzado en la asignación de contenido a disposiciones similares – en el caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –"[78].

Ahora bien, tanto el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 1° del Protocolo de San Salvador generan algunas dificultades interpretativas en la identificación de los derechos que podrían ser amparados en el sistema interamericano. Así, de un lado, el artículo 26 de la Convención Americana, con su remisión a la Carta de la Organización de Estados Americanos, permitiría, aunque no sin dificultades, reconocer la prohibición de regresividad en relación con los derechos a la educación, derechos laborales, derecho a la seguridad social, derecho a la vivienda, derecho a la alimentación, derecho a la salud y derechos culturales:

"(...) el inconveniente mayor es la remisión que efectúa el artículo 26 a la Carta de la OEA según modificación efectuada por el Protocolo de Buenos Aires, de modo que los derechos a los que se refiere ni siquiera quedan identificados en ese artículo, y es necesaria una puntillosa tarea de interpretación para identificar esos derechos y determinar su contenido. Aunque esa tarea no es imposible, los órganos del Sistema Interamericano han mostrado cierta renuencia en llevarla a cabo, de modo que, desde el punto de vista práctico, ha habido muy poco avance al respecto. De paso, señalo aquí que ésta es la conexión con la Carta de la OEA como instrumento de identificación de derechos sociales: el artículo 26 de la Convención Americana se refiere a los "derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura" de la Carta de la OEA, y uno puede encontrar en ese instrumento derechos sociales propiamente dichos –por ejemplo, el derecho a la educación- y

[78] Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág.17.

normas de fin u objetivos de política social, de las que se pueden derivar derechos"[79].

Por su parte, con base en el Protocolo de San Salvador se ofrecería protección al derecho al trabajo, libertades sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a la salud, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la alimentación, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, y derecho a la constitución y protección de la familia[80]. Como podrá notarse, el catálogo de derechos que podría ser objeto de protección conforme a uno y otro instrumento no es el mismo. Así por ejemplo, el Protocolo de San Salvador no reconoce de forma expresa el derecho a la vivienda. No obstante, sí es posible reconocer tal protección a los derechos habitacionales con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana y su remisión a la Carta de la OEA.

A pesar de estas dificultades interpretativas, lo cierto es que las dos normas mencionadas (artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 1° del Protocolo de San Salvador) contemplan la obligación de progresividad en materia de DESC dentro del SIDH, vale decir, el deber de los Estados de la región firmantes de la Convención y/o del Protocolo de adoptar medidas que representen una mejora constante en el nivel de satisfacción de este tipo de garantías para el conjunto de la población. Así mismo, es importante señalar que, como ocurre en el sistema universal con base en lo dispuesto en el artículo 2.1 del PIDESC, también en el SIDH la obligación de progresividad da fundamento a la prohibición de adoptar deliberadamente medidas de retroceso en materia de DESC.

Además de las dos disposiciones transcritas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó, el 7 de junio de 2005, mediante Resolución AG/RES. 2074 *"Las normas para la confección de informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador"* (en adelante, las normas de confección de informes). Si bien

[79] Christian Courtis, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares, Nuevos horizontes*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, pág. 25.

[80] Protección a través del sistema de reportes periódicos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, previsto en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, numerales 1 a 5. Dentro de los "Medios de protección" previstos en el mismo artículo 19 del Protocolo, se incluye el sistema de quejas individuales de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, no obstante, sólo resulta aplicable en materia de derechos sociales cuando resulten vulnerados por la acción de un Estado parte las libertades sindicales o el derecho a la educación, conforme al numeral 6 de la misma norma.

aún no se ha activado el procedimiento para la rendición de informes del artículo 19 del Protocolo, estas normas constituyen claros referentes dentro de la evaluación de políticas públicas en materia de DESC[81]. Las normas de confección de informes definen la obligación de progresividad de la siguiente manera:

> *"5.1. A Los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural"*[82].

En particular, en relación con la regresividad de ciertas medidas o políticas, el artículo 11 de las normas de confección de informes dispone una presunción de invalidez de las medidas de retroceso:

> *"11. En su evaluación, el Grupo de Trabajo tendrá en cuenta que las medidas regresivas, en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo y que la progresividad como característica de las obligaciones asumidas por el Estado Parte requiere una actitud positiva de avanzar hacia el fin propuesto y no una mera inacción.*
>
> *Nota: Se recuerda que por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido. Se recuerda también que el carácter acotado en el tiempo de ciertas medidas regresivas como consecuencia o a continuación de situaciones excepcionales permite una evaluación distinta"*[83].

---

[81] Víctor Abramovich, *Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*, pág. 22, disponible en www.anuariocdh.uchile.cl (consulta el 30 de junio de 2006).

[82] Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Normas para la confección de informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*, Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005.

[83] Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Normas para la confección de informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*, Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005. Como se advierte en el propio Protocolo de San Salvador, el sentido mismo de la presentación de informes por los Estados parte se refiere *"a las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo"* (art. 19). Así, dentro del examen de los informes presentados por los Estados que adelantará el "Grupo de Trabajo" que se conformará para el efecto, es de esperar que el examen del progreso o retroceso generado por las medidas estatales constituya un aspecto central.

A semejanza de lo advertido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en sus observaciones generales, conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, una vez se hubiere probado la regresividad de una medida determinada, le corresponde al Estado respectivo justificar su adopción, de acuerdo a los criterios señalados en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador, que al respecto dispone:

> *"Artículo 5. Alcance de las Restricciones y Limitaciones. Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".*

De esta manera, es posible afirmar que en el sistema interamericano existen varias disposiciones que dan fundamento a la utilización de la obligación de progresividad y de la prohibición de regresividad para el examen de medidas adoptadas por los Estados en materia de DESC. En efecto, conforme a los instrumentos del SIDH también es posible presumir que las medidas regresivas constituyen una violación de los compromisos asumidos por los Estados ante el derecho internacional de los derechos humanos, presunción que sólo podrá ser desvirtuada si el Estado concernido demuestra que tenía motivos razonables para hacerlo, conforme a lo señalado en el Protocolo de San Salvador.

En síntesis, en este capítulo se ha presentado el contenido de la prohibición de regresividad en materia de DESC, de acuerdo a los estándares desarrollados a partir del PIDESC y de los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, dando cuenta de sus características y del escrutinio estricto al que debe ser sometida la decisión de adoptar este tipo de medidas.

Capítulo 3

Examen de las medidas regresivas en derechos económicos, sociales y culturales

Además de las consideraciones anteriores acerca del fundamento normativo y las características de la prohibición de regresividad en el marco del PIDESC y en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conviene precisar otra cuestión antes de abordar el estudio de algunas medidas regresivas adoptadas por el Estado colombiano: se trata de la necesidad de señalar las características del control de medidas regresivas.

1. Tipos de examen de las medidas presuntamente regresivas

En efecto, antes de continuar, es necesario saber si el juicio sobre la eventual regresividad de una medida administrativa, de una política pública, de un plan, o de una norma expedida por los cuerpos legislativos o por el ejecutivo, se contrae a un análisis estrictamente normativo, o si, por el contrario, es posible hacer también un análisis del impacto de la medida de que se trate, en un ejercicio de orden empírico que determine los resultados de su puesta en práctica.

Consciente de lo anterior, Christian Courtis ha advertido dos tipos de aplicación de la noción de regresividad, que sin duda determinan las herramientas metodológicas para el análisis de una disposición que se presume de retroceso: aplicación a las normas y aplicación a los resultados.

> *"Para empezar, es útil distinguir dos nociones posibles de regresividad, o bien – dicho de otro modo– dos campos de aplicación posible de la noción general de regresividad.*
>
> *Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido, la política pública*

desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública.

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior"[84].

En cuanto al examen normativo de las medidas regresivas conviene destacar que, tal como lo señala Christian Courtis, este tipo de análisis exige determinar si la disposición limita, restringe o reduce la extensión o el sentido de un derecho social, o le impone a su ejercicio condiciones que antes no debía sortear: *"el juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner en evidencia de modo concreto y categórico que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida"*[85]. Como podrá advertirse, este tipo de examen normativo no dista mucho de otros ejercicios de comparación de normas en diversas ramas del derecho, como la

[84] Como lo anota Courtis esta distinción tiene como fundamento las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador y las modalidades de indicadores de derechos humanos utilizadas por Naciones Unidas, a las que se hace referencia más adelante: *"Por un lado, se alude al 'nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad', que es el ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, el acceso a alimentación, el acceso a vivienda, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, por ejemplo, mortinatalidad infantil en materia de salud, eficiencia terminal en materia educativa, desnutrición en materia de alimentación, porcentaje de personas sin hogar en materia de vivienda. Por otro lado, el mismo párrafo del artículo 5.2 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador reconoce una dimensión normativa, al identificar entre los aspectos en los que se refleja el cumplimiento de la obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 'la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados' ",* Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 3.

[85] Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 6.

favorabilidad en materia laboral, la *no reformatio in pejus* en el campo procesal y la aplicación del principio *pro-homine* en el derecho internacional, entre otros[86].

De otro lado, en relación con el examen de resultados, este obliga a verificar empíricamente el impacto de las medidas que se consideran regresivas, siendo necesario recurrir a fuentes de información (si las hay) que ofrezcan estimativos confiables de los efectos de la puesta en práctica de la disposiciones de que se trate.

Frecuentemente, y en esto parece existir un cierto acuerdo en la doctrina, el análisis normativo de las medidas regresivas es el que mejor se presta para el reclamo judicial y el predilecto de las instancias jurisdiccionales[87]. Lo anterior se explica, entre otras razones, (1) porque el análisis normativo es mucho más familiar a la formación de los abogados que la evaluación estadística de los efectos socioeconómicos de una medida determinada, (2) porque, al menos en buena parte de los países de la región, el análisis estrictamente normativo resulta mucho más cercano a la cultura jurídica dominante, en la cual los abogados siguen siendo percibidos como profesionales dedicados al estudio (culto) de las normas, y, (3) porque, en esa misma perspectiva, el examen normativo resulta poco polémico, pues difícilmente podría discutirse que los jueces cuentan con las atribuciones para realizarlo, a diferencia de una evaluación de medidas o políticas públicas, recurriendo a información estadística y a indicadores socioeconómicos[88].

---

[86] *Ibíd*,, pág. 7.

[87] En esto parecen coincidir Abramovich, Courtis, Uprimny y Guarnizo. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 95. Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág.17. Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana,* en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008, pág. 22.

[88] Varias dificultades se oponen al uso de resultados en sede judicial: *"Bastante más difícil resulta la aplicación judicial de la noción de regresividad de resultados. Aunque no puede descartarse a priori alguna posibilidad de empleo judicial de esta noción de regresividad, lo cierto es que varios obstáculos dificultan ese empleo. En primer lugar, la escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieran la sistematización de datos empíricos ante los tribunales locales de la región. En segundo lugar, problemas vinculados con la relación de causalidad –la imputación del resultado regresivo en materia de indicadores a la política adoptada por el Gobierno en la materia. Corresponde al litigante demostrar esta relación de causalidad, y esto puede generar dificultades de prueba –en especial si se discute sobre el grado de incidencia de factores que estuvieran fuera del control o de la posibilidad de previsión del Gobierno. Es altamente probable, además, que para explicar resultados de una política pública –en materias tales como salud, vivienda, educación, alimentación, asistencia social– sea el propio Gobierno el que amplíe el número de datos y variables involucrados en la discusión, de modo que la cuestión tienda a convertirse en una discusión general acerca del acierto o desacierto de la política de marras. Cabe recordar que los tribunales están acostumbrados a juzgar sobre problemas litigiosos muy delimitados: por ende, proponer la discusión en sede judicial de una gran serie de variables relacionadas con la política pública en cuestión puede dar lugar rápidamente a una actitud de rechazo de la cuestión por parte de los jueces, bajo argumentos de falta de competencia técnica o política. En tercer lugar, aun cuando se verificara la regresión de los indicadores en la materia correspondiente, y se pudiera imputar esa regresión a la política llevada a cabo por el Gobierno, queda abierto el problema del remedio adecuado"*. Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág.7.

Por su parte, el examen de resultados de medidas que se presumen regresivas pareciera dejarse (al menos en principio) a otro tipo de instancias estatales, como defensorías del pueblo y órganos de control, así como a organizaciones de la sociedad civil, como ONG de derechos humanos, centros de pensamiento y de investigación independientes, universidades, organizaciones sindicales y asociaciones de profesionales[89].

Si bien pacífica, esta tendencia a identificar el examen normativo de regresividad con el control judicial, de un lado, y el examen de resultados con el monitoreo de políticas públicas, del otro, no siempre corresponde con lo que sucede en la práctica. En efecto, ni las instancias judiciales aplican siempre un test de regresividad estrictamente normativo, haciendo abstracción de las consecuencias socioeconómicas de aplicación de las medidas bajo examen, ni las entidades y organizaciones que hacen seguimiento a las políticas públicas en derechos humanos se limitan a un estudio estadístico, lejos de toda valoración en términos normativos. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en el proceso de seguimiento de la sentencia T–025 de 2004 sobre los derechos de las personas internamente desplazadas, ha demostrado que además del análisis normativo, el escrutinio judicial puede y debe estar abierto a la evaluación de resultados de las políticas públicas[90].

Este documento se propone hacer uso tanto de un examen normativo como de un examen de resultados a algunas reformas adoptadas por el Estado colombiano en el período comprendido entre 2002 y 2008. Se trata de aplicar la noción de regresividad, tanto al alcance normativo de las disposiciones aprobadas como a sus resultados, en una combinación de los dos tipos de aproximación que se acaban de describir.

---

[89] *"Lo dicho sugiere que la noción de regresividad en los resultados de una política pública tendrá poca cabida en sede judicial: parecen bastante más adecuados para el empleo de argumentos vinculados con esa noción los mecanismos de seguimiento periódico de las políticas públicas –tales como los ofrecidos por los mecanismos de informes previstos por los tratados de derechos humanos del Sistema Universal, u otros similares a nivel local, como las evaluaciones periódicas de instituciones nacionales de defensa y protección de los derechos humanos, u "observatorios" de organizaciones de la sociedad civil. En todo caso, del resultado de este tipo de evaluaciones periódicas puede surgir la evidencia de problemas que requieran la adopción de medidas normativas, o el litigio judicial frente a normas regresivas o prácticas que puedan identificarse como causantes de los resultados regresivos".* Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág.8.

[90] Lo anterior no supone en manera alguna negar la superioridad de la aplicación normativa de la noción de regresividad, en cuanto a las posibilidades de reclamo judicial ante eventuales medidas de retroceso, por las razones ya anotadas.

2. Tipos de examen de las medidas presuntamente regresivas y utilización de indicadores de derechos humanos

Ahora bien, las dos formas de aplicación de la noción de regresividad señaladas por Courtis, vale decir, regresividad normativa y regresividad de los resultados de una medida estatal, permiten la utilización de las tres modalidades de indicadores propuestos en materia de derechos humanos en el ámbito de Naciones Unidas y en el sistema interamericano: indicadores estructurales, de proceso y de resultados.

> *"Los indicadores estructurales reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos y la existencia de los mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización del derecho humano en cuestión. Abarcan la intención del Estado o su aceptación de las normas de derechos humanos al adoptar medidas para la realización de ese derecho humano. Los indicadores estructurales tienen que concentrarse sobre todo en la naturaleza de las leyes nacionales relacionadas con el derecho en cuestión -es decir si incluyen las normas internacionales- y los mecanismos institucionales que promueven y protegen las normas. Los indicadores estructurales también deben examinar el marco normativo y las estrategias que el Estado indica son pertinentes para ese derecho (...).*
>
> *Los indicadores de proceso relacionan los instrumentos de política de los Estados con hitos que se convierten en indicadores de resultados, los cuales a su vez pueden relacionarse de manera más directa con la realización de los derechos humanos (...). Al definir los indicadores de proceso en términos de una relación causal concreta se puede evaluar mejor la responsabilización del Estado frente a sus obligaciones. Al mismo tiempo estos indicadores ayudan a vigilar directamente el ejercicio progresivo del derecho o el proceso de protección del derecho, según sea el caso, para la realización del derecho en cuestión. Los indicadores de proceso son más sensibles a cambios que los indicadores de*

resultados, por lo cual son mejores para medir la realización progresiva del derecho o reflejar los esfuerzos de los Estados Partes para proteger los derechos (...).

Los indicadores de resultados reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto. No se trata sólo de una medición más directa de la realización del derecho humano, sino también de la importancia del indicador para evaluar el disfrute del derecho. Puesto que con el tiempo consolida los efectos de diversos procesos subyacentes (que pueden ser medidos por uno o más indicadores de proceso), un indicador de resultados suele ser un indicador lento, menos sensible para reflejar los cambios momentáneos que un indicador de proceso" [91].

Así, los indicadores estructurales serían necesarios dentro del análisis de la regresividad normativa, mientras que los indicadores de proceso y de resultado permitirían medir el desarrollo de la puesta en práctica de una medida, así como su impacto en el respeto, protección y satisfacción de los derechos sociales. De esta manera, el análisis de una medida que se sospecha regresiva podría hacerse *ex ante*, desde la expedición de la norma legal o desde la aprobación de la política pública, incluso antes de su entrada en vigencia (cuando se trata del examen normativo, con base en indicadores estructurales), y *a posteriori*[92], trascurrido un período de tiempo que permita conocer el impacto de la medida (examen empírico de los efectos de una medida, a partir de indicadores de proceso y de resultados)[93].

[91] 18ª Reunión de los presidentes de órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, *Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos*, doc. HRI/MC/2006/7, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006. Al respecto también puede verse: Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, doc. Oea/Ser/L/V/Ii.129 5, Washington, D.C., 2007.

[92] El examen del impacto de una medida en términos de indicadores de proceso y de resultados podría eventualmente realizarse con anterioridad a la puesta en práctica de la medida de que se trate, cuando se cuente desde un comienzo con estimativos bien documentados acerca del posible efecto de una medida, de tal manera que las conclusiones del examen no admitan duda alguna.

[93] Como bien lo anota Courtis, la distinción entre el análisis estrictamente normativo y el análisis empírico de los efectos de una medida, mediante el uso de los tres tipos de indicadores mencionados, tiene fundamento en el Artículo 5.2 de las *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador,* que dispone: "Un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil".

3. El control de las medidas regresivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

A pesar de las diferentes variaciones que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la protección de los derechos sociales ante medidas de retroceso[94], es posible identificar una *"doctrina dominante"*[95]:

> *"(...) la CCC [Corte Constitucional colombiana] ha planteado las tesis más radicales, que ya sea absolutizan la prohibición de retroceso, o ya sea le niegan prácticamente toda eficacia normativa, en realidad la doctrina dominante de ese tribunal, en especial a partir de 2001, es la tesis intermedia. En efecto, a partir de ese año, y con excepción de dos casos, la CCC aborda el análisis de los retrocesos en derechos sociales con base en la doctrina que hemos denominado "intermedia", según la cual, las medidas regresivas se presumen inconstitucionales pero pueden ser justificadas, si las autoridades discuten abiertamente su necesidad y muestran que ellas son necesarias para alcanzar objetivos imperiosos (...) esa evolución es fructífera pues, como procedemos a explicarlo en los siguientes puntos, es valorativamente equilibrada, armoniza con la evolución de la doctrina internacional en este campo, y se esfuerza por desarrollar una dogmática específica para los derechos sociales, que no se limite a reproducir las viejas construcciones conceptuales de la doctrina civilista, que resultan muchas veces inapropiadas en este campo. Y como si fuera poco, es una tesis que a pesar de ser prudente, es eficaz en términos de justiciabilidad"*[96].

---

[94] Con anterioridad a 2001, la Corte Constitucional se movió entre dos posiciones extremas: desde no reconocer valor alguno a la prohibición de regresividad (considerándola mera expectativa) hasta convertirla en regla absoluta ("derecho al régimen"). A partir de 2001, con escasas excepciones, la Corte ha seguido la "doctrina intermedia". Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana,* en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008, pág. 20.

[95] Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en la materia, ver Rodolfo Arango Rivadeneira, "La prohibición de regresividad en Colombia", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 153-171. Así mismo, ver Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana,* en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008. Así mismo, un recuento de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de la aplicación de la prohibición de regresividad como una presunción de inconstitucionalidad de las medidas regresivas se encuentra en la sentencia T-043 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

[96] Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana,* en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008, pág. 16.

Esta doctrina se resume en la siguiente afirmación de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C–671 de 2002[97] y coincide con el desarrollo de la prohibición de regresividad en las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y en el SIDH, como una presunción de invalidez de las medidas de retroceso, que traslada a las autoridades públicas concernidas la carga de la prueba acerca de su justificación:

> *"una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional"*[98].

Esta postura dominante ha servido a la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de medidas regresivas, como en las sentencias C–789 de 2002 (exclusión del régimen pensional de personas de determinada edad)[99], C–671 de 2002 (exclusión del sistema de salud especial a algunas personas que ya eran beneficiarias de él)[100], T–602 de 2003 (atención a la población desplazada)[101], T–025 de 2004 (declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de atención a la población desplazada)[102], C–931 de 2004 (partida para universidades públicas dentro del presupuesto general de la Nación)[103], C–991 de 2004 (inconstitucionalidad de los límites temporales al "retén social")[104], T–1318 de 2005 (retroceso en el otorgamiento de subsidios de vivienda de interés social)[105], T-043 de 2007 (régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez a afiliados afectados por modificaciones normativas contrarias al principio de

[97] M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[98] Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[99] M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
[100] M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[101] M.P.: Jaime Araújo Rentería.
[102] M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
[103] M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[104] M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[105] M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

progresividad)[106] y T-009 de 2008 (aplicación del "retén social" en entidades liquidadas dentro del programa de renovación de la administración pública)[107].

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina por parte de la Corte Constitucional no siempre la ha llevado a declarar la inconstitucionalidad de las medidas regresivas adoptadas, sino que en algunas oportunidades, como en las sentencias C–038 de 2004 (constitucionalidad de la reforma laboral, ley 789 de 2002)[108], C–1064 de 2001[109] y C–1017 de 2003 (estas dos sobre el reajuste anual en el salario de servidores públicos)[110], la Corte ha encontrado fundadas las razones invocadas por las autoridades concernidas para aprobarlas, a pesar de haber partido inicialmente de la presunción de invalidez de las medidas[111].

Esta *"doctrina intermedia"* de la Corte Constitucional en relación con la aplicación de la prohibición de retroceso tiene las siguientes características:

1. La prohibición de regresividad constituye un límite para el ejercicio de la libertad de configuración legislativa radicada en el Congreso de la República, para las actuaciones del poder ejecutivo y en general de las autoridades involucradas en el diseño, formulación e implementación de políticas públicas[112].

2. Una vez se hubiere acreditado la existencia de una medida regresiva, opera una presunción de inconstitucionalidad que puede ser desvirtuada si, en el marco de un escrutinio judicial estricto, se advierte que su aplicación responde a una necesidad social imperiosa y no resulta desproporcionada para las personas afectadas (test de razonabilidad y proporcionalidad)[113].

3. El juicio de regresividad resulta más estricto cuando se trata de personas con especial protección constitucional:

[106] M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
[107] M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[108] M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[109] M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.
[110] M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.
[111] Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 en octubre de 2008, pág. 16.
[112] Corte Constitucional, sentencia T-1318 de 2005, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
[113] Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

"La Sala observa que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de "proteg[er] especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta." (art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional"[114].

4. En caso de resultar justificadas e imperiosas las razones invocadas por el Estado para adoptar una medida de retroceso, esta tendrá siempre una vigencia temporal y en manera alguna podría llegar a ser permanente, pues persiste para las autoridades el deber de desarrollar progresivamente (como mejora constante) los derechos económicos, sociales y culturales[115].

5. Dentro de las ventajas que Uprimny y Guarnizo reconocen a esta doctrina intermedia conviene destacar el desarrollo de la prohibición de regresividad como un principio y no como una regla, el cual se aplica mediante un ejercicio de ponderación con otros principios y no en términos de *"todo o nada"*, como sucede con las reglas:

"Si aceptamos la tesis de la jurisprudencia colombiana de interpretar la figura de no regresividad como un principio en su dimensión prima facie y no como una regla, parece legítimo aceptar la doctrina propuesta según la cual las medidas

[114] Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[115] Corte Constitucional, sentencia C-1017 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

regresivas de derechos sociales son en principio violatorias de la normatividad pero, en atención a otros principios e intereses relevantes, es posible aceptar medidas regresivas siempre que estas sean razonables y proporcionadas"[116].

6. Por último, el amplio catálogo de criterios que han sido atendidos por la Corte Constitucional en la aplicación del juicio de regresividad fue organizado en un test "escalonado" de constitucionalidad de medidas regresivas en DESC, propuesto por Rodolfo Arango Rivadeneira, dentro del cual se destacan los siguientes criterios de análisis:

- Validez de las razones que justifican la medida.
- Suficiencia de las razones que justifican la medida.
- No afectación de personas con especial protección constitucional.
- La medida permite la realización efectiva del derecho.
- No desconocimiento de cota mínima o inferior.
- Prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones.
- Evaluación sistemática e integral del impacto de la medida.
- Cumplimiento de los parámetros del derecho internacional.
- Carga de la argumentación en cabeza de Estado[117].

Síntesis

En virtud de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el Estado colombiano tiene una serie de obligaciones de carácter inmediato en materia de derechos sociales, entre ellas, el deber de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas. Al igual que en el Sistema Universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, en el Sistema Interamericano la prohibición de

[116] Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008, pág. 20.
[117] El test en su totalidad puede verse en Rodolfo Arango Rivadeneira, "La prohibición de regresividad en Colombia", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 168.

regresividad se desprende de la consagración, en diversos instrumentos, del principio de progresividad para la adopción de medidas en materia de DESC.

En general, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, las medidas regresivas se consideran, prima facie, violatorias de los compromisos asumidos con la ratificación de instrumentos vinculantes por el Estado colombiano. Así, la prohibición de regresividad opera como una presunción de invalidez de las medidas de retroceso, presunción que puede ser desvirtuada por el Estado cuando logre demostrar que las disposiciones han sido adoptadas con apego a los criterios definidos por el CDESC.

No obstante, aun si se admite la justificación ofrecida por un Estado a favor de una medida regresiva en materia de DESC, tal medida deberá tener en todo caso un carácter *temporal*. Lo anterior se debe a que, aunque resulte admisible la adopción de una legislación o política regresiva, persiste para el Estado el deber de alcanzar de forma progresiva la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el PIDESC.

Adicionalmente, esta prohibición de adoptar medidas regresivas deja de ser relativa y se convierte en absoluta cuando las políticas o normas implementadas implican un desconocimiento de alguna de las obligaciones básicas (inmediatas) de los Estados parte, tales como la de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos, la de garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el PIDESC sin discriminaciones o la de comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles. En estos casos, la regresividad no admite justificación alguna, y cualquier medida que se adopte en ese sentido constituye *"sin más"* una violación de los compromisos asumidos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Conforme a lo anterior, las medidas regresivas son sometidas a un escrutinio estricto, pues no basta con demostrar que el propósito de las disposiciones adoptadas es admisible y que el medio escogido es potencialmente adecuado. Por el contrario, debe probarse que el objetivo que persiguen las medidas adoptadas resulta necesario y que el medio utilizado es estrictamente imperioso.

Estos criterios han sido acogidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha terminado por privilegiar una posición *"intermedia"* en relación con la aplicación del examen de las medidas de retroceso en materia de derechos sociales, que *"armoniza"* con los estándares internacionales. Conforme a la doctrina predominante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "*las medidas regresivas se presumen inconstitucionales pero pueden ser justificadas, si las autoridades discuten abiertamente su necesidad y muestran que ellas son necesarias para alcanzar objetivos imperiosos"*[118].

No obstante lo anterior, no siempre es fácil reconocer el tipo de examen que se requiere para establecer la regresividad de una medida determinada. En general, hasta el momento han sido reconocidas dos formas de establecer la regresividad de una medida. De un lado, es posible hacer un examen normativo de las medidas, que procura determinar si la disposición limita, restringe o reduce la extensión o el sentido de un derecho social, o le impone a su ejercicio condiciones que antes no debía sortear; de otro lado, puede realizarse un examen de resultados, para verificar empíricamente el impacto de las medidas que se consideran regresivas, recurriendo a estimativos de los efectos de su puesta en práctica.

En general, existe la tendencia a identificar el examen normativo de regresividad con el control judicial, de un lado, y el examen de resultados con el monitoreo de políticas públicas, del otro. Sin embargo, esto no corresponde con lo que sucede en la práctica: las instancias judiciales no aplican siempre un test de regresividad estrictamente normativo (sin atender a las consecuencias socioeconómicas de aplicación de las medidas bajo examen), y las entidades u organizaciones que hacen seguimiento a las políticas públicas en derechos humanos no se limitan a un estudio de resultados, lejos de toda valoración en términos normativos.

[118] Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana,* en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008, pág. 16.

Por lo anterior, dada la complementariedad que existe entre los dos tipos de examen, en este trabajo se hace una evaluación tanto normativa como de resultados a tres reformas adoptadas por el Estado colombiano en el período comprendido entre 2002 y 2008.

Parte II

Adopción de medidas regresivas en Colombia (2002 – 2008)

Definido el marco conceptual y jurídico acerca de la prohibición de regresividad, a partir de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se compromete en esta segunda parte un examen de tres reformas legislativas, que fueron aprobadas en el período 2002-2008, las cuales constituyen retrocesos en el nivel de realización de los DESC en Colombia: reforma laboral, reforma al sistema de transferencias y el capítulo sobre protección a la propiedad intelectual del tratado de libre comercio suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU., aprobado por el Congreso de la República mediante ley 1143 de 2007.

El análisis de cada una de estas reformas tiene un doble propósito: de un lado, demostrar que se trata de medidas regresivas, normativamente y en términos de resultados; y del otro, probar (al menos brevemente) que las razones anunciadas por el Gobierno nacional y por el Congreso de la República para justificar su aprobación carecen de validez, vale decir, no satisfacen los criterios definidos en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para admitir este tipo de retrocesos en materia de DESC. En consecuencia, cada uno de los siguientes capítulos se dividirá principalmente en dos: (1) un análisis de la regresividad de la reforma y (2) un examen de las razones invocadas por el Estado colombiano en el momento de su aprobación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el examen de medidas regresivas desde una perspectiva de derechos humanos, tal como se señaló en la primera parte de este trabajo, exige en primer lugar que se pruebe la regresividad alegada, para luego examinar las razones invocadas para su adopción. En este examen, corresponde al Estado la carga de demostrar que la medida adoptada se justifica por la existencia de necesidades imperiosas y no basta con afirmar simplemente que se trataba de una decisión razonable o útil. En otras palabras, conviene recordar que la prohibición de regresividad opera como una presunción, en la que probada la regresividad de una medida, ésta se presume inválida, a menos que el Estado

concernido logre justificar su adopción conforme a los estándares definidos por el CDESC y compartidos por la Corte Constitucional colombiana:

> *"Trasladando el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable"*[119].

[119] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 105.

Capítulo 4

Reforma laboral (Ley 789 de 2002)

El interés del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez de ofrecer garantías a los empleadores para aumentar la competitividad de las empresas colombianas en el mercado mundial y *"para la generación de empleo"* se cumplió con la aprobación por el Congreso de la República de la ley 789 de 2002, tan sólo cuatro meses después de la posesión del entonces nuevo Presidente[120]. Esta ley fue el resultado de la discusión y trámite del proyecto de ley 57 de 2002 (*"por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social"*) presentado por el ministro de Salud encargado de las funciones del despacho del ministro de Trabajo y Seguridad social, Juan Luis Londoño de la Cuesta.

La vía escogida en ese momento para el aumento de la competitividad y la generación de empleo fue la flexibilización de las condiciones de trabajo y la disminución de los costos de vinculación de personal[121]. Esta decisión no sólo se reflejó en el contenido de la ley 789 de 2002, sino que fue reproducida en el texto del Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006:

> *"Los nuevos puestos de trabajo se lograrán gracias a la eliminación de recargos salariales, el incremento del número de contratos de aprendizaje y la reducción tanto en los costos de despido como en los aportes parafiscales con destino al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cajas de compensación"*[122].

1. Regresividad

[120] La agenda de la flexibilización laboral en Colombia se materializó inicialmente con la promulgación de la Ley 50 de 1990, y se profundizó con la Ley 789 de 2002. En la aprobación de estas dos leyes jugó un papel protagónico Álvaro Uribe Vélez, en la primera como Senador de la República ponente de la iniciativa, en la segunda como Presidente, jefe del Gobierno que presentó el proyecto que llevó a su adopción legislativa.

[121] Por flexibilidad laboral "se alude, en general, a una visión crítica de las normas jurídicas sobre el trabajo asalariado, a las que se les demanda esfuerzos para facilitar la cada vez más necesaria adaptabilidad empresarial en un contexto de permanente aumento de competitividad. De allí que se aluda una y otra vez a la flexibilidad como recurrida receta para mejorar el desempeño empresarial y la creación de empleo. Sin embargo, según sea quien use el término, la flexibilidad se presta para ser poblada de muchos contenidos. Se alude con ella al fin de la época del trabajo rutinario y repetitivo fordista y a nuevas oportunidades de autonomía y realización en el trabajo; se asimila flexibilización a la disminución del tiempo de trabajo y con ello a ganar más disponibilidad para la vida familiar y el tiempo libre; pero también se utiliza la flexibilización para justificar la reducción de derechos de los trabajadores, tales como mínimos salariales, estabilidad en el trabajo y límites a la duración de la jornada de trabajo, en el entendido que es necesario reducir costos laborales para incentivar la utilización empresarial de mano de obra". Diego López F, "Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente", *Análisis Laboral* 16, Santiago De Chile, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, 2002.

[122] Ley 812 de 2003, "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*", pág. 21.

La ley 789 de 2002, aprobada por el Congreso de la República con el impulso del Gobierno nacional, tuvo por efecto la reducción de los costos de la contratación de personal a través de varias de las disposiciones de su Capítulo 6, relativo a la "actualización de la relación laboral y la relación de aprendizaje", en particular de los artículos 25, 26, 28 y 30, afectando la extensión de varias de las garantías reconocidas a los trabajadores por el Código Sustantivo del Trabajo:

- Modificó la definición de trabajo diurno y trabajo nocturno, afectando la liquidación de la remuneración adicional por trabajo nocturno (recargo nocturno).
- Redujo los recargos para el trabajo durante festivos y dominicales.
- Estableció indemnizaciones diferenciales por despidos sin justa causa según el nivel salarial.
- Modificó la liquidación de la indemnización por falta de pago.
- Contrajo el régimen salarial y prestacional de los aprendices.

La regresividad de lo previsto en la Ley 789 de 2002 en materia de relaciones de trabajo es tanto normativa como de resultados, pues ha representado una seria reducción de los ingresos de los trabajadores(as) en Colombia.

1.1. Regresividad normativa

En primer lugar, el artículo 25 de la ley 789 de 2002 amplió la jornada de trabajo diurna, que antes de la reforma era desde las seis horas (06:00 a.m.) a las dieciocho horas (6:00 p.m.), y con la reforma pasó a ser la comprendida entre las seis horas (06:00) y las veintidós horas (10:00 p.m.). En consecuencia, el trabajo nocturno pasó a ser el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (06:00 a.m.).

Esta modificación de la definición del trabajo diurno y del trabajo nocturno, prevista en el artículo 25 de la reforma laboral, modificó sustancialmente el monto de la remuneración por el trabajo nocturno (recargo nocturno equivalente a un 35% sobre el valor del trabajo

diurno) para quienes desempeñan sus labores en estas franjas horarias. En efecto, conforme a la ley 789 de 2002, el trabajo que se realiza entre las 6:00 p.m. y las 10:00 p.m., que por las condiciones climáticas de Colombia es un trabajo nocturno, pasó a ser considerado trabajo diurno por disposición del legislador, con la consecuente disminución en los ingresos de los trabajadores. En otras palabras, para el trabajo realizado en tales horarios, los trabajadores(as) perdieron el 35% de recargo nocturno.

Ahora bien, la modificación de la definición de las jornadas diurna/nocturna altera adicionalmente la liquidación de las horas extras, teniendo en cuenta la diferencia en la remuneración del trabajo extra, según se trate de horas diurnas o nocturnas. Al respecto, conviene recordar que conforme a la legislación nacional las horas extras diurnas son remuneradas con un recargo del 25% sobre el valor del trabajo ordinario, mientras que el recargo por las horas extras nocturnas equivale al 75% sobre el valor del trabajo ordinario. Teniendo en cuenta que se modificaron las nociones de trabajo diurno y nocturno, las horas extras laboradas en la franja de las 6:00 p.m. a las 10:00 p.m. ya no serán remuneradas como trabajo extra nocturno (75%) sino como trabajo extra diurno (25%). Vale decir, en estos horarios los trabajadores(as) perdieron con la reforma laboral de 2002 más del 50% de la remuneración por el trabajo extra.

Algo semejante ocurre con el reconocimiento y la remuneración del trabajo en días dominicales y festivos, que pasó de tener una compensación del 100% sobre el salario ordinario, a tan sólo un 75% del mismo, conforme al artículo 26 de la ley 789 de 2002:

> *"En ambos casos el Gobierno adujo que los cambios obedecían al contraste entre estas cargas y la realidad de las empresas, que les ocasionaba exceso de costos, lo cual impedía el enganche de nuevos trabajadores. De esta manera se amplió la jornada de trabajo para dar cabida a dos turnos. La noche se hizo día para extraer un mayor producto a menor costo para los empleadores,*

mientras se deterioran las condiciones económicas de los trabajadores y la calidad del empleo"[123].

De otro lado, el artículo 28 de la ley 789 de 2002 modificó el monto de la indemnización por despido sin causa justificada en los contratos a término indefinido, prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) [124]. La norma del CST, que fue modificada por la ley 789 de 2002, disponía las siguientes indemnizaciones para despidos sin justa causa:

Código Sustantivo del Trabajo	**Indemnización por despido sin justa causa, contrato a término indefinido**	
Tiempo de vinculación	**Por el primer año de servicios**	**Por cada año posterior al primero**
Hasta 1 año	45 días de salario	No aplica
De 1 a 5 años	45 días de salario	15 días de salario
De 5 a 10 años	45 días de salario	20 días de salario
Más de 10 años	45 días de salario	40 días de salario
Más de 10 años, cumplidos al momento de entrar en vigencia la ley 50/90	Reintegro	Reintegro

Al respecto, la ley 789 de 2002 modificó el régimen de la indemnización por despido sin justa causa, estableciendo una distinción entre dos rangos salariales: (1) quienes devenguen menos de diez salarios mínimos tendrán una indemnización equivalente a treinta días de salario por el primer año (o fracción menor a un año), y veinte días adicionales por cada año subsiguiente al primero; (2) quienes tengan un salario igual o superior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes tendrán derecho a una indemnización equivalente a veinte días de salario por el primer año (o fracción menor a un año) y quince días adicionales por cada año subsiguiente al primero. De esta manera, el monto de la indemnización ya no se establece en función de la antigüedad de la vinculación, vale decir,

[123] Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 11.

[124] Norma del Código que ya había sido incluso modificada por la ley 50 de 1990, en el sentido de flexibilizar la estabilidad y permanencia en el empleo. Antes de la ley 50 de 1990 el trabajador(a) despedido sin justa causa tenía derecho al reintegro. La ley 50 de 1990 modificó el artículo 64 del CST permitiendo tal despido mediante el pago de una indemnización "tarifada", definida conforme al tiempo de vinculación. De esta manera, con la reforma de 1990 se admitió el despido injustificado en la legislación nacional, con una excepción transitoria prevista para quienes, al momento de entrar en vigencia la ley 50 de 1990, tuvieran 10 o más años de servicios, caso en el cual se mantenía la posibilidad de solicitar el reintegro.

del tiempo de prestación de los servicios, sino que ahora el valor de la indemnización depende de la ubicación de los ingresos del trabajador en uno de los dos rangos salariales previstos en la norma, separados por la barrera de los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)[125].

Ley 789 de 2002	**INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO**	
Rango salarial	**Por el primer año de servicios**	**Por cada año posterior al primero**
Menos de 10 SMLMV	30 días de salario	20 días de salario
10 SMLMV o más	20 días de salario	15 días de salario

No obstante el cambio en el criterio para definir el monto de la indemnización, a continuación se presenta un cuadro que permite precisar el número de días de salario que pierden los trabajadores(as) dentro de la indemnización por despido sin causa justificada conforme a la reforma introducida por la ley 789 de 2002. Para el efecto, se parte de los dos rangos salariales utilizados en la nueva norma, pero en cada uno de ellos se introducen los períodos de antigüedad que se usaban en la norma derogada del Código Sustantivo del Trabajo, de tal manera que sea posible establecer una comparación entre las dos legislaciones.

[125] No obstante que el tiempo de servicios ya no es el criterio que determina el monto de la indemnización, el parágrafo del artículo 28 de la ley 789 de 2002 establece un régimen de transición para quienes al momento de la entrada en vigencia de esa legislación ya hubieren cumplido 10 años de servicios, para quienes se mantendrá la indemnización de 45 días por el primer año de servicios y 40 por cada año posterior al primero, prevista en la norma vigente del Código Sustantivo del Trabajo antes de la reforma de 2002.

1. Remuneración inferior a 10 SMLMV			
Tiempo de vinculación	**Indemnización CST (modificado por ley 50/90)**	**Indemnización ley 789 de 2002**	**Monto que se deja de reconocer**
Hasta 1 año	45 días de salario	30 días de salario	Se restan 15 días de salario
De 1 a 5 años	45 días de salario por el primer año más 15 por cada año subsiguiente	30 días de salario por el primer año más 20 por cada año subsiguiente	Se restan 15 días de salario por el primer año, pero se ganan 5 días por cada año subsiguiente
De 5 a 10 años	45 días de salario por el primer año más 20 por cada año subsiguiente	30 días de salario por el primer año más 20 por cada año subsiguiente	Se restan 15 días de salario por el primer año
Más de 10 años	45 días de salario por el primer año más 40 por cada año subsiguiente	30 días de salario por el primer año más 20 por cada año subsiguiente	Se restan 15 días de salario por el primer año, y 20 por cada año subsiguiente
2. Remuneración igual o superior a 10 SMLMV			
Tiempo de vinculación	**Indemnización CST (modificado por ley 50/90)**	**Indemnización ley 789 de 2002**	**Monto que se deja de reconocer**
Hasta 1 año	45 días de salario	20 días de salario	Se restan 25 días de salario
De 1 a 5 años	45 días de salario por el primer año más 15 por cada año subsiguiente	20 días de salario por el primer año más 15 por cada año subsiguiente	Se restan 25 días de salario por el primer año
De 5 a 10 años	45 días de salario por el primer año más 20 por cada año subsiguiente	20 días de salario por el primer año más 15 por cada año subsiguiente	Se restan 25 días de salario por el primer año, y 5 por cada año subsiguiente
Más de 10 años	45 días de salario por el primer año más 40 por cada año subsiguiente	20 días de salario por el primer año más 15 por cada año subsiguiente	Se restan 25 días de salario por el primer año, y 25 por cada año subsiguiente

De otro lado, la Ley 789 de 2002 (artículo 29) también reformó el régimen de liquidación de la indemnización por no pago (comúnmente denominada “salarios caídos”), que antes de la reforma correspondía a un día de salario por cada día de retraso en el pago, y que se contaba desde la fecha de terminación del contrato, hasta la fecha en la que efectivamente se pagaran los dineros adeudados. Con la reforma de 2002 esta indemnización corresponde

ahora a un día de salario por cada día de retraso en el pago, contada desde la terminación del contrato y hasta 24 meses después. Si trascurridos 24 meses de terminado el contrato, el trabajador no ha iniciado reclamación por la vía ordinaria, entonces el empleador deberá intereses moratorios a la tasa máxima permitida en la ley para los créditos ordinarios de libre asignación, a partir del mes número 25, y hasta que se verifique el pago[126]. Con esta modificación, se reduce el monto de la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador ante la renuencia prolongada del empleador (cuando se extienda más allá de los 24 meses) a pagar los salarios y prestaciones que adeude al momento de terminarse la relación laboral.

Por último, la ley 789 de 2002 redujo la extensión de las garantías salariales y prestacionales de los aprendices. En efecto, los artículos 30 y siguientes de la reforma modificaron las características del contrato de aprendizaje, así:

1. Cambió la definición del contrato de aprendizaje, restándole el carácter laboral, disponiendo por ejemplo que en ningún caso podrá hablarse de salario (contrario a lo que hacía la disposición anterior) sino que los aprendices tendrán derecho a un "apoyo de sostenimiento mensual".

2. Conforme a la ley 789 de 2002, este "apoyo de sostenimiento mensual" será el equivalente al 50% del salario mínimo legal vigente durante la etapa lectiva y al 75% del mismo en la fase práctica. Al respecto, la norma derogada disponía que el salario del aprendiz sería acordado por las partes, pero que en todo caso no podría ser inferior al 50% del mínimo convencional o del que se pague en la respectiva empresa para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio o uno equivalente.

3. Desconoce el derecho de negociación colectiva de los aprendices, al disponer expresamente que "en ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser

[126] El interés de los créditos ordinarios de libre asignación "es el que pueden cobrar los establecimientos de crédito, en sus operaciones activas ordinarias, a plazo no mayor de un año, esto es en operaciones que no son redescontables". Superintendencia Bancaria, Concepto 94021718-1, 10 de mayo de 1994. Son créditos de libre asignación aquellos que otorgan las entidades financieras para que el mutuario los destine a cualquier fin de su interés. Con base en las tasas de interés cobradas en el mercado por tales créditos, la Superintendencia Financiera hace un estimado del promedio, el cual es utilizado como un criterio para varios efectos legales, entre ellos el previsto en el artículo 29 de la ley 789 de 2002.

regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva".

4. La norma derogada disponía que el contrato de aprendizaje debía ser escrito y que en él se debían precisar las condiciones de la vinculación, pues en caso contrario los servicios del aprendiz se entenderían regulados por las normas del contrato de trabajo. La ley 789 derogó esta disposición y no incluyó ninguna disposición supletoria semejante.

5. El artículo 1 del decreto 933 de 2003, dictado por el Gobierno nacional para regular las disposiciones sobre el contrato de aprendizaje previstas en la ley 789 de 2002, señala expresamente que éste no supone subordinación, la cual constituye un condición necesaria para la configuración de una relación laboral.

De esta manera, la ley 789 de 2002 y su decreto reglamentario deslaboralizaron el contrato de aprendizaje como forma de vinculación:

> "Por su parte y a partir del reconocimiento de la situación de desempleo de la población joven, la reforma modifica el carácter, los objetivos y la cobertura de los contratos de aprendizaje que administra y opera el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). Esta medida tiene un impacto redistributivo en contra de la clase trabajadora, puesto que convierte el contrato de aprendizaje en una relación no laboral con cubrimiento parcial de los beneficios de la seguridad social"[127].

1.2. Regresividad de resultados

Acerca del impacto en términos de resultados de las medidas adoptadas dentro del capítulo 6 de la ley 789 de 2002, son escasos los estudios que ofrecen información cuantitativa acerca de la disminución de los ingresos de los trabajadores(as). No obstante, acerca del

[127] Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 7.

impacto de dos de sus disposiciones en particular, las relacionadas con la modificación de las jornadas de trabajo diurno/nocturno y con el pago del recargo por trabajo en dominicales y festivos, el Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia ha realizado algunos estimativos en el caso de los trabajadores del sector de la vigilancia. Este sector permite reconocer de forma privilegiada el impacto de la reforma, pues los trabajadores que se desempeñan en él prestan sus servicios en turnos que (como trabajo ordinario o extraordinario) cubren la franja horaria de las 6:00 p.m. a las 10:00 p.m. y se extienden a domingos y festivos[128].

En efecto, en el documento *"Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)"* el CID procura determinar la disminución de los ingresos de los trabajadores del sector de la vigilancia por efecto de (1) la extensión de la jornada diurna y (2) la reducción del recargo por el trabajo en días dominicales y festivos.

En cuanto a lo primero, el análisis acerca del impacto de la extensión de la jornada diurna es dividido en el informe del CID, en (a) pérdida de ingresos en el recargo nocturno, y (b) pérdida de ingresos por horas extras nocturnas. En relación con la pérdida de ingresos en el recargo nocturno (tras pasar a ser considerado el laborado entre las 6:00 p.m. y las 10:00 p.m. como trabajo diurno), el CID estima que cada uno de los 149.165 trabajadores del sector perdió $376.000 en 2005[129]. Por esta misma razón, según el análisis del CID, el conjunto de los trabajadores del sector habría perdido $48.000 millones en 2005 y $175.000 millones desde la entrada en vigencia de la ley en 2003 y hasta 2006[130]. De otro lado, acerca de la pérdida de los ingresos por horas extras nocturnas para los trabajadores del sector de la vigilancia, el CID estima éstas en $64.000 millones para el año 2005[131].

En segundo lugar, sobre el impacto de la reducción del recargo por el trabajo en días dominicales y festivos, el CID calculó las pérdidas para los trabajadores del sector de la

[128] Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 66.
[129] Alrededor de U$200.
[130] Aproximadamente 26 millones de dólares en 2005 y 94,5 millones de dólares entre 2003 y 2006.
[131] Cerca de 34,5 millones de dólares.

vigilancia en $27.000 millones para el 2005 y en $104.000 millones para el periodo 2003-2006[132].

En síntesis y para el caso particular de los trabajadores(as) del sector vigilancia, el CID concluye que *"sumando los resultados de todas estas medidas que afectan a los trabajadores, es decir, extensión de la jornada diurna y recargos de dominicales y festivos laborados, tendríamos que cada vigilante perdió para 2005 en promedio $1.151.000"* (U$620 aproximadamente)[133]. Según los estimativos del CID de la Universidad Nacional el conjunto de los trabajadores del sector de la vigilancia habría perdido en el período 2003-2006 cerca de $514.000 millones por efecto de la extensión de la jornada diurna y la reducción de los recargos por trabajo en dominicales y festivos[134]:

PÉRDIDA DE INGRESOS PARA LOS EMPLEADOS(AS) DEL SECTOR DE VIGILANCIA PRIVADA EN COLOMBIA DESDE LA APROBACION DE LA LEY 789.
Pesos corrientes de 2005

Total de pérdidas	PESOS CORRIENTES DE CADA AÑO	PESOS CONSTANTES DE 2005
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2003	$95.124.830.225,38	$105.226.443.956,36
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2004	$109.078.382.128,92	$114.374.030.225,35
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2005	$145.958.414.553,50	$145.958.414.553,50
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2006	$156.301.924.246,27	$148.858.975.472,64
Total pérdidas trabajadores por ley 789	**$506.463.551.154,07**	**$514.417.864.207,86**

Fuente: CID[135].

Como resultado de las dos modificaciones del régimen laboral mencionadas, incluidas en la ley 789 de 2002 resultó directamente afectada la remuneración no sólo de los trabajadores(as) del sector de la vigilancia, a quienes se refiere el informe del CID, sino de

[132] Aproximadamente 14 millones de dólares en 2005 y 56 millones de dólares entre 2003 y 2006.
[133] Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 71.
[134] Cerca de 278 millones de dólares.
[135] Tomado de Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 71.

todos los trabajadores(as) que por la índole de sus labores deben prestar sus servicios más allá de las 6:00 p.m. así como en días domingos y festivos.

2. Análisis de las razones presentadas para su aprobación

A continuación se hace un examen de la razones que llevaron a la aprobación de la ley 789 de 2002, conforme consta en la exposición de motivos del proyecto de ley 57 de 2002 y en las ponencias para primer y segundo debate en el Congreso de la República[136].

2.1. Razones presentadas en el trámite legislativo

Las razones invocadas por el Gobierno nacional y su bancada para promover la "actualización de la relación laboral y la relación de aprendizaje" se refieren básicamente a demostrar que la legislación colombiana establecía entonces "altos costos" para la contratación de mano obra, los cuales desestimulaban la creación de puestos de trabajo e impedían al sector productivo nacional competir eficientemente (como relación entre costo-beneficio) en el marco de una economía globalizada. En este sentido, el proyecto de ley 57 de 2002 (Senado), tal como fue radicado por el Gobierno nacional, así como las ponencias rendidas en primer y segundo debate tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, afirmaba la necesidad de disminuir una vez más (luego de la ley 50 de 1990, que ya había hecho lo propio) los costos de la contratación de personal, con el fin de estimular la generación masiva de puestos de trabajo.

En términos económicos, la premisa mayor de la reforma era que la demanda de mano de obra es elástica al salario, es decir, la contratación de trabajadores(as) es sensible a la disminución de los costos para hacerlo. Con base en esa afirmación, los defensores de la reforma aseguraban entonces que era necesario reducir las cargas laborales y prestacionales[137] de los trabajadores(as) colombianos(as), con el fin de estimular el

[136] Para un seguimiento completo de las ponencias y los debates que dieron lugar a la aprobación de la ley 789 de 2002 pueden verse las siguientes gacetas del Congreso de la República: 444, 449, 471, 497, 575, 579 de 2002, disponibles en www.secretariasenado.gov.co.

[137] Al respecto conviene recordar que el proyecto de ley 57 de 2002 "por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social" y que dio lugar a la aprobación de la ley 789 de 2002, al comienzo de su trámite legislativo fue acumulado con el proyecto de ley 56 de 2002 (Senado) "por la cual se define el Sistema de Protección Social, se prevén algunos programas contra el riesgo del desempleo, se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de

aumento de los niveles de empleo, en un contexto de preocupante incremento de la informalidad[138].

En esa perspectiva la exposición de motivos del Proyecto de ley 57 de 2002 (Senado) presenta en la primera línea la siguiente afirmación: "*Crear 160.000 empleos por año (640.000 en cuatro años) es el resultado que el país obtendría en caso de aprobar el presente proyecto de Ley* (…) Esta y otras razones que se explicarán a continuación, son la motivación para invitar a los honorables Congresistas y demás colombianos a apoyar el proyecto presentado"[139]. Conforme a lo anterior, el proyecto de ley 57 de 2002 hace los siguientes estimativos anuales, de lo que sería el efecto de la reforma en la generación de empleos:

Efectos proyectados de la Reforma sobre el empleo[140]

Tipo de reforma	**Número de empleos que generaría**
Recargos	52600
Régimen Especial de Aportes	49707
Indemnización	78900
Vacaciones	-21040
	160.167

2.2. Examen de la Corte Constitucional

Luego de aprobada por el Congreso de la República, la Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre las razones que dieron fundamento a la reforma laboral de 2002, en cuanto a la ampliación de la jornada ordinaria, los recargos para el trabajo durante festivos y dominicales, el monto de las indemnizaciones por despido sin justa causa y la modificación de la naturaleza del contrato de aprendizaje. En efecto, en la sentencia C-038 de 2004 la

1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales" (también presentado por el Gobierno nacional). Esta iniciativa proponía, en síntesis, una reforma al régimen pensional, y muchas de sus propuestas fueron luego incorporadas a lo que fue la ley 797 de 2003, reforma pensional del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez.

[138] "En Colombia, las cifras de informalidad son aterradoras, alcanzando actualmente el 61% del empleo urbano y casi la totalidad del empleo rural". Proyecto de ley 057 de 2002, Gaceta del Congreso de la República n.º 350 de 2002.

[139] Proyecto de ley 057 de 2002, Gaceta del Congreso de la República n.º 350 de 2002.

[140] Proyecto de ley 057 de 2002, Gaceta del Congreso de la República n.º 350 de 2002.

Corte Constitucional estudió las razones que motivaron la aprobación de la ley 789 de 2002.

a. En primer lugar, debe decirse que en esta sentencia la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia sobre "la prohibición *prima facie* de regresividad":

> *"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social (…)*
>
> *El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas*

disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia"[141].

b. Si bien la Corte parte de reiterar su doctrina en materia de regresividad y de admitir inicialmente la necesidad de someter las medidas de retroceso a un test estricto de proporcionalidad (y examinar las "imperiosas razones" que dieron lugar a ella), en este caso la Corporación parece dudar y termina relajando los estándares de análisis, como un gesto de "deferencia" frente a la decisión del legislativo:

"Ahora bien, para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad de las medidas acusadas, conviene tener en cuenta que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, en donde la Carta reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso (CP arts 333 y 334). Por ello, en estas materias, el escrutinio judicial debe ser flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin respetar la discrecionalidad que la Carta les concede. Y es que, como esta Corte lo ha reiterado en numerosas oportunidades, entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

Sin embargo, las regulaciones acusadas no sólo tienen incidencia sobre un derecho social fundamental, como es el derecho al trabajo (CP arts 25 y 53) sino que además implican una regulación diversa de la protección de ese derecho social, lo cual podría ser contrario, al menos prima facie, al mandato constitucional de progresividad. Y esto obliga a que el escrutinio judicial sea riguroso, pues ese tipo de medidas se presumen contrarias a la Constitución, al PIDESC y al Protocolo de San Salvador.

[141] Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Las anteriores características del presente caso hacen que el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertos aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del Legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo"[142].

c. En tercer lugar, habiendo reiterado su doctrina en punto de la prohibición de regresividad y definido la intensidad del test, la Corte Constitucional concluye que la ley 789 de 2002 responde a un fin constitucionalmente legítimo, imperioso y suficiente, que "podría eventualmente justificar" la reforma[143].

d. Dicho lo anterior, la Corte pasa entonces a estudiar la adecuación y necesidad de las medidas. Al respecto, luego de recordar las razones que motivaron la "actualización de la relación laboral y de la relación de aprendizaje" y también tomar nota de las razones que se plantearon en su contra, la Corte decide, una vez más, ser "deferente" con la decisión del legislativo, y señala que la motivación de la reforma sería "en abstracto" suficiente. Acerca de los resultados concretos de la reforma al momento de pronunciarse sobre su constitucionalidad (13 meses después de su entrada en vigencia) la Corte admite que son modestos, pero señala que esto no implica una afectación desproporcionada de los derechos de los trabajadores pues la reforma "puede tomar algún tiempo en comenzar a rendir plenamente sus frutos".

e. Por último, la Corte se ocupa del examen de proporcionalidad en estricto sentido, advirtiendo que en general las normas acusadas de la ley 789 de 2002 no suponen una limitación desproporcionada de las garantías laborales de los trabajadores(as)

[142] Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[143] "Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la finalidad de las normas acusadas de promover el empleo y el crecimiento económico es claramente constitucional. Además se trata de un propósito constitucional imperioso, pues la Carta le impone al Estado la obligación de lograr el pleno empleo de los recursos humanos, por lo que la promoción efectiva del empleo podría eventualmente justificar una limitación de la protección del derecho al trabajo". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

colombianos(as) y respetan los principios mínimos del trabajo establecidos en la Carta y en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

Cuatro años después, la Corte Constitucional tuvo una nueva oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las normas de la ley 789 de 2002 que modificaron la regulación de la relación laboral y de la relación de aprendizaje. No obstante los reportes de prensa que indicaban que la reforma sería declarada inconstitucional[144], la Corte Constitucional, mediante sentencia C-257 de 2008, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, declarando la existencia de "cosa juzgada formal relativa":

> *"Para la Corte no es procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto: i) se ha configurado la cosa juzgada formal relativa al demandarse nuevamente las mismas normas bajo idénticos cargos, ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y iii) se radicó en el legislador a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, evaluación que es propia de un juicio político y no jurídico"*[145].

De esta manera, la Corte Constitucional ha mantenido las normas acusadas de la Ley 789 de 2002, conservando de forma indefinida medidas regresivas, que conforme al PIDESC no pueden ser más que temporales. Al respecto, el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, en el anuncio de su salvamento de voto, señaló:

> "El juicio de proporcionalidad realizado en 2004 concluyó que la Ley 789 era constitucional porque era razonable reducir los derechos de los trabajadores si

[144] "La reforma laboral de 2002, que promocionó el primer gobierno del presidente Álvaro Uribe con el objetivo de crear 160.000 empleos por año en Colombia, y de la cual se dijo que de no aprobarse significaría privar al país de un sistema de protección social integral, hoy tambalea en la Corte Constitucional porque no ha logrado demostrar su eficacia para crear puestos de trabajo y, en cambio, se convirtió en una forma de generar un detrimento en la calidad de vida de los trabajadores colombianos y sus familias". *"*Tambalea reforma laboral en la Corte*"*, Diario *El Espectador*, 23 de febrero de 2008, versión electrónica.
[145] Corte Constitucional, sentencia C-257 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

con este sacrificio se lograba crear mayor cantidad de empleos, 160.000 anuales se dijo. Era razonable y constitucional la adecuación de medios a fin. Este análisis inicial fue realizado con fundamento en proyecciones, juicio *ex ante*. La demanda que se decidió hoy pretendía un juicio *ex post*, con fundamento en nuevos hechos constituidos por estudios sobre la eficacia efectiva. Estudios que aunque diversos, ninguno avalaba ni los estimativos previstos en la C – 038 de 2004, ni los enunciados por el gobierno y el Congreso.

Con esta decisión se llega al absurdo precedente según el cual una ley regresiva (hecho admitido por todos los magistrados) no obstante no haya certeza de que haya logrado los fines o propósitos que le sirvieron para justificar su constitucionalidad puede hacer que permanezcan vigentes de manera indefinida normas que lesionan los derechos constitucionales de los trabajadores.

La Corte Constitucional debió asumir plena competencia para conocer de la constitucionalidad de leyes como la 789 que tengan impacto económico y con mayor razón como sucedió en este caso donde se trataba de normas que afectan negativamente los derechos de los trabajadores y no benefician a la mayoría de los colombianos.

Una decisión que contribuya efectivamente a la estabilidad jurídica debe ser de fondo. Con esta lógica de actuaciones la Corte no cierra la discusión sobre la validez de una ley que conlleva regresividad y que no demuestra eficacia. En esta decisión no se cierra el debate constitucional sigue existiendo la posibilidad de un juicio ex post y la declaración de cosa juzgada formal conlleva a mantener una especie de cosa juzgada temporal, no sostenible en nuestro estado de derecho”[146].

[146] Corte Constitucional, Comunicado de prensa n.º 14, marzo 12 de 2008.

En síntesis, si bien la Corte Constitucional admite, en sus pronunciamientos sobre la reforma laboral de 2002, que las medidas de retroceso deben ser sometidas a un test estricto de razonabilidad y proporcionalidad, lo cierto es que en ese caso en particular la Corporación termina relajando la rigurosidad del mismo, como un gesto de deferencia ante el legislativo y como un ejercicio de autorrestricción ante asuntos que generan aún controversia entre los especialistas en materia económica. Al respecto, conviene decir también que aunque la Corte admite la necesidad de un examen cuidadoso, no incorpora en este caso expresa y plenamente los criterios que ha desarrollado el Comité de DESC para controlar la admisibilidad de medidas de retroceso, a los que ya se hizo alusión[147].

Lo que resulta cuestionable de los pronunciamientos de la Corte, es que la Corporación resuelve la duda acerca de los efectos de la reforma en la generación de empleo en beneficio de la constitucionalidad de las normas de la ley 789 de 2002, como un gesto de deferencia ante el legislativo[148]. Lo anterior, supone desconocer los estándares internacionales y la doctrina en materia de regresividad, que sugieren todo lo contrario, vale decir, que la duda acerca de la adecuada motivación de medidas de retroceso debe ser resuelta a favor de la protección de los derechos que se ven amenazados. En efecto, contrario a lo sostenido por la Corte, la duda acerca de la suficiente motivación de medidas de retroceso en DESC, supone que el Estado no ha logrado satisfacer la carga argumentativa que le corresponde y que, en consecuencia, la invalidez que cobija *prima facie* a las medidas regresivas se ha mantenido incólume pues no ha sido desvirtuada[149].

2.3. Validez de las razones invocadas por el Estado

[147] Al respecto la Corte se fija los siguientes criterios para el examen de las medidas de retroceso contenidas en la Ley 789 de 2002: "Por ello la Corte considera que en estos casos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[148] Efectos que tienen importancia constitucional porque hacen relación con las razones que justificaron medidas de retroceso y porque la vigencia misma de la reforma se condicionaba a su eficacia, conforme al parágrafo del artículo 46 de la ley 789 de 2002, al que se hace referencia más adelante.

[149] "En resumen, de acuerdo con nuestro criterio, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad. En caso de duda, habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva". Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 111.

En relación con las razones invocadas por el Estado colombiano para la aprobación de la ley 789 de 2002, es necesario hacer las siguientes observaciones a la luz de los criterios señalados por el CDESC para la admisibilidad de medidas de retroceso.

En primer lugar, si bien dentro del proyecto de ley 57 de 2002 y las ponencias para primer y segundo debate en el Congreso de la República, procura darse cuenta de la utilidad de las modificaciones a la relación de trabajo y la relación de aprendizaje, en un contexto de "aterrador" aumento, según se dice, del desempleo y la informalidad, lo cierto es que en parte alguna de su trámite legislativo se demuestra la existencia de una necesidad social o económica imperiosa. Al respecto, conviene recordar que para desvirtuar la presunción de invalidez que recae *prima facie* sobre una medida de retroceso, no basta con que el Estado demuestre que se trataba de una decisión útil, razonable u oportuna sino que las medidas adoptadas deben resultar de una necesidad superlativa conforme a la situación socioeconómica general[150]. Conforme a lo anterior, dentro del trámite de la reforma laboral de 2002 se alega la presunta (y muy controvertida) utilidad y oportunidad de las modificaciones, pero no se advierten las razones que imponen su aprobación como una condición necesaria para la efectiva garantía de los DESC en el futuro. Vale decir, en el trámite legislativo se trató de demostrar que la reforma laboral podría ser útil, razonable y oportuna, pero no que era necesaria y urgente para la plena garantía de los derechos reconocidos en el PIDESC.

En segundo lugar, conviene decir que en el trámite de la reforma no se advierte que el Gobierno nacional (autor del proyecto que dio lugar a la aprobación de la ley 789) o el Congreso de la República, hubieren explorado otros cursos de acción posibles, a través de los cuales, aprovechando el máximo de los recursos disponibles, se implementará una política de generación masiva de empleo, sin afectar las garantías de los trabajadores(as). Si bien esta no es una materia sobre la cual se acostumbre a dar cuenta dentro de las motivaciones de los proyectos de ley en el legislativo colombiano, lo cierto es que la adopción de medidas de retroceso en DESC supone demostrar que la medida escogida fue, dentro de todas las alternativas posibles, la menos lesiva en términos de derechos y la más

[150] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 107.

razonable en cuanto al aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles. Por el contrario, en el curso de la ley 789 de 2002 se defendió la flexibilización laboral y las modificaciones a la relación laboral como única medida para estimular la vinculación de personas a la actividad productiva.

Por último, la reforma laboral de 2002 fue justificada en su trámite legislativo como una forma de garantizar el derecho a trabajar (artículo 6 del PIDESC), en tanto estimularía la creación de puestos de trabajo, según la tesis oficial, pero dentro de su motivación no se hace referencia alguna al impacto de la misma en el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, la reforma y las medidas regresivas que en ella se incluyen no se justificaron por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC, condición necesaria para llegar a admitir medidas de retroceso en derechos sociales, conforme a la doctrina del Comité de DESC de Naciones Unidas[151].

2.4. ¿Funcionó la reforma laboral de 2002 en la generación de empleo?

Ahora bien, no sólo las razones invocadas por el Gobierno nacional y el legislativo para la aprobación de la reforma al régimen laboral en 2002 carecen de validez conforme a los criterios definidos por el Comité de DESC para el examen de medidas regresivas (y desarrollado por la doctrina con base en pronunciamientos de diversos tribunales internacionales), sino que además la reforma no cumplió la promesa por la cual se aprobó: generar de manera masiva puestos de trabajo de calidad.

Al respecto se han realizado diversas investigaciones que han procurado establecer el impacto de la reforma laboral de 2002 en los niveles de empleo[152]. No obstante, en general

[151] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9. Este último argumento fue planteado por la Procuraduría General de la Nación en su concepto ante la Corte Constitucional en el marco del proceso que terminó con la sentencia C-038 de 2004. En tal oportunidad el Ministerio público advirtió que la reforma no había sido justificada por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC, argumento que fue desestimado por la Corte señalando simplemente que "No es necesario que la restricción promueva todos los derechos". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[152] Algunas investigaciones han llegado a concluir que la reforma laboral tuvo efectivamente un impacto positivo en el comportamiento del mercado de trabajo. Así por ejemplo, la investigación de Jairo Núñez Méndez concluyó que la reforma a la legislación laboral ayudó a formalizar la economía, a mejorar la calidad del empleo, a incrementar las afiliaciones al régimen contributivo de seguridad social y al crecimiento de la oferta de empleo en un 6%. En ese mismo sentido, un estudio de Verónica Amarante y Rodrigo Arín denominado "Los efectos de la reforma laboral de 2002 en el mercado laboral colombiano", destaca que la reforma redujo las condiciones de informalidad de los trabajadores y además generó incentivos para la contratación de personal con mayor flexibilidad horaria. Otra investigación elaborada por

estas investigaciones se han enfrentado a una dificultad metodológica significativa, que consiste en tratar de aislar el impacto de la ley en el comportamiento del "mercado de trabajo", frente a otros factores institucionales y no institucionales que podrían incidir en el mismo. En otras palabras, la dificultad consiste en reconocer el impacto específico que puede atribuirse a la reforma, diferenciándolo de otros fenómenos sociales, políticos, económicos o culturales que hubieren podido incidir en el comportamiento de los niveles de empleo en Colombia. Así por ejemplo, ha resultado difícil separar el impacto de la reforma en la tasa de ocupación laboral, de los efectos del crecimiento de la economía colombiana en el periodo 2003-2007 como consecuencia, entre otras cosas, de un contexto mundial de liquidez y del aumento de las cotizaciones de los *commodities*[153].

No obstante lo anterior, dentro de las investigaciones realizadas hasta el momento sobre el efecto de la reforma laboral de 2002 en los niveles de empleo, probablemente la más destacada es la que dirigió el Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, Alejandro Gaviria, denominada "*Ley 789 de 2002: ¿funcionó o no?*"[154]. Aunque admite que es difícil ofrecer conclusiones definitivas sobre el impacto de la reforma en el empleo, Gaviria logró establecer en su investigación que la ley 789 de 2002 tuvo un efecto significativo en la contratación de aprendices y que incluso pudo haber contribuido a disminuir el subempleo por deficiencia de horas, pero que definitivamente no causó un

---

Hugo López, Remberto Rhenals y Elkin Castaño, concluyó que la reforma produjo un incremento innegable en la calidad de trabajo en las grandes ciudades, disminuyó el empleo informal y aumentó significativamente el número de trabajadores cubiertos por el sistema de seguridad social. Jairo Núñez Méndez, "Éxitos y fracasos de la reforma laboral", Ministerio de la Protección Social, *Cuadernos de Protección Social*, Cuaderno n.º 2, noviembre de 2005. Verónica Amarante, Rodrigo Arim y Mauricio Santamaría, "Los efectos de la reforma laboral de 2002 en el mercado laboral colombiano", Revista *Perfil de conyuntura económica*, diciembre de 2005, págs. 67-82. Hugo López, Remberto Rhenals y Elkin Castaño, "Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad del empleo", Ministerio de la Protección Social, *Cuadernos de Protección Social*, Cuaderno n.º 1, noviembre de 2005. No obstante estas investigaciones han sido blanco de duras críticas en cuanto a su metodología, fuentes y conclusiones, por parte del CID de la Universidad Nacional y del Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. Al respecto ver Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, págs. 13-22. Así mismo, ver Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social, *Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana, la ley 789 dos años después*, Cuadernos de trabajo No. 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 19 y 20.

[153] Como son el petróleo, el café y el cobre. "El mayor estímulo al crecimiento de la economía colombiana se explica por factores externos. La dinámica interna ha jugado un papel secundario. Y de acuerdo con nuestra hipótesis general, los procesos internos no han sido compatibles con los movimientos internacionales (…) Esta dinámica de las exportaciones es muy frágil porque los resultados finales dependen del comportamiento de los precios en el mercado internacional. Los hechos corroboran que el crecimiento colombiano ha dependido, fundamentalmente, de factores externos". Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Bienestar y macroeconomía 2002–2006, crecimiento insuficiente, inequitativo e insostenible*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia–Contraloría General de la República, 2006, pág. 23.

[154] Tras un análisis de los diversos estudios sobre los efectos de la reforma laboral en los niveles de empleo, el CID de la Universidad Nacional concluyó: "La evaluación de la reforma laboral realizada por Gaviria, es la de mayor riqueza en términos de fuentes de información. Analiza la ejecución y cobertura de los programas de subsidios al desempleo y al empleo, los datos de la Encuesta Continua de Hogares y los resultados de una encuesta empresarial". Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 20. En efecto, la investigación de Gaviria incorpora, entre otras fuentes, una encuesta realizada a 1021 empresas que agrupan más de 190.000 establecimientos inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá, incluyendo empresas de todos los sectores económicos, y de todos los tamaños: micro, pequeñas, medianas y grandes empresas.

efecto sustancial sobre la generación de empleo ni ayudó a la formalización de puestos de trabajo:

> *"(iii) el efecto [de la reforma] sobre la generación de empleo fue inferior al esperado; (iv) el efecto sobre la formalización fue (si acaso) marginal y (v) los programas de apoyo al desempleado y de estímulo a la generación de empleo han experimentado problemas de demanda y su ejecución ha sido inferior a la inicialmente presupuestada"*[155].

A una conclusión semejante llegó en su momento el Observatorio de Mercado Laboral y Seguridad Social, al hacer una evaluación de los efectos de la reforma laboral de 2002:

> "*En resumen, la evidencia econométrica que se ha presentado hasta ahora no es contundente, y a veces es más bien contradictoria, en su intento de discernir los efectos ocupacionales de la reforma laboral de 2002. Por otro lado, del monitoreo de los programas previstos, de las encuestas a las empresas formales y del cálculo de la reducción de los costos laborales, si bien no se puede inferir que la reforma afectó adversamente el mercado laboral, tampoco puede vislumbrarse la obtención de marcadas ventajas tanto en términos de cantidad como de calidad del empleo. Además, a la reforma le falta todavía pasar el examen de un ciclo económico recesivo*"[156].

---

[155] Alejandro Gaviria, *Ley 789 de 2002: ¿funcionó o no?*, documento CEDE 2004-45 ISSN 1657-7191 (versión electrónica), noviembre de 2004, disponible en www.banrep.gov.co/documentos/seminarios/. Las anteriores conclusiones son confirmadas por el mismo Alejandro Gaviria en una investigación de 2007, así: "En particular, el impacto de la reforma laboral de 2002 sigue siendo fuente de polémica. No sólo por un interés académico, sino también porque la misma reforma estableció que su continuidad dependía de la evaluación de los resultados. Los ejercicios de evaluación realizados hasta el momento no permiten emitir un dictamen definitivo. Gaviria (2005) encuentra (i) que la reforma contribuyó a disminuir el subempleo por insuficiencia de horas (especialmente en el sector servicios); (ii) que el efecto sobre la generación de empleo fue exiguo; y (iii) que el efecto sobre la formalización fue nulo. Nuñez (2005) encuentra algún impacto positivo sobre la duración del desempleo, y López (2004) atribuye el fuerte crecimiento de la demanda de mano de obra no calificada, observado durante el año 2003, a un efecto transitorio de la reforma". Alejandro Gaviria y Maria del Mar Palau, *Evolución reciente del mercado laboral urbano y alternativas de política*, 30 de octubre de 2007, disponible en www.economia.uniandes.edu.co.

[156] Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social, *Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana, la ley 789 dos años después*, Cuadernos de trabajo No. 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 20. Probablemente el ciclo económico recesivo al que hace referencia el Observatorio y que hacía falta para determinar el verdadero impacto de la reforma de 2002 sobre el mercado de trabajo, sea el que se vive actualmente en Colombia y que presentó como primer síntoma la agudización del problema de la informalidad laboral (57.7% del total de ocupados) y del desempleo (12.9%). "Desempleo más alto en cinco años se suma a informalidad", Diario *El Tiempo*, 28 de febrero de 2009, versión electrónica.

Así mismo, en 2007 una investigación del CID de la Universidad Nacional concluyó que no existen pruebas convincentes de que el descenso de la tasa de desempleo que se ha registrado en algunos períodos luego de la reforma[157], se originaran en un aumento en la demanda de mano de obra. En otras palabras, para el CID no hay indicadores que demuestren que la reforma produjo cambios significativos en el mercado de trabajo:

> *"No existe evidencia convincente que muestre que los movimientos que presentó la tasa de desempleo hacia la baja hayan sido ocasionados por un aumento de la demanda laboral. El quiebre de tendencia que tuvo la tasa de desempleo en mayo de 2003, obedeció más al desestímulo de la fuerza laboral que a la misma demanda.*
>
> *No existe una tendencia sostenida que muestre un aumento del empleo formal y una baja del empleo informal. Las tasas de crecimiento del mercado formal e informal, han tenido comportamientos, tanto positivos como negativos.*
>
> *No hay lugar a dudas de que el subempleo y la insuficiencia de ingresos sufrieron un cambio hacia el aumento en el primer trimestre del 2003 y se han sostenido hasta el cuarto trimestre del 2005, que es el período mas reciente con información disponible.*
>
> *Como se notó a lo largo de este acápite, es claro que los movimientos (definidos por la tasa de crecimiento) de los indicadores laborales no han tenido una tendencia definida, que permita esgrimir que la reciente reforma laboral produjo cambios positivos en el mercado laboral. Estos cambios podrían estar explicados*

[157] Aún admitiendo que el desempleo cedió en algunos períodos luego de la reforma como lo señalan algunos informes del DANE, esta misma entidad reconoce la precariedad de los empleos que se están creando. Así lo hizo por ejemplo en relación con el año 2006: "El problema, consiste en que de *el tipo de empleo que más influyó en el aumento de la ocupación nacional fue subempleo, así, el 74% de los empleos creados correspondieron a ocupaciones en la modalidad de subempleo*. En efecto, tal y como se advirtió en el documento de seguimiento y evaluación correspondiente al segundo trimestre del año 2005, el debilitamiento en la caída del subempleo derivó, en el segundo trimestre de 2006, en un fuerte crecimiento y en un quiebre de la tendencia que se había observado hasta el segundo trimestre de 2005. De esta manera, contrario a lo apreciado en trimestres anteriores, en el segundo trimestre del año 2006 el crecimiento de la ocupación nacional empezó a caracterizarse por un proceso de sustitución de no subempleo por ocupación de menor calidad o subempleo. Mientras el número de subempleados se elevó en 360,3 mil trabajadores (5,5%), los trabajadores no subempleados crecieron en 127,7 mil (1,1%), con lo cual su participación dentro de la ocupación total cayó en 1 punto porcentual entre el segundo trimestre de 2005 y el mismo trimestre de 2006. El notable aumento del subempleo elevó la tasa de subempleo en 1,1% al pasar de 32,5% a 33,5%". Informe del DANE sobre el segundo trimestre de 2006, titulado "Se continúa atenuando el ritmo de descenso del desempleo y aumentado la ocupación en la modalidad de subempleo", disponible en www.dane.gov.co.

más bien por factores inherentes al propio crecimiento económico o por causa de los mismos vaivenes que caracterizan al mercado laboral y no por factores exógenos propios o característicos de una reforma laboral"[158].

De esta manera, las investigaciones de Alejandro Gaviria de la Universidad de los Andes, del Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia y del Centro de investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia, coinciden en señalar que, si bien no es posible emitir un juicio definitivo acerca del impacto de la reforma laboral de 2002 en los niveles de empleo, lo cierto es que no existe evidencia empírica confiable que demuestre que ésta estimuló la generación masiva y sostenida de empleos de calidad en Colombia, lo cual pretendió justificar la adopción de medidas de retroceso mediante la ley 789 de 2002.

Los defensores(as) de la reforma (entre ellos el Gobierno nacional y los gremios de la producción) contestan señalando lo contrario: que es imposible afirmar que la reforma no generó empleos. Sin embargo, quienes así defienden la reforma laboral de 2002 pierden de vista que la carga de demostrar la eficacia de la misma corresponde justamente a ellos, en particular al Gobierno nacional y al Congreso de la República, entre otras, por las razones que a continuación se presentan:

a. Conforme se ha advertido en este trabajo, una vez comprobada la regresividad de una medida (cosa que hoy en día pocos ponen en duda en relación con las garantías laborales menoscabadas por efecto de la reforma), le compete al Estado justificar suficiente y adecuadamente, la necesidad imperiosa no sólo de aprobarla sino de mantenerla en el ordenamiento colombiano.

b. Fue la "certeza" de generar de forma masiva empleos de calidad, lo que permitió al Gobierno nacional asegurar la aprobación de la ley 789 de 2002 en el Congreso, y un gesto mínimo de transparencia y probidad política sería ofrecer información que permita concluir

[158] Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 76. En el mismo sentido también ver Ricardo Bonilla González, "Crecimiento, empleo, seguridad social y pobreza", en *Bienestar y macroeconomía 2007, más allá de la retórica*, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 104-107.

que la reforma tuvo los efectos prometidos. En este sentido, la incertidumbre sobre los resultados de la que ahora se sirven los defensores de la reforma, contrasta con la "certeza" que llevó en su momento a los mismos defensores y al Gobierno nacional a promover su aprobación, afirmando enfáticamente: "*Crear 160.000 empleos por año (640.000 en cuatro años) es el resultado que el país obtendría en caso de aprobar el presente proyecto de Ley"*[159].

c. Desde el punto de vista lógico y probatorio es un despropósito exigir que quienes estiman inconveniente la reforma demuestren que ésta no ha tenido impacto alguno en la generación de empleo. Lo anterior, supone trasladar la carga argumentativa a quienes se han opuesto a la ley 789 de 2002, exigiéndoles demostrar lo que en derecho se denomina una negación indefinida, la cual es imposible de probar por quien la sostiene. Ante una negación indefinida (la reforma *no* tuvo efectos positivos en la generación de empleo) corresponde a la parte interesada en desvirtuarla, acreditar adecuadamente que las modificaciones a la relación laboral y a la relación de aprendizaje previstas en la ley 789 de 2002 *sí* tuvieron un efecto positivo en los niveles de empleo[160].

d. De acuerdo al texto de la propia ley 789 de 2002, la vigencia de las modificaciones a la relación laboral y a la relación de aprendizaje se condicionó a que su implementación tuviera efectos positivos en los niveles de empleo, lo cual, trascurridos cinco años luego de su aprobación, aún no ha sido demostrado por el Gobierno nacional ni por el Congreso de la República:

> *"transcurridos dos años de la vigencia de la presente Ley, la Comisión de Seguimiento y Verificación aquí establecida presentará una completa evaluación de sus resultados. En ese momento el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo"*[161].

---

[159] Proyecto de ley 057 de 2002, Gaceta del Congreso de la República n.º 350 de 2002.
[160] En el derecho probatorio colombiano se establece: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba". Inciso 2, artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. La aplicación judicial de esta regla puede verse por ejemplo en la sentencia de la Corte Constitucional T-414 de 2007, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
[161] Parágrafo del artículo 46 de la Ley 789 de 2002.

Al respecto, la Comisión de Seguimiento y verificación de la generación de empleo que se propuso la Ley 789 de 2002, rindió un informe en marzo de 2005, señalando las dificultades para determinar el impacto positivo de la reforma:

> *"En general se considera que el estimativo del impacto de estas medidas en la generación y calidad del empleo, es difícil de obtener en forma exacta debido a la interacción con otras variables y a la poca disponibilidad de información y de métodos estadísticos"*[162].

3. Síntesis

Las modificaciones a la relación de trabajo y a la relación de aprendizaje incluidas en los artículos 25, 26, 28 y 30 de la ley 789 de 2002, constituyen medidas regresivas en relación con las garantías reconocidas a las trabajadoras y los trabajadores por el Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, tales disposiciones comportan retrocesos respecto del derecho a un trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, tanto desde el punto de vista normativo (en un ejercicio comparativo entre las nuevas disposiciones y las normas derogadas) como desde el punto de vista de sus resultados (en términos de la contracción de los ingresos de los trabajadores/as colombianos/as).

---

[162] Informe de la Comisión de Seguimiento y Verificación de la Ley 789 de 2002, marzo de 2005. En su V informe al Comité de DESC de Naciones Unidas, el Estado colombiano destaca la ley 789 de 2002 como un avance en varios aspectos de la legislación laboral y de seguridad social: "313. Para los mayores de 16 años se buscó implementar todos los mecanismos que hicieran posible su protección y calificación laboral incorporada en la Ley 789 de 2002 en las modalidades de Contrato de Aprendizaje y formación para el trabajo (…) 351. Ley 789 de 2002. Faculta a las partes a acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo (…) 405. Ley 789 de 2002. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo. Prevé apoyo al desempleado". Uno de los aspectos de la aprobación de la ley 789 de 2002 que más fueron destacados por el Gobierno nacional fue la creación de un régimen de subsidios al desempleo (artículos 2 y ss). No obstante, en esta materia los resultantes también son escasos: de los cerca de 2.5 millones de desempleados tan sólo 351.000 los recibieron en el período 2003-2008 conforme a información de la Superintendencia de Subsidio Familiar, en su mayoría personas que en algún momento tuvieron una vinculación a un trabajo formal. Tan sólo un 30% de los subsidios fueron destinados a los trabajadores informales. "Sólo 351 mil de dos millones y medio de desempleados han recibido subsidio al que tienen derecho", Diario *El Tiempo*, abril 21 de 2008, versión electrónica. El CID de la Universidad Nacional ha descrito así las deficiencias en el diseño y en la implementación del "régimen de subsidio al desempleo": *"El subsidio al desempleo además de su reducido monto y duración, un salario mínimo mensual vigente distribuido en seis cuotas mensuales, resulta escaso frente a la demanda ya que en los cuatro años en que éste se ha aplicado, los solicitantes (123.663 en promedio anual) superan a quienes han sido aceptados dentro del Programa (109.569 en promedio anual) Estos a su vez superan a quienes en efecto acceden al subsidio (57.773 en promedio anual)".* Adicionalmente, para atender la demanda de subsidio al desempleo, el Gobierno debía desembolsar recursos por más de 68 mil millones anuales y entregó efectivamente 32.600 millones de pesos que no provenían del presupuesto nacional sino de recursos parafiscales de las propias cajas de compensación familiar, que administran los subsidios y los asignan. Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*, Bogotá, 2007, pág. 24.

Ahora bien, las razones invocadas por el Gobierno nacional y el legislativo para la aprobación de la reforma al régimen laboral en 2002, no resisten un examen bajo los criterios definidos por el Comité de DESC para las medidas regresivas: no se demuestra que la reforma respondiera a una necesidad social o económica imperiosa, no se acredita que la decisión fue adoptada tras la más amplia consideración de los diferentes cursos de acción posibles, y no fue justificada por referencia a la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así mismo, conviene recordar que aun si se admitiera la motivación de la reforma laboral de 2002, ésta no puede tener en manera alguna un carácter permanente, como el que se ha dado a la ley 789 de 2002, sino apenas temporal, pues persiste para el Estado colombiano la obligación de avanzar progresivamente en la efectiva y plena garantía de los DESC para el conjunto de la población, incluido el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias[163].

En el mismo sentido, en beneficio de la tesis de la temporalidad de la reforma, debe advertirse que las modificaciones al régimen laboral no cumplieron el propósito anunciado: generar de manera masiva puestos de trabajo de calidad. Así, incluso si se admitiera la validez de la motivación de la reforma, ésta no alcanzó el objetivo que se había propuesto, lo cual conforme a texto de la propia ley 789 de 2002 debía llevar a su derogatoria. Así mismo, teniendo en cuenta que fue esa misma promesa incumplida, la que motivó la declaratoria de exequibilidad de las normas ya mencionadas de la ley 789 de 2002, mediante la sentencia C-038 de 2004 de la Corte Constitucional, el tribunal constitucional está en mora de pronunciarse nuevamente sobre el fondo de las medidas regresivas, a la luz de la información existente sobre su verdadero impacto en los niveles de empleo, luego de cinco años de su entrada en vigencia.

[163] Derecho reconocido en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

Actualmente, la ley 789 de 2002 no deja de ser tema de debate. En abril de 2009, fue archivado en el Congreso de la República un proyecto de ley que pretendía derogar la reforma de 2002, en cuanto a la extensión de la jornada diurna y la remuneración adicional por trabajo nocturno. Este proyecto de ley contó con el rechazo manifiesto del Gobierno nacional y del propio Presidente de la República, quien pidió a su bancada votar negativamente la iniciativa, señalando que era una "propuesta dañina de contrarreforma"[164]. Algo semejante ha ocurrido tras la aprobación de la reforma laboral en 2002, con otras iniciativas que en uno u otro sentido han pretendido derogar algunas de las disposiciones regresivas que contiene sobre la relación laboral o la relación de aprendizaje[165].

El tema de los efectos de la reforma también es objeto de permanente debate debido a las reiteradas propuestas de llevar aun más adelante la agenda de flexibilización laboral en Colombia, otra vez con el fin aumentar la competitividad empresarial y facilitar la contratación de mano de obra. En efecto, en el último año han vuelto a proponerse insistentemente medidas como la desaparición de los aportes parafiscales que hacen las empresas empleadoras por cada trabajador vinculado formalmente con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y a las cajas de compensación familiar, así como la eliminación del salario mínimo[166].

De esta manera, la discusión sigue vigente, de un lado porque la regresividad de la reforma y los efectos de la misma aún son materia de un debate constitucional que está abierto (por las características de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y por las iniciativas legislativas presentadas reiteradamente para la derogatoria de la reforma), y del otro, porque las propuestas de profundizar la flexibilización laboral en Colombia siguen siendo presentadas con base en las mismas razones que motivaron la aprobación de la ley 789 de 2002. A lo anterior se suma que Colombia presenta la tasa de desempleo más alta de toda la

[164] Tras el anuncio presidencial de rechazo a la iniciativa, 81 representantes a la Cámara votaron el archivo del proyecto mientras que sólo 10 votaron para que continuara su trámite legislativo. *"*Se hundió proyecto que aumentaba horas extras y recargos nocturnos desde las 6 p.m.*"*, Diario *El Tiempo*, abril 22 de 2009, versión electrónica.

[165] Así por ejemplo, el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez se ha opuesto de forma reiterada a la aprobación de las iniciativas que han pretendido desarrollar el artículo 53 constitucional, que ordena la promulgación de un estatuto del trabajo, que desarrolle los principios constitucionales en materia de derecho al trabajo y libertades sindicales.

[166] Sobre la propuesta de eliminar el salario mínimo, su indexación anual y los "impuestos a la nómina" ver FEDESARROLLO, "El salario mínimo en Colombia: ¿Cuál es la verdadera discusión?*"*, *Tendencia económica* n.º 84, FEDESARROLLO, abril de 2009.

región[167], la cual no ha sido reducida de forma sostenida ni siquiera en los períodos de crecimiento económico posteriores a la reforma de 2002[168].

Adicionalmente, el primer efecto de la actual crisis económica mundial en el país, ha sido el incremento de la tasas de informalidad laboral (57.7% del total de ocupados) y de desempleo (12.9%) para el primer trimestre de 2009[169]. Al respecto, conviene recordar que ya en 2005 el Observatorio de Mercado Laboral y Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia consideraba que una buena prueba para determinar la eficacia de las medidas incluidas en la ley 789 de 2002 para generar empleo, sería pasar un ciclo recesivo de la economía[170]. Pues bien, la recesión económica se ha hecho sentir en Colombia desde mediados de 2008 y los efectos negativos en las cifras de empleo e informalidad no se han hecho esperar[171], sin que las reformas incluidas en la ley 789 de 2002 sean un verdadero estimulo que evite su deterioro.

---

[167] Así por ejemplo para enero de 2008 los medios de información registraban: "Según las cifras disponibles en Bloomberg, para 11 naciones del continente, incluido Estados Unidos, mientras la tasa nacional de desocupación de Colombia es de 12 por ciento, el promedio de la región ronda el 8,1 por ciento. El segundo país con altas tasas de desempleo es Venezuela con 10,2 por ciento a enero pasado". *"*Con el 12 por ciento, Colombia tiene la mayor tasa de desocupación de América Latina*"*, Diario *Portafolio*, abril 2 de 2008, versión electrónica.

[168] Incluso en períodos de crecimiento económico, Colombia no ha logrado reducir el desempleo de manera sostenida a una cifra de un dígito: "El desempleo no le sigue el paso a la economía porque mientras el PIB (Producto Interno Bruto) crece a buen ritmo, como destaca el Gobierno, la desocupación se mantiene en el 12 por ciento. Pese a que el ministro de Hacienda Óscar Iván Zuluaga sostiene que el crecimiento conlleva un mejoramiento del desempleo, las cifras muestran que la baja en la desocupación es mínima. Las cifras del DANE indican que en febrero bajó el desempleo a 12 por ciento en Colombia. La cifra es inferior en 0,7 puntos porcentuales frente a la registrada en igual mes de 2007, cuando el indicador se ubicó en 12,7 por ciento". *"*Economía sigue sin generar mayor empleo, la desocupación nacional se mantiene en el 12%*", Diario El Nuevo Siglo*, abril 1 de 2008.

[169] *"*Desempleo más alto en cinco años se suma a informalidad*",* Diario *El Tiempo*, 28 de febrero de 2009, versión electrónica. "Así, no es de sorprender que la tasa de desempleo, a nivel nacional, aumentara de 12,1% en el primer trimestre de 2008 a 12,9% durante el mismo trimestre de 2009, confirmando una tendencia creciente de este indicador que comenzó desde mediados de 2008". FEDESARROLLO, "El salario mínimo en Colombia: ¿Cuál es la verdadera discusión?*", Tendencia económica* n.º 84, FEDESARROLLO, abril de 2009, pág. 3.

[170] Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social, *Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana, la ley 789 dos años después*, Cuadernos de trabajo No. 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 20.

[171] *"*Desempleo más alto en cinco años se suma a informalidad*",* Diario *El Tiempo*, 28 de febrero de 2009, versión electrónica. Este deterioro de las cifras de empleo resulta preocupante, teniendo en cuenta que el acceso a los bienes a los que está relacionado el disfrute de otros derechos sociales depende en buena medida de una vinculación laboral formal (contrato de trabajo). Así por ejemplo, el acceso a los servicios de salud, a los subsidios de vivienda, a la seguridad social en pensiones, a las libertades sindicales, a la protección familiar (acceso a los beneficios que ofrecen las cajas de compensación familiar), a la alimentación adecuada y a la educación, está sin duda determinado por la posibilidad de contar con un trabajo decente.

Capítulo 5

Reformas al régimen de transferencias (Actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007)

Por Sistema General de Participaciones (SGP) se conoce a los recursos que la Nación traslada a las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios) para la atención de necesidades básicas de sus habitantes en términos de salud, educación, saneamiento básico y agua potable. El SGP no es otra cosa que el desarrollo de la fórmula constitucional de la descentralización administrativa, prevista desde el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, así: *"Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista"*.

Con el fin de garantizar tal descentralización, la Constitución de 1991 dispuso de un régimen para la transferencia de recursos hacía las regiones[172]. Así, el constituyente de 1991 fijó en los artículos 356 y 357 una fórmula precisa para determinar el volumen de recursos que la Nación debía trasladar a las entidades territoriales a partir de la expedición de la nueva carta política, así como la forma de determinar el incremento anual de los mismos. Esta previsión constitucional de 1991 fue reformada diez años después mediante un acto legislativo (el 01 de 2001) que establecía una disminución significativa del incremento en los recursos hacia las regiones para inversión social. Tal como fue aprobada en 2001, la vigencia de esta reforma sería apenas temporal, entre 2002 y 2008, y en 2009 se volvería a la fórmula constitucional original. No obstante la transitoriedad de la reforma de 2001, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez promovió a partir de 2006 la aprobación de un

[172] La forma como se trasladan recursos a las regiones ha sido definida dentro de lo que comúnmente se denomina régimen de transferencias. No obstante, esta expresión lleva a equívocos y resulta antitécnica, pues en estricto sentido el traslado de recursos a las regiones opera más como una compensación: *"el SGP en Colombia no es un sistema de transferencias de la Nación como antitécnicamente se les ha venido llamando, pues no constituyen una dádiva ordinaria ni un giro con fines de financiamiento coyuntural de proyectos de inversión o complementos de funcionamiento señalado por el Congreso o el Gobierno a favor de los entes territoriales. El Sistema General de Participaciones es un sistema de compensación a través del cual el Constituyente ha querido conjurar los desequilibrios fiscales tanto verticales como horizontales que caracterizan la realidad nacional"*. Los desequilibrios verticales se relacionan con la forma como está distribuido el ingreso fiscal en Colombia, donde la Nación se ha reservado para sí el recaudo de las rentas tributarias de mayor eficiencia recaudatoria (Impuesto al Valor Agregado –IVA-, Renta, Aranceles, Transacciones Financieras, etc.) mientras que "las entidades territoriales han tenido que cargar con una serie de tributos molestos, de estructura antitécnica, sobre los vicios y de difícil recaudación". Por su parte, los desequilibrios horizontales hacen referencia a las desigualdades en la capacidad fiscal de las regiones, pues no a todas se les puede exigir el mismo esfuerzo fiscal, en atención a las diferencias en la capacidad de sus habitantes de consumir bienes y servicios y de hacer un esfuerzo contributivo. Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co. En este capítulo se usa la expresión más conocida (régimen de transferencias) así como la expresión más apropiada en la perspectiva de las entidades territoriales (compensaciones).

nuevo acto legislativo (el 04 de 2007), vigente hasta 2016, con el fin de evitar que se volviera a la disposición constitucional de 1991.

Tal como se verá a continuación, las reformas constitucionales al régimen de transferencias de 2001 y 2007 han constituido un serio retroceso, tanto en términos normativos como de resultados, frente a las disposiciones aprobadas por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 en materia de distribución de recursos a las regiones para la realización de los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda adecuada y al agua.

1. Regresividad

Con el fin de precisar el carácter regresivo de las reformas constitucionales de 2001 y 2007 al régimen de transferencias, se presenta a continuación una síntesis de los contenidos normativos de cada una de las disposiciones aprobadas, comenzando con el texto original de la Carta Política de 1991, para luego analizar sus resultados. Vale decir, siguiendo la estructura trazada para los capítulos de la segunda parte de este trabajo, se probará en primer lugar la regresividad de las reformas al régimen de transferencias de 2001 y 2007, para luego examinar la validez de los argumentos presentados por el Estado colombiano para su aprobación, a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

1.1. Regresividad normativa

Como se señaló previamente, el examen normativo de la regresividad de una medida supone un ejercicio comparativo del contenido y alcance de la norma original frente al de la(s) reforma(s) que se estima(n) regresivas. En el caso de las modificaciones al régimen de transferencias, este examen supone la comparación entre lo previsto en los textos originales de los artículos 356 y 357 constitucionales, frente al sentido de estas mismas disposiciones luego de su reforma mediante los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007.

1.1.1. El régimen de transferencias en la Constitución de 1991

Conforme a la redacción original de los Artículos 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, las entidades territoriales participaban en los ingresos corrientes de la nación (ICN) en dos niveles o rubros:

a. De un lado, el artículo 356 creaba el denominado situado fiscal, esto es, un porcentaje de los Ingresos Corrientes de la Nación (ICN) que debía ser cedido a los departamentos y a los distritos (distrito capital y a los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta) para la atención directa, o a través de los municipios, de la educación preescolar, primaria, secundaria y media, así como de la salud con especial énfasis en la niñez.

b. De otro lado, el artículo 357 establecía la participación de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación, vale decir, el traslado directo de los recursos con destino a los municipios con el fin de atender las responsabilidades que legalmente les fueran asignadas a estos en materia social.

Pues bien, la versión original del artículo 357 incluía un parágrafo único acerca de la forma como se incrementarían los recursos destinados a los municipios, y cuya posterior modificación en los actos legislativos de 2001 y 2007 constituye en buena medida la regresividad a la que se hará referencia. En efecto, en su parágrafo único el artículo 357 de la Carta Política establecía que la *"participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se incrementará, año por año, del catorce por ciento en 1993 hasta alcanzar el veintidós por ciento como mínimo en el 2002"*. Así mismo, en desarrollo de los mandatos constitucionales, la ley 60 de 1993 señaló que el situado fiscal sería *"un porcentaje creciente de los ingresos corrientes de la nación"* que en 1996 debía representar como mínimo el 24,5% de los mismos, mientras que la participación de los municipios en los ICN debía ser para 2001 del 22% de los mismos[173].

[173] Artículos 24, ley 60 de 1993, *"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

De esta manera, el régimen de transferencias consignado en la Constitución de 1991, se centraba en dos principios:

a. La regla general era que la financiación de la educación, salud y saneamiento básico correspondía principalmente a la Nación, que debía trasladar a las regiones, a través del situado fiscal o de la participación de los municipios en los ICN, los recursos necesarios para que tales necesidades fueran atendidas. Como excepción, se entendía que en tales propósitos también podían concurrir las entidades territoriales con los recursos provenientes de sus propios recaudos.

b. El constituyente se preocupó por exigir un valor creciente del presupuesto de la Nación para *"atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado"* el régimen de transferencias. Para el efecto, el incremento de los recursos del régimen de transferencias se vinculó al crecimiento de los Ingresos Corrientes de la Nación[174].

1.1.2. El acto legislativo 01 de 2001

Mediante el acto legislativo 01 de 2001 se introdujeron varias reformas al régimen de transferencias previsto en la Constitución, tal como se señala a continuación[175].

a. En primer lugar, se creó el Sistema General de Participaciones (SGP) de los departamentos, distritos y municipios con el fin de atender *"los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de cobertura"*. Vale decir, se eliminó la división entre el situado fiscal y la participación de los municipios en los ICN, para crear un rubro general del que se trasladarán los recursos tanto para los departamentos y distritos como para los municipios.

[174] Conforme a la definición de la ley 60 de 1993, los Ingresos Corrientes de la Nación están constituidos por los ingresos tributarios (recaudo por impuestos) y no tributarios del Estado (dinero que proviene de tasas, ventas de bienes públicos, servicios y regalías). Los ICN se incrementan en la medida en que crecen los recaudos (por ejemplo, como consecuencia de nuevas reformas tributarias) o por efecto de una mejora en el comportamiento de la economía colombiana. Parágrafo 1 del artículo 3 de la ley 60 de 1993.

[175] Aprobado luego del trámite de los proyectos de actos legislativos 12 de 2000 (Senado) y 120 de 2000 (Cámara), presentados por el Gobierno nacional presidido por Andrés Pastrana Arango.

b. Se consagró constitucionalmente la intervención subsidiaria de la Nación en la financiación de los servicios a cargo de los entes territoriales. De esta manera, se invirtió constitucionalmente la relación entre la Nación y las regiones en cuanto a la distribución de las cargas en materia social, de forma tal que empezó a abrirse paso la autofinanciación por parte de los municipios y a condicionarse la colaboración de la Nación:

> *"Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios"*[176].

c. El acto legislativo 01 de 2001 estableció que el incremento del SGP se realizará anualmente de acuerdo al promedio de los ingresos corrientes de la Nación de los últimos cuatros años, con lo cual se pretendió conservar en parte el espíritu original del texto constitucional de 1991. En efecto, al respecto el nuevo texto del artículo 357 disponía:

> *"el monto del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluida la correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución".*

d. No obstante lo anterior, aunque la norma trascrita vinculaba el crecimiento de las transferencias a las regiones al incremento de los ICN, el acto legislativo 01 de 2001 aplazó la aplicación de tal fórmula, pues señaló que esta sólo entraría en vigencia a partir del año 2009. En efecto, el acto legislativo 01 de 2001 estableció un régimen transitorio, con el cual se vincularía de forma temporal el crecimiento del SGP al comportamiento de la inflación más 2 y 2,5 puntos porcentuales adicionales, durante el período comprendido entre los años 2002 y 2008, en lo que constituye el centro de la reforma a las transferencias:

[176] Artículo 356 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 01 de 2001.

"Durante los años comprendidos entre 2002 y 2008 el monto del sistema general de participaciones crecerá en un porcentaje igual al de la tasa de inflación causada, más un crecimiento adicional que aumentará en forma escalonada así: Para los años 2002, 2003, 2004 y 2005 el incremento será de 2%; para los años 2006, 2007 y 2008 el incremento será de 2.5%"[177].

e. Luego de establecer un régimen de transición relativo al crecimiento de los recursos del SGP, el acto legislativo 01 de 2001 incluía la promesa de retornar en 2009 al mismo nivel de recursos que se trasladaron en 2001, para continuar aplicando en adelante la fórmula original de la Constitución Política:

"Al finalizar el período de transición, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación destinados para el Sistema General de Participación será como mínimo el porcentaje que constitucionalmente se transfiera en el año 2001. La Ley, a iniciativa del Congreso, establecerá la gradualidad del incremento autorizado en este parágrafo".

f. Por último, conviene decir que el acto legislativo 01 de 2001 también disponía que si durante el período de transición (2002-2008) el crecimiento real de la economía (producto interno bruto), certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) en el mes de mayo del año siguiente, era superior al 4%, el SGP se incrementaría en una proporción equivalente al crecimiento que superara el 4%[178].

1.1.3. El acto legislativo 04 de 2007

Dos años antes de expirar el régimen transitorio previsto en el acto legislativo 01 de 2001, el Gobierno nacional presentó un proyecto de acto legislativo a consideración del Congreso de la República, con el fin de determinar una fórmula para el incremento de los recursos del SGP durante el período comprendido entre los años 2008 y 2016. En efecto, en el segundo

[177] Parágrafo transitorio 2, del artículo 357 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 01 de 2001.
[178] "(…) previo descuento de los porcentajes que la Nación haya tenido que asumir, cuando el crecimiento real de la economía no haya sido suficiente para financiar el 2% adicional durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005, y 2.5% adicional para los años 2006, 2007 y 2008". Parágrafo transitorio 2 del artículo 357 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 01 de 2001.

semestre de 2006 el gobierno de Álvaro Uribe Vélez sometió a consideración del Congreso el proyecto de acto legislativo 011 de 2006 (Senado), 169 de 2006 (Cámara), *"por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política"*. Luego de su trámite en el legislativo, el proyecto de modificación del régimen de transferencias fue aprobado el 19 de junio de 2007, con lo cual se incumplió la promesa contenida en la reforma constitucional de 2001, de regresar en 2009 al mismo nivel de compensaciones que, de acuerdo al texto original de la Constitución, se venía trasladando a las regiones.

Conforme al nuevo texto del artículo 357 constitucional, tras la reforma de 2007, se mantiene un respeto formal al incremento de los recursos de transferencias de acuerdo al crecimiento que tengan los Ingresos Corrientes de la Nación, pero una vez más se incluye un *"régimen de transición"*. En este se estableció que durante el período 2008-2016 las transferencias se incrementarán en una proporción igual a la inflación más 4, 3,5 y 3 puntos porcentuales adicionales, así:

> *"Durante los años 2008 y 2009 el SGP se incrementará en un porcentaje igual al de la tasa de inflación causada, más una tasa de crecimiento real de 4%. Durante el año 2010 el incremento será igual a la tasa de inflación causada, más una tasa de crecimiento real de 3.5%. Entre el año 2011 y el año 2016 el incremento será igual a la tasa de inflación causada, más una tasa de crecimiento real de 3%"*[179].

Esta regla para el incremento de los recursos del SGP se acompañó otra vez de la promesa de aumentar las transferencias a las regiones si la economía creciera por encima del 4% del PIB:

> *"Si la tasa de crecimiento real de la economía (Producto Interno Bruto, PIB) certificada por el DANE para el año respectivo es superior al 4%, el incremento del SGP será igual a la tasa de inflación causada, más la tasa de crecimiento real señalada en el parágrafo transitorio 1° del presente artículo, más los puntos porcentuales de diferencia resultantes de comparar la tasa de crecimiento real de*

[179] Aunque el año 2008 ya había sido incluido en el régimen de transición del acto legislativo de 2001, la reforma de 2007 modificó la forma como se calcularía el incremento de los recursos del SGP para esa anualidad.

la economía certificada por el DANE y el 4%. Estos recursos adicionales se destinarán a la atención integral de la primera infancia".

La diferencia entre los tres textos constitucionales mencionados se presenta de forma sintética en el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Reformas al régimen de transferencias

Reformas al régimen de transferencias 1991 – 2007			
	Constitución Política de 1991 (Texto original arts. 356 y 357)	**Acto legislativo 01 de 2001 (Gobierno Pastrana)**	**Acto legislativo 04 de 2007 (Gobierno Uribe)**
Estructura del régimen de transferencias	Situado fiscal (departamentos y distritos) y participación de los municipios en los ICN	Sistema General de Participaciones (SGP).	Sistema General de Participaciones (SGP).
Período de transición	NA	2002-2008	2008-2016
Incremento anual de los recursos del régimen de compensaciones	Los recursos de las transferencias crecen en la misma proporción que los ICN.	En el período de transición los recursos del SGP crecen de acuerdo al incremento de la inflación más 2 y 2.5 puntos porcentuales adicionales.	En el período de transición los recursos del SGP crecen de acuerdo a la inflación más 4, 3.5 y 3 puntos porcentuales adicionales.

1.2. Regresividad de resultados

Los resultados de las dos reformas constitucionales de 2001 y 2007 al régimen de compensaciones se reflejan en la afectación de los recursos trasladados hacia las regiones para inversión social en materia de educación, salud, vivienda adecuada, agua potable y saneamiento básico. Si bien tienen razón quienes afirman (como lo hace el Gobierno nacional) que no hay recorte nominal en los recursos que se trasladan a las regiones, lo cierto es que sí hay una reducción drástica del crecimiento efectivo de tales recursos en relación con lo contemplado en la Constitución Política de 1991. Vale decir, los recursos

trasladados a las regiones no han descendido en términos nominales, pero su incremento a partir de 2002 (cuando empezó a regir la reforma que los vinculó al incremento de la inflación) ha sido precario en términos reales (los puntos por encima de la inflación), en un contexto de necesidades sociales cada vez mayores.

En otras palabras, una reducción del incremento anual en términos reales de los recursos destinados a la atención de necesidades cada vez más apremiantes y crecientes constituye en última instancia un retroceso en el cumplimiento de las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para asegurar la garantía de los DESC para el conjunto de la población.

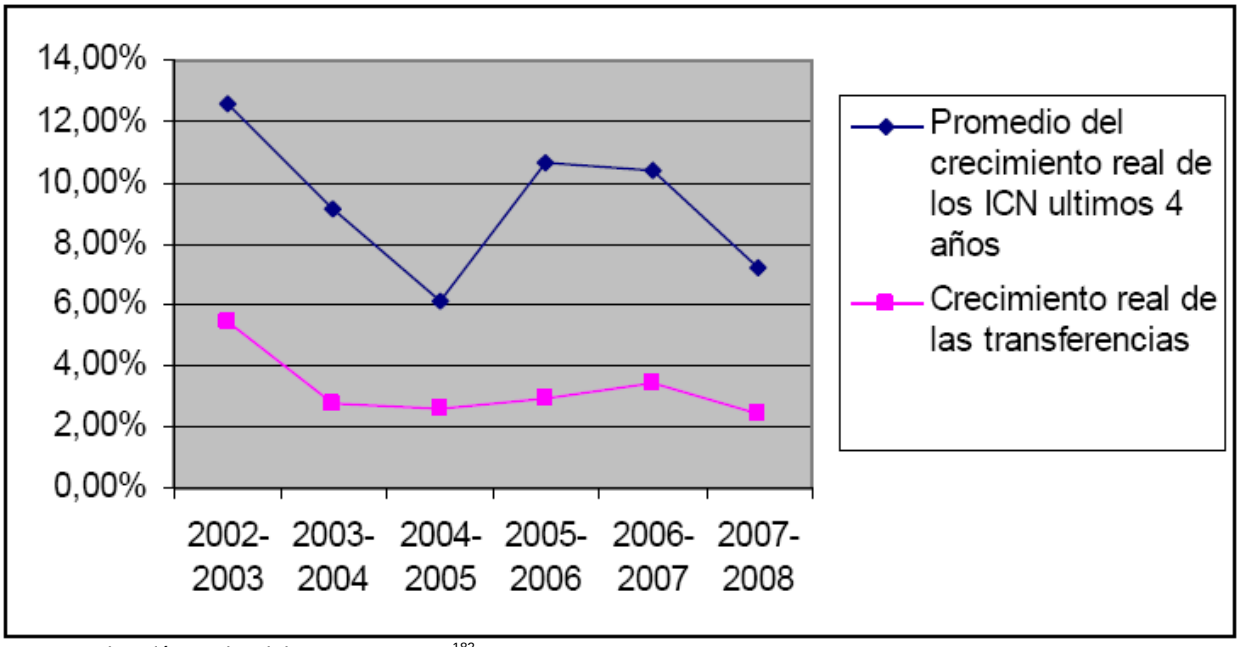
A continuación se presenta el impacto de las reformas constitucionales sobre el régimen de transferencias, para lo cual se da cuenta del monto de los recursos que han dejado de recibir y que dejarán de percibir las entidades territoriales por cuenta de los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007, así como un breve examen de la situación de uno de los derechos económicos, sociales y culturales a cuya satisfacción deben ser destinados los recursos del SGP: el derecho a la educación.

1.2.1. Comportamiento de los recursos del SGP

Como consecuencia de la aprobación del acto legislativo 01 de 2001, la participación de las entidades territoriales en los Ingresos Corrientes de la Nación decreció en el período de transición previsto en el acto legislativo 01 de 2001, pasando del 43,0% en 2001 (último año de vigencia del régimen original de la Constitución), a 33,5% en 2008[180]. Este descenso se debe a que los ingresos corrientes de la Nación crecieron realmente por encima del 7% mientras que las participaciones lo hicieron muy por debajo del 2,5%, como consecuencia del acto legislativo de 2001 que vinculó su incremento a la inflación, más el reconocimiento de algunos puntos porcentuales adicionales[181].

Gráfico 1. Comparación de los crecimientos de los ICN y las transferencias 2002-2008

[180] Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co.
[181] FECODE, "Por la defensa de la descentralización y la inversión social", disponible en www.fecode.edu.co.



Fuente: Federación Nacional de Departamentos[182].

Conforme a lo anterior, la reforma a la fórmula para incrementar los recursos de transferencias de 2001 representó una disminución de la financiación de la garantía de la educación, salud y saneamiento básico, del orden de 27.9 billones de pesos[183].

[182] Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co. La Federación Nacional de Departamentos es una entidad sin ánimo de lucro que agremia a los 32 departamentos del país y que tiene por funciones las siguientes "1. Ser organismo consultivo interlocutor en el Gobierno nacional, en el Congreso de la República y en las entidades nacionales e internacionales tanto públicas como privadas que lo requieren; 2. trabajar por la integración y coordinación de aquellas instancias interesadas en abanderar el proceso descentralista; 3. Promover ante el Congreso de la República y ante el Gobierno nacional, las iniciativas y reformas que se consideran necesarias para el cumplimiento de las funciones y competencias asignadas a los departamentos, con miras a obtener el desarrollo regional; 4. Impulsar las relaciones de los departamentos con organismos nacionales e internacionales, con el fin de fomentar el intercambio de la tecnología y experiencias en materia de administración y desarrollo". www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co.

[183] Cerca de 15.000 millones de dólares.

Cuadro 2. Evolución de las transferencias (observada vs. Régimen Ley 60) (2002-2008). Miles de Millones de pesos, en valores de 2005.

Año	Régimen original de la Constitución Política	Valor registrado régimen transitorio acto legislativo 01 de 2001	Diferencia
2002	14.336	13.145	1.191
2003	15.610	13.867	1.743
2004	17.516	14.251	3.265
2005	19.394	14.622	4.772
2006	21.477	15.055	6.422
2007	20.678	15.576	5.102
2008	21.374	15.952	5.422
Menor asignación de recursos entre 2002-2008			**27.917**

Fuente: Federación Nacional de Departamentos, cálculos de la Contraloría General de la República con base en cifras del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis[184]

Sumado a todo lo anterior, el acto legislativo 04 de 2007 supone una nueva reducción, en términos reales y en comparación con el régimen original previsto en la Constitución de 1991, de los recursos destinados a la educación, la salud y el saneamiento básico. Al respecto, la Federación Nacional de Departamentos considera que los dineros que dejarían de recibir las regiones por efecto de la reforma constitucional de 2007 serían más de 34 billones de pesos en el período 2009-2016[185].

1.2.2. El caso de la educación: Comportamiento de los recursos de la educación preescolar, básica y media

De acuerdo a los estimativos de la Federación Nacional de Departamentos, con base en cifras de la Contraloría General de la República, de los 10,9 billones de pesos que dejaron de recibir las regiones entre 2002 y 2005 por concepto de transferencias, como resultado de

[184] Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co.

[185] Alrededor de 18.000 millones de dólares. 51,3 billones de pesos si el período de transición aprobado fuera 2008-2019, como se propuso en un comienzo. Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co. Departamento de Cundinamarca. Posición del departamento de Cundinamarca frente al proyecto de acto legislativo que modifica el sistema general de participaciones, disponible en www.planeación.cundinamarca.gov.co.

la reforma constitucional de 2001, 6,4 billones correspondían a educación, 2,5 billones a salud y 1,9 billones a otras asignaciones, relacionadas con saneamiento básico[186].

De estos rubros, conviene mencionar a manera de ejemplo el caso de los recursos de la educación. Al respecto, un informe de la Procuraduría General de la Nación de 2006 da cuenta del descenso en términos reales de los recursos para la financiación de la educación preescolar, básica y media, como consecuencia del acto legislativo 01 de 2001:

> *"En efecto, el promedio anual de crecimiento del gasto destinado a educación preescolar, básica y media, (...) fue de 16.5% en los últimos nueve años [1995-2004]; considerablemente por debajo del mismo fue el crecimiento del año 2000 cuyas causas se encuentran en la recesión del año anterior; los años 2002 a 2004, en los cuales se aplica la asignación determinada por el acto legislativo 01 de 2001, también presentan disminuciones muy considerables en el crecimiento en pesos corrientes, siendo en los tres años inferior al 9%.*
>
> *En el mismo período, como porcentaje del PIB, el gasto de la nación en educación preescolar, básica y media pasó de 2.39 en 1995 a 3.11 en 2004; los años de más alta participación fueron 1999 y 2001 con 3.43 y 3.44% respectivamente.*
>
> *Después de 2001, es decir con las aplicaciones que se desprenden del acto legislativo, la participación de la educación preescolar, básica y media en el PIB empieza un camino descendente"*[187].

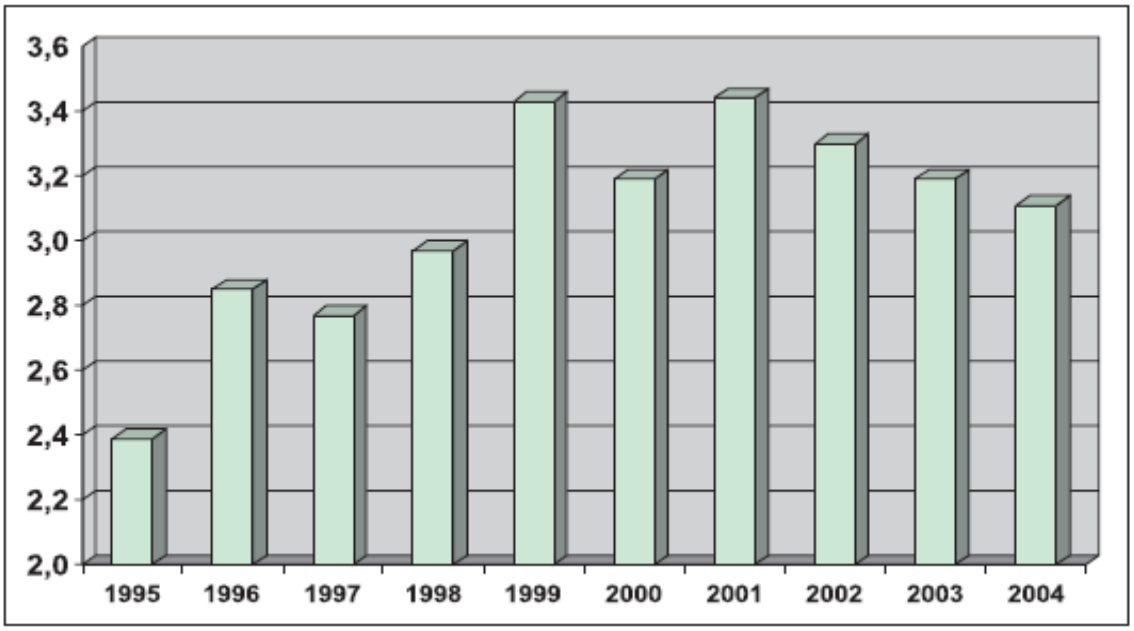
Como lo señala una investigación de la Procuraduría, este descenso se advierte a partir de 2001, tanto en el gasto en educación como porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB), como en el gasto nacional promedio por alumno.

---

[186] Que equivalen a cerca de 5.800 millones de dólares. Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co.

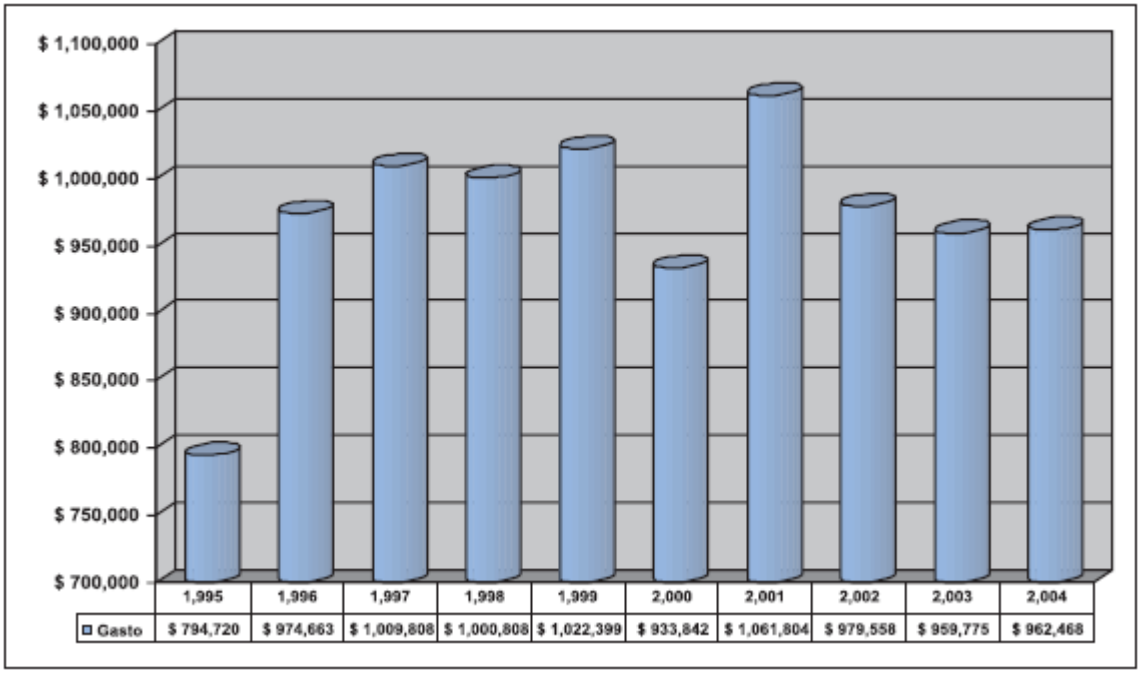
[187] Procuraduría General de la Nación, *El derecho a la educación: la educación en la perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, marzo de 2006, pág. 111.

Gráfico 2. Gasto en educación preescolar, básica y media como porcentaje del PIB 1995 – 2004



Fuente: Procuraduría General de la Nación con base en cifras DNP y Ministerio de Educación Nacional.

Gráfico 3. Gasto nacional promedio en educación preescolar, básica y media 1995 – 2004



Fuente: Procuraduría General de la Nación con base en cifras DNP y Ministerio de Educación Nacional.

Esta reducción de los recursos en términos reales no se justifica ante la existencia de necesidades en materia educativa que siguen sin ser atendidas por parte del Estado colombiano. Al respecto, conviene recordar que en Colombia aún no se ha establecido la educación básica primaria universal gratuita, tal como lo impone el derecho internacional de los derechos humanos[188] y como lo recordó la Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, Sra. Katarina Tomasevski, luego de su visita al país en 2003:

> *"La Relatora Especial recomienda una afirmación inmediata y explícita de la plena vigencia de las obligaciones internacionales en derechos humanos del Estado colombiano. La gratuidad de la educación obligatoria es un propósito constante del derecho internacional de los derechos humanos. Colombia ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1968, pero 36 años después, la educación no es aún ni gratuita ni universalizada. La Relatora Especial recomienda un incremento de la asignación presupuestaria para la educación de 30%, del 4% al 6% del PIB"*[189].

En efecto, el Estado colombiano aún no asegura la gratuidad de la educación básica primaria, no obstante que los costos educativos y la falta de dinero constituyen un 46% de las razones para no estudiar entre quienes se encuentran por fuera del sistema educativo, conforme a la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) de 2003[190].

Adicionalmente, aunque las cifras oficiales señalan que la cobertura bruta de la educación básica primaria y básica secundaria alcanza el 100%[191], problemas como la inasistencia, la deserción escolar, la pérdida y la repetición de grado permiten señalar que la tasa efectiva de escolarización aún está lejos de cubrir a toda la población en edad de escolaridad[192].

---

[188] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, El derecho a la educación*, doc. E/C.12/1999/10, 1999, párr. 6 b).

[189] Consejo Económico y Social, *Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomaševski, Misión a Colombia*, 1 a 10 de octubre de 2003, doc. E/CN.4/2004/Add.2, febrero de 2004.

[190] Procuraduría General de la Nación, *El derecho a la educación: la educación en la perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, marzo de 2006, pág. 118.

[191] Según la información del Sistema de Gestión y Seguimiento a las Metas del Gobierno (SIGOB), disponible en: http://www.sigob.gov.co/ind/indicadores.aspx?m=631.

[192] La tasa efectiva de escolarización procura medir la efectividad de la vinculación a la escuela (más allá de la matrícula) mediante la aprobación de niveles académicos curriculares por parte de los estudiantes. Según el informe de la Procuraduría General de la Nación, en

Así mismo, el sistema educativo colombiano presenta diversos problemas que requieren, entre otras medidas, del incremento del gasto en educación a través de las transferencias a las regiones: la brecha en la asistencia escolar entre los sectores más ricos de la población y los más pobres; la asimetría en la asistencia escolar urbana y la rural; los problemas de calidad en la educación que se imparte; la marginalidad de los programas de etnoeducación; y las deficiencias de la atención de las necesidades escolares de las niñas y niños en situación de desplazamiento interno forzado[193].

2. Análisis de las razones presentadas para su aprobación

Una vez presentado el carácter regresivo, en términos normativos y de resultados, de las reformas al régimen de transferencias de 2001 y 2007, conviene ahora dar cuenta de las razones invocadas por el Estado colombiano para su aprobación, con el fin de examinarlas a la luz de los estándares definidos en las observaciones generales del Comité de DESC de Naciones Unidas. Como se verá, para las dos reformas fueron presentadas razones del mismo tipo, lo cual permite hacer al final un examen conjunto de las mismas desde una perspectiva de derechos humanos.

2.1. Razones presentadas en el trámite del acto legislativo 01 de 2001

Para la aprobación del acto legislativo 01 de 2001, el Gobierno nacional presidido por Andrés Pastrana Arango presentó una serie de argumentos, que se resumen básicamente en tres aspectos centrales, tal como se presentan a continuación.

2.1.1. Estabilidad de las finanzas públicas y sostenibilidad del gasto público en salud, educación y saneamiento básico

---

2003 la tasa efectiva de escolarización de la población de 5 a 17 años de edad era de 68,3% (mientras el Gobierno estimaba la cobertura bruta en 82%). Así, de acuerdo a la Procuraduría, 31,7% de tal población se encontraba en términos reales por fuera del sistema educativo, es decir, más de 3.700.000 niños, niñas y adolescentes que presentaban baja escolaridad. Procuraduría General de la Nación, *El derecho a la educación: la educación en la perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, marzo de 2006, pág. 73.

[193] Estos y otros problemas son ampliamente estudiados en el informe de la Procuraduría. Procuraduría General de la Nación, *El derecho a la educación: la educación en la perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, marzo de 2006.

Conforme al proyecto que dio lugar a la aprobación del acto legislativo 01 de 2001 (Proyecto de acto legislativo 012 de 2000), la vinculación constitucional del crecimiento de las transferencias a los ingresos corrientes de la Nación conllevó a un *"aumento desmesurado de los gastos del Estado"* que *"repercutió negativamente en la estabilidad económica del país"*:

> *"(...) mientras los ingresos corrientes del Gobierno como porcentaje del PIB aumentaron en 2.4 puntos porcentuales, los gastos lo hicieron en 9.3 puntos, generando una brecha creciente entre ingresos y gastos corrientes [entre 1991 y 1999].*
>
> *Una de las explicaciones de este elevado crecimiento del gasto, se encuentra en la Constitución de 1991, la cual estableció nuevos compromisos de gasto para el Gobierno Central, a la vez que determinó una participación creciente de los departamentos, municipios y distritos en los ingresos corrientes de la Nación, para cumplir con los objetivos de una mayor cobertura en educación y salud y profundizar la descentralización"*[194].

Conforme a lo anterior, el Gobierno nacional consideró que era necesario promover una reforma al régimen de transferencias, de manera que se asegurara la estabilidad de las finanzas públicas y la sostenibilidad de los recursos destinados a las regiones para la atención de las necesidades en materia de educación, salud y saneamiento básico[195].

2.1.2. Flexibilidad del crecimiento de las transferencias

De otro lado, el Gobierno nacional también señalaba en su momento, como parte de los argumentos para la aprobación de la reforma al régimen de transferencias, las rigideces que generaban las disposiciones constitucionales relativas al crecimiento de los recursos

[194] Proyecto de acto legislativo 012 de 2000, Gaceta del Congreso de la República No. 434 de 2000, pág. 2.

[195] "(…) el desequilibrio fiscal existente y su tendencia creciente atentan contra la sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica, lo cual podría impedir que se cumpla con los preceptos constitucionales de justicia social y justicia intergeneracional. Si no remediamos el desequilibrio fiscal y macroeconómico, aunque nuestros hijos y nuestros padres tengan derecho a la educación y la salud, el Estado simplemente no podrá hacer realidad esos derechos por no contar con fuentes de financiamiento para hacerlo". Proyecto de acto legislativo 012 de 2000, Gaceta del Congreso de la República n.º 434 de 2000, pág. 3.

destinados a las regiones. En efecto, para el Gobierno la vinculación constitucional de las transferencias al incremento de los ingresos corrientes de la Nación configuraba un régimen inflexible, que restaba autonomía a las autoridades económicas en el diseño e implementación de la política económica, orientada principalmente a alcanzar la estabilidad macroeconómica y la sostenibilidad fiscal:

> *"Con lo señalado en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, se infiere que cualquier esfuerzo que se realice para reducir el déficit fiscal por la vía de los recaudos tributarios se convierte en una expansión del gasto público. Es decir, al buscar un incremento de los recaudos, se genera paralelamente un aumento en los gastos debido a las mayores transferencias territoriales. El inconveniente de esta fórmula es que el crecimiento del gasto público se convirtió en una variable atada al crecimiento de los ingresos corrientes y no a los requerimientos de gasto de acuerdo con las necesidades reales"*[196].

2.1.3. La eficiencia para obtener cobertura y calidad

Por último, los argumentos mencionados para promover la aprobación de las reformas al régimen de transferencias se complementaban con una observación adicional: la cobertura universal en educación, salud y saneamiento básico se alcanzaría no sólo incrementando los recursos sino también aumentando la eficiencia en la asignación del gasto en estas materias. En efecto, consciente de la restricción de los recursos para inversión social que suponía la reforma constitucional de 2001, el Gobierno de Andrés Pastrana Arango planteó la necesidad de optimizar el uso de tales recursos, como alternativa para tratar de cumplir la obligación estatal de ofrecer servicios de salud, educación y saneamiento básico de calidad para el conjunto de la población:

> *"Las políticas públicas en los sectores de educación y salud deben estar encaminadas a lograr dos objetivos fundamentales: i) aumentar la cobertura, haciendo llegar los servicios a todos los ciudadanos; y ii) mejorar la calidad,*

[196] Proyecto de acto legislativo 012 de 2000, Gaceta del Congreso de la República n.º 434 de 2000, pág. 4.

logrando que los servicios prestados cubran de manera satisfactoria las necesidades de la población atendida. Como lo ha demostrado la experiencia de estos últimos años, estos dos objetivos se alcanzan, no solamente incrementando los recursos disponibles, sino también mejorando la eficiencia en su asignación"[197].

En este sentido, el proyecto del acto legislativo que terminó con la aprobación de la reforma de 2001, se acompañaba de: (1) una propuesta para extender el período de 3 a 4 años para *"alcaldes, gobernadores, diputados a las asambleas departamentales, concejales de los municipios y concejales y ediles del Distrito Capital"*, con el fin de lograr *"una administración pública cada vez más eficiente y cercana a los ciudadanos"*[198]; y (2) un proyecto de ley para reformar la ley 60 de 1993 (por la cual se definía la distribución y la administración de los recursos del situado fiscal y de la participación de los municipios en los ICN), que terminó con la aprobación de la ley 715 de 2001[199].

2.2. Razones presentadas en el trámite del acto legislativo 04 de 2007

Los tres aspectos mencionados, que sirvieron para aprobar la reforma de 2001, constituyeron las razones para justificar una nueva reforma al régimen de transferencias en 2007: estabilidad de las finanzas públicas y sostenibilidad del gasto público en materia social; flexibilidad del crecimiento de las transferencias y uso eficiente de los recursos por parte de las entidades territoriales. En efecto, la motivación del proyecto de acto legislativo 11 de 2006, que terminó con la aprobación del acto legislativo 04 de 2007, insistió en la necesidad de alcanzar esos mismos objetivos. En ese sentido, la iniciativa radicada por el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez empezaba por presentar los logros alcanzados como resultado de la reforma de 2001 en esas áreas: estabilidad macroeconómica y reducción del déficit fiscal; *"estabilidad y crecimiento real de las participaciones"*; y aumento de las

[197] Proyecto de acto legislativo 012 de 2000, Gaceta del Congreso de la República n.º 434 de 2000, pág. 7.
[198] Propuesta contenida dentro del texto mismo del Proyecto de acto legislativo 012 de 2000. Gaceta del Congreso de la República n.º 434 de 2000, pág. 7. La ampliación del período de los cargos de elección popular mencionados fue aprobada finalmente mediante el acto legislativo 02 de 2002, "Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles".
[199] Ley 715 de 2001, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

coberturas en materia educativa y en el régimen subsidiado de salud. A estos argumentos, que sin duda guardan una relación de continuidad con los expuestos en 2001, la nueva iniciativa gubernamental agregaba el *"efecto"* de no aprobar la nueva reforma y su impacto en los tres aspectos mencionados.

En síntesis, en la motivación de la nueva reforma al régimen de transferencias se conjugan las mismas expresiones de 2001: estabilidad, sostenibilidad, eficiencia y aumento de coberturas.

> *"Un punto fundamental a este respecto es que una regla de crecimiento fijo es la manera más eficiente de garantizar la sostenibilidad de las coberturas. En efecto, dada la naturaleza recurrente de los gastos en salud y educación, tener una regla en la que los ingresos varíen de año a año, como la de atar las participaciones a los ICN, siempre implicará una de dos alternativas: o recortar y aumentar coberturas de acuerdo con la variación de los ingresos, o endeudarse para financiar el faltante en las épocas bajas y sobregastar en las altas. En ambos casos el gasto es ineficiente y, lo más importante, las coberturas no se garantizan a través del tiempo"*[200].

2.3. Examen de la Corte Constitucional

En sus sentencias sobre las reformas constitucionales al régimen de transferencias de 2001 y 2007, la Corte Constitucional sólo se pronunció sobre los cargos que hacían referencia a vicios de procedimiento del respectivo acto legislativo, pero no al contenido de la reforma, ni mucho menos a la validez de las razones presentadas por el Gobierno nacional para promover su aprobación[201].

Así, la Corte Constitucional se pronunció sobre el acto legislativo 01 de 2001 mediante sentencias C-487, C-614 y C-692 de 2002, considerándolo ajustado a lo previsto en la

[200] Proyecto de acto legislativo 11 de 2006, Gaceta del Congreso de la República n.º 366 de 2006, pág. 8.
[201] Sobre el acto legislativo 01 de 2001 ver las sentencias C-487 de 2002 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis), C-614 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) y C-692 de 2002 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett). En relación con el acto legislativo 04 de 2007 ver la sentencia C-427 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

Constitución Política y en la ley 5 de 1992. En estas sentencias el examen de la Corte se concentró en el tránsito de la iniciativa de acto legislativo en el Congreso de la República y a la forma como se introdujeron cambios en su texto en cada una de las cámaras. En efecto, en el caso del acto legislativo 01 de 2001 el tribunal se mantuvo fiel a su jurisprudencia sobre el alcance del control constitucional de reformas a la Carta Política, advirtiendo que este "se limita al examen de los cargos por vicios de procedimiento planteados en la demanda"[202].

En el caso del acto legislativo 04 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-427 de 2008, en la que luego de estudiar el trámite de la reforma, declaró constitucional el procedimiento surtido para la aprobación de la misma. En esta oportunidad, si bien la Corte reconoce que el control de constitucionalidad de los actos legislativos puede incluir el examen de su contenido bajo el denominado cargo de sustitución de la Constitución, advierte que en ese caso concreto no se formuló un cargo de tales características:

> *"De acuerdo a lo establecido por el artículo 241-1 de la Constitución y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. Su competencia se limita exclusivamente a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación. Sin embargo, la Corte ha admitido que es posible la revisión material de un Acto Legislativo cuando dicho acto comprenda una sustitución de la Constitución (…) En el caso bajo estudio, el actor no formuló un cargo específico contra el Acto Legislativo 04 de 2007, del cual se derivara la sustitución de la Constitución"*[203].

De esta manera, aún en la actualidad la Corte Constitucional colombiana está en mora de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la Constitucionalidad de las medidas de retroceso que se introdujeron mediante los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007, las

[202] Corte Constitucional, sentencia C-617 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
[203] Corte Constitucional, sentencia C- 427 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

cuales, como se advirtió previamente, afectan la financiación de los programas de vivienda, salud, educación, agua potable y saneamiento básico en las regiones.

2.4. Validez de las razones

Tratándose entonces de medidas regresivas, las reformas constitucionales al régimen de transferencias de 2001 y 2007 se presumen (*prima facie*) contrarias a las obligaciones contraídas por el Estado colombiano a la luz de tratados como el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, y contrarias a principios y derechos reconocidos constitucionalmente en Colombia. Como se advirtió en la primera parte de este trabajo, esta presunción supone la obligación estatal de demostrar que la adopción de tales medidas se encuentra plenamente justificada, conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los criterios definidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

a. Al respecto, debe decirse en primer lugar que, conforme a la exposición de motivos de los proyectos de acto legislativo, las reformas constitucionales de 2001 y 2007 en materia de transferencias cumplen varios de los criterios definidos por el Comité de DESC de Naciones Unidas, para la admisión de medidas de retroceso: fueron expedidas conforme al trámite previsto para las reformas constitucionales a través del Congreso de la República; podría decirse que con el fin de promover *"el bienestar general en una sociedad democrática"* (la exposición de motivos se refiere a la necesidad de garantizar la sostenibilidad de la inversión en materia social); y con una justificación que hace referencia, si no a todos, a varios derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el PIDESC (al referirse a la financiación de los servicios educativos, de salud y saneamiento básico).

No obstante, existen al menos dos criterios precisados por el Comité de DESC en sus observaciones generales que no son satisfechos de ninguna manera dentro de las razones ofrecidas en beneficio de las reformas al régimen de transferencias: (1) que las medidas hubieren sido adoptadas bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados; y (2) que se

enmarquen dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles. El sentido de estos dos criterios es asegurar la inexistencia de otros cursos de acción posibles al alcance del Estado, a los cuales se habría podido recurrir con una afectación menor de los derechos comprometidos, así como verificar que la adopción de las medidas regresivas sea una opción a la que se apele sólo como última instancia.

Pues bien, las iniciativas gubernamentales que terminaron con la aprobación de las dos reformas constitucionales al régimen de transferencias no hacían referencia alguna a otras alternativas posibles y mucho menos a las razones que habían llevado a desestimar su implementación. Así mismo, si bien el razonamiento central de la exposición de motivos de las reformas se orienta a la necesidad de mantener el equilibrio fiscal y la sostenibilidad de la inversión social, en las iniciativas no se daba cuenta de las diferentes fuentes de recursos estatales y de la forma como se utilizaban los mismos, de manera tal que se probara la imposibilidad de recurrir a recortes en otros gastos estatales, antes que a la restricción de la financiación de la salud, de la educación y del saneamiento básico en las regiones.

b. Adicionalmente, las razones presentadas para la aprobación de las reformas al régimen de transferencias no satisfacen tampoco los criterios definidos por la Corte Constitucional para el examen de medidas de retroceso[204], en particular las relacionadas con: (1) Validez y suficiencia de las razones que justifican la medida; (2) Satisfacción de la carga de argumentación en cabeza de Estado; (3) Cumplimiento de los parámetros del derecho internacional; (4) No afectación de personas con especial protección constitucional; y (5) Prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones.

Aparte del incumplimiento de la carga argumentativa que le corresponde al Estado al aprobar medidas regresivas y del desconocimiento de los estándares del derecho internacional, aspectos a los que ya se hizo alusión de manera breve, es necesario hacer referencia a la no afectación de personas con especial protección constitucional y a la prioridad del gasto público social. En cuanto a lo primero, debe decirse que las dos reformas al régimen de transferencias han tenido un impacto negativo en la financiación de

[204] Rodolfo Arango Rivadeneira, "La prohibición de regresividad en Colombia", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 168.

la educación, la salud y el saneamiento básico, de poblaciones que a la luz de la Constitución Política cuentan con especial protección constitucional, como es el caso de la niñez (art. 44 C.P.) y de la población rural (art. 64 C.P.). De otro lado, la prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones (art. 350 C.P.) no fue atendida con la aprobación de las dos reformas mencionadas, pues la restricción de la inversión social en las regiones se ha visto acompañada de un aumento significativo del gasto militar en la última década. Así, mientras se insiste en la necesidad de controlar el crecimiento de los recursos para salud, educación y saneamiento básico (que han descendido como proporción de los ICN), el gasto militar ha aumentado de forma sostenida desde 1991, llegando en la actualidad a estar cerca del 6.5% del PIB[205].

c. Por último, sumado a lo anterior, las sucesivas modificaciones al régimen constitucional de transferencias de 2001 y 2007, han terminado perpetuando en la práctica una medida regresiva. En efecto, mediante el acto legislativo 04 de 2007 fue incumplida la promesa (incluida en el acto legislativo 01 de 2001) de retornar en 2009 a un nivel de compensación de recursos a las regiones semejante al previsto originalmente en la Constitución de 1991, vale decir, vinculado al promedio de los Ingresos Corrientes de la Nación en los últimos cuatro años. Así, con la reforma constitucional de 2007 se extendió hasta 2016 la vigencia de un régimen que se denominó en su momento "transitorio" y que seguramente, al término de su vigencia, será nuevamente renovado con el fin de preservar, una vez más, la estabilidad macroeconómica, la sostenibilidad y el aumento de una cobertura que sigue sin traducirse en acceso universal y efectivo a los servicios de educación, salud y saneamiento básico para el conjunto de la población colombiana. De esta manera, el Estado colombiano contraviene los estándares internacionales que hacen referencia a que, aun si se admitiera la validez de las razones ofrecidas para la aprobación de disposiciones de retroceso, éstas deberán ser en todo caso temporales, pues persiste para el Estado la obligación de avanzar progresivamente en la plena realización de los DESC para el conjunto de la población.

[205] El gasto militar de EE.UU. durante la guerra en Irak ha llegado a ser de 4% del PIB. José Fernando Isaza Delgado y Diógenes Campos Romero estimaban a si mismo que en 2008 más del 81% de los cargos públicos que se financiaban con cargo al presupuesto central correspondían a servidores públicos asignados a labores de defensa, seguridad y policía, y que "el gasto en defensa es igual a la suma de todas las transferencias en educación, salud y saneamiento ambiental". José Fernando Isaza Delgado y Diógenes Campos Romero, *Algunas consideraciones cuantitativas sobre la evolución reciente del conflicto armado*, Bogotá, diciembre de 2007, disponible en http://www.dhcolombia.info/IMG/pdf_ConflictoColombiano.pdf.

3. Síntesis

Las reformas constitucionales de 2001 y 2007 al régimen de transferencias constituyen medidas regresivas en relación con la financiación de la inversión social en las regiones, tanto desde el punto de vista normativo, como desde el punto de vista de sus resultados. La regresividad de estas reformas resulta injustificada, pues las razones ofrecidas para su aprobación no satisfacen la carga argumentativa que le compete al Estado en la adopción de medidas de retroceso, al tiempo que desconocen los estándares del derecho internacional de los derechos humanos así como algunos criterios precisados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Adicionalmente, con la reforma de 2007 se perpetúan en la práctica medidas que (en caso de admitirse la validez de las razones) pueden ser sólo temporales y no permanentes. De esta manera, con la última modificación al régimen de transferencias constitucional, se incumplió la promesa de regresar en 2009 a un régimen de transferencias semejante al previsto originalmente en la Constitución de 1991 (vinculado a los Ingresos Corrientes de la Nación) extendiendo de manera injustificada hasta 2016, normas que originalmente eran apenas transitorias.

Capítulo 6

El capítulo de propiedad intelectual del Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU.

"Listo, se hace el acuerdo, pero nosotros ponemos las condiciones, lo toman o lo dejan (...) Quien tiene el oro, pone las condiciones"[206].

En el marco de la "negociación" de un Tratado de Libre Comercio con Colombia (TLC), el Gobierno de EE.UU. exigió la incorporación de normas de protección de la propiedad intelectual más estrictas que las normas sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) reconocidas por la Organización Mundial del Comercio (OMC). En efecto, conforme a la posición del país norteamericano en la mesa de negociación, el capítulo de propiedad intelectual del TLC debía incluir disposiciones en materia de protección de datos de prueba, marcas y patentes (entre otros aspectos) muy superiores a las reconocidas por la OMC, bajo un esquema que ahora se denomina *ADPIC plus*.

Al respecto, el grupo negociador colombiano y el Ministerio de la Protección Social fueron insistentes en señalar que Colombia no cedería a las pretensiones norteamericanas en materia de propiedad intelectual, debido al impacto que esto tendría en términos económicos y de salud pública[207].

No obstante lo anterior, el 5 de diciembre de 2005 se anunció que Colombia abandonaba en la mesa de negociación su propuesta en materia de medicamentos y que había aceptado "trabajar en el texto de E.U." apartándose de la posición que hasta el momento habían

[206] Robert Zoellick, Representante comercial de los EE.UU. al acordar el comienzo de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Colombia. Esta manifestación fue hecha por Zoellick durante una reunión con el Gobierno colombiano y empresarios nacionales, y fue filtrada a la prensa por Eugenio Marulanda, Presidente de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras), asistente a la misma. "Libre comercio en 2006", Diario *El Espectador*, 10 de agosto de 2003, versión electrónica. Algo semejante advirtió la OMS en relación con la "negociación" de las normas sobre propiedad intelectual en el TLC: "*Hay que ser realistas: Colombia no tiene posibilidad de decir sí o no. La tragedia del TLC es que se abandonó el ámbito multilateral donde los países tienen alguna posibilidad. Lo que pasó en la mesa de propiedad intelectual es que casi no hubo negociación, fue casi un monologo"*. "OMS cuestiona negociación de TLC", Diario *El Tiempo*, 7 de diciembre de 2005, versión electrónica.

[207] "Colombia no aceptará prolongar patentes de los medicamentos por demoras en los registros", Diario *El Tiempo*, 8 de febrero de 2005, versión electrónica.

sostenido los tres países andinos (Colombia, Perú y Ecuador)[208]. Esta decisión se adoptó luego de la renuncia de tres miembros del equipo negociador colombiano en septiembre de 2005 (Gilberto Álvarez del Ministerio de la Protección Social, así como Luis Guillermo Restrepo Vélez y Juan Fernando García del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA-) quienes advirtieron la inconveniencia de aceptar la propuesta norteamericana tal como se presagiaba en ese momento. Al respecto conviene citar algunos apartes de la carta de renuncia del asesor del Ministerio de la Protección Social en las negociaciones del TLC, Luis Guillermo Restrepo Vélez:

> *"Quiero hacer pública mi decisión de apartarme del Gobierno, en virtud de mi total desacuerdo con las últimas medidas que en materia de derechos de propiedad intelectual se han tomado en la negociación y de la forma como el Mincomercio ha conducido el proceso. Tengo que deplorar la forma desleal y engañosa con la que los negociadores de comercio trataron hasta ahora al sector salud, no sólo en Colombia, sino en los tres países (...) El coordinador de la mesa de propiedad intelectual por el Mincomercio, abandonó la propuesta de negociación concertada con los andinos y, de manera unilateral, presentó una propuesta de protección de datos de prueba basada en el texto estadounidense, que contiene disposiciones con niveles de protección mayores que los acordados por ese país con Chile y con los países centroamericanos, donde se ignoran todos los compromisos con el sector salud, no se sabe si por cuenta propia o siguiendo instrucciones superiores (...) En materia de salud pública no es un buen negocio que para que existan nuevos medicamentos se incentive a las empresas farmacéuticas mediante mecanismos como los propuestos por la oficina del Representante Comercial de Estados Unidos, que contribuyen a que los costos de las medicinas sean prohibitivos para sectores cada vez más amplios de la población y para los sistemas de seguridad social, cuya propia supervivencia*

[208] "Colombia dejó a un lado su propuesta de medicamentos en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos y aceptó trabajar sobre la que presentó este país en mayo del año pasado (…) A juicio del ex negociador de la mesa de propiedad intelectual Luis Guillermo Restrepo, quien renunció al Invima el pasado viernes, la iniciativa estadounidense conducirá a alzas en los precios de los medicamentos (…) Restrepo, quien junto con Gilberto Álvarez (del Ministerio de la Protección Social) y Juan Fernando García (del Invima) renunció al equipo negociador en septiembre, asegura que la propuesta de E.U., al aumentar la protección a los medicamentos de las multinacionales farmacéuticas, no solo elevará los precios de las medicinas sino que pondrá 'en vilo la supervivencia del sistema social en salud'". "Colombia abandona propuesta de medicamentos en el TLC", Diario *El Tiempo*, 5 de diciembre de 2005, versión electrónica.

financiera se ve ya seriamente amenazada (...) Es evidente que aceptar normas de propiedad intelectual más restrictivas que lo acordado por la comunidad internacional en el sistema multilateral, hará subir significativamente el gasto en medicamentos limitando el acceso de las personas, e incluso poniendo en vilo la supervivencia del sistema general de seguridad social en salud, como lo han sostenido durante toda la negociación los asesores nacionales e internacionales que han acompañado el proceso (...) Sería mucho más transparente decirle al país que el trabajo de 18 meses en las cuestiones relacionadas con propiedad intelectual y salud fracasó"[209].

Ahora bien, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿si es tan manifiesta la regresividad de las disposiciones sobre propiedad intelectual incluidas en el TLC Colombia – EE.UU. por qué fueron aceptadas por el Gobierno colombiano y el equipo negociador? La respuesta es sencilla: la incorporación de tales normas al TLC se explica por la enorme diferencia entre el poder de negociación de las dos partes del acuerdo comercial. Para la muestra un botón. Cuando se "destrabó" la negociación del TLC (justamente por las diferencias en las pretensiones en materia de protección a la propiedad intelectual en materia de medicamentos) los medios colombianos registraron las garantías ofrecidas por el gobierno norteamericano para que no se viera afectado el acceso de los colombianos a los medicamentos:

"Una ayuda memoria de la crucial reunión del presidente Uribe con las autoridades comerciales de E.U. el 16 de febrero pasado, es la garantía que tiene el Gobierno de que el TLC no bloqueará el acceso de los colombianos a los servicios de salud. La particularidad de este documento es que está firmado sólo por Uribe y los ministros de la Protección Social, Diego Palacio, y Comercio, Jorge Humberto Botero, aunque en esa cumbre mañanera en Washington, que destrabó la fase final de las negociaciones del TLC, participaron cuatro funcionarios de la cúpula comercial estadounidense"[210].

[209] "Presenta renuncia asesor de Minprotección en TLC", Diario *La República*, 12 de diciembre de 2005, versión electrónica.
[210] "Reviven temores por los efectos del TLC en salud", Diario *El Tiempo*, 25 de mayo de 2006, versión electrónica. Un buen resumen de la "negociación" del TLC fue hecha por el Diario Portafolio así: "Colombia quería negociar solo un tratado comercial, sin los países

De esta manera y como se demostrara en este capítulo, en ese acuerdo comercial fueron incluidas disposiciones que causarán un serio detrimento en los recursos del sistema de salud (poniendo en riesgo su sostenibilidad), que incrementarán las barreras económicas para el acceso ciudadano a los medicamentos y que afectarán las condiciones para el pleno disfrute del derecho a la salud física y mental de las colombianas y los colombianos.

Ahora bien, aunque el acuerdo de promoción comercial suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU. aún no se ha perfeccionado debido a los condicionamientos del Congreso norteamericano en relación con la situación de derechos humanos en Colombia (en particular los ataques de los que son víctimas los trabajadores y las trabajadoras sindicalizados), lo cierto es que el debate sobre su contenido permanece. Vale decir, la discusión sobre el proceso de aprobación y ratificación del TLC persiste no sólo en relación con la renuencia del Congreso de los EE.UU a aprobarlo (a pesar de la insistencia del Gobierno de Colombia) sino además respecto de su contenido y al impacto de su entrada en vigencia para el bienestar de la población colombiana.

1. Anotaciones preliminares sobre la protección de la propiedad intelectual y su impacto en el acceso a los medicamentos

Antes de hacer referencia a la regresividad de algunas de las disposiciones del TLC suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU. es necesario dar cuenta de la tensión existente entre protección de la propiedad intelectual y acceso ciudadano a los medicamentos, y de la importancia de este último como elemento componente del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

---

andinos, y E.U. decidió que Perú y Ecuador debían estar... y así se hizo. Colombia consideraba que el Atpdea, la ley de preferencias arancelarias unilaterales, sería el punto de partida de la negociación y Estados Unidos decidió que se debía comenzar de cero. Y así se hizo. Colombia creyó que podía negociar la eliminación de algunos subsidios y ayudas que Estados Unidos da a sus productores del campo, pues era la única forma de competir con la producción de ese país. Estados Unidos dijo que eso lo negociaba en la OMC y no en el TLC andino. Y así fue, mientras que Colombia entregó a cambio de nada la protección agrícola de las franjas andinas de precios. Colombia creía que era un aliado al que Estados Unidos veía como el Israel de América Latina y quiso poner ese elemento como punto de negociación. Y falló: una cosa es el Departamento de Comercio y otra muy distinta el Departamento de Estado. Colombia creyó que apoyando incondicionalmente a Estados Unidos en la guerra en Irak y en su lucha contra el terrorismo ganaba puntos para negociar el TLC. Pero no fue así y los negociadores gringos siempre hablaron de comercio, no de política. Colombia creyó que el buen trato personal del presidente Bush hacia el presidente Uribe se vería reflejado en algunas concesiones en materia de libre comercio. Pero ellos siempre lograron independizar lo uno de lo otro. Colombia creyó que el gigante podría tener consideraciones para corregir asimetrías frente a un país débil. La realidad es que Estados Unidos es el imperio y así lo demuestra, sin importar quién es su interlocutor". "TLC: business are business", Diario *Portafolio*, 28 de febrero de 2006, versión electrónica.

1.1. El acceso a medicamentos como componente del derecho a la salud

Como lo ha reconocido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la observación general 14, el acceso a medicamentos es un elemento que hace parte del contenido esencial del derecho al nivel más alto posible de salud física y mental: de un lado, como parte del componente de la *disponibilidad*, que supone la obligación estatal de contar con "un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud", dentro de los cuales se encuentran "los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS"[211]; del otro, como parte del elemento que el Comité ha denominado *accesibilidad*, definido como la posibilidad de acceder a los establecimientos, bienes y servicios de salud, desde el punto de vista económico y físico sin ningún tipo de discriminaciones. En cuanto a la accesibilidad económica el Comité señaló en su observación general 14:

> *"Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos"*[212].

Como consecuencia de lo anterior, el Comité incluyó dentro de las obligaciones básicas que le competen a los Estados parte del PIDESC los siguientes deberes:

---

[211] "Para el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud en Medicamentos Esenciales, éstos son aquellos que sirven para satisfacer las necesidades de atención de la salud de la mayoría de la población y que, por tanto, deben estar disponibles en todo momento en las cantidades adecuadas, en las formas farmacéuticas que se requieran y a un precio asequible para las personas y la comunidad". Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, PROSEDHER, 2003, pág. 157.

[212] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 12 b).

"Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados (...) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS (...) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud"[213].

Más allá de lo señalado por el CDESC, la vinculación entre el derecho a la salud y el acceso a medicamentos tiene incluso un sustento empírico y práctico, pues como lo ha señalado la Organización Panamericana de la Salud (OPS) "los medicamentos representan el desenlace más frecuente de las relaciones entre las personas y el sistema de salud. Un 90% de las consultas externas terminan con una receta"[214].

1.2. Protección de la propiedad intelectual en materia de medicamentos

No obstante lo anterior, muy frecuentemente el derecho al acceso de las personas a los medicamentos encuentra un obstáculo en la protección ofrecida por las normas sobre protección de la propiedad intelectual (PPI). Esta protección en relación con los medicamentos pretende básicamente asegurar la exclusividad en la fabricación y distribución, por un determinado período de tiempo, a quien innovó y desarrolló un producto. La sociedad retribuye así el esfuerzo y el costo que supone el proceso de investigación y prueba que conduce finalmente al hallazgo de un nuevo medicamento. De esta manera, la propiedad intelectual procura "corregir una falla del mercado, que produce

[213] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 43 a, d, y e). Estas obligaciones suponen un derecho correlativo de las personas a los establecimientos, bienes y servicios de salud. El CDESC reconoce de forma explícita este derecho en el párrafo 17 de la observación general 14, con base en el apartado d) del artículo 12 del PIDESC, así: "'La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad' (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental".

[214] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, *Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, noviembre de 2004, pág. 29.

un desestímulo a la innovación" pues "mientras innovar es costoso y complejo, copiar es relativamente más fácil y mucho más barato"[215].

No obstante, debe existir un balance entre la anotada protección a la propiedad intelectual y las necesidades de la sociedad de asegurar el acceso de todas y todos a los medicamentos necesarios para conservar el más alto nivel posible de salud física y mental. Este balance resulta complejo en sí mismo si se tiene en cuenta que el precio de los medicamentos se incrementa como consecuencia de la protección que ofrecen las normas de propiedad intelectual y que el acceso de las personas a las medicinas depende del costo de las mismas:

> *"La posibilidad de que exista un escenario dentro del cual los gastos en medicamentos puedan crecer ilimitadamente sin afectar las cuentas globales de salud, es muy poco probable en países ricos, y ciertamente un imposible de acuerdo con la experiencia de quienes administran recursos de salud públicos y privados, en países de ingreso medio.*
>
> *Se pudiera concluir entonces, respecto de esta hipótesis, que aunque matizados por la modalidad de servicios de salud de un país, los precios son un determinante del acceso a los medicamentos, especialmente en países en desarrollo. O tal vez expresarlo de una manera más precisa: En países en desarrollo los precios son el determinante del acceso a los medicamentos"*[216].

De esta manera, el aumento en los precios de los medicamentos que supone la protección de la propiedad intelectual termina generando una barrera de tipo económico para que las personas accedan a ellos, así como un obstáculo para el pleno disfrute del derecho a la salud. En síntesis, la protección de la propiedad intelectual afecta el acceso de las personas a los medicamentos, en particular en países en desarrollo como Colombia, en los que los

[215] Ibíd., pág. 9.
[216] Ibíd., pág. 31. De esta manera, los precios de los medicamentos son "el determinante" del acceso de las personas a los medicamentos. Ya sea que el costo de los medicamentos lo asuma total o parcialmente el sistema de salud con cargo a recursos públicos o mixtos, o que sea pagado con cargo al denominado gasto privado o gasto "de bolsillo" por parte del paciente. De las modalidades de financiación del acceso ciudadano a los medicamentos, el gasto privado (o de bolsillo como se le denomina en la literatura sobre el tema) es el más regresivo e inequitativo, pues las personas de más bajos ingresos destinan una mayor proporción de sus recursos al pago de medicamentos y tienen una tendencia más alta a presentar problemas de salud y a requerir medicamentos.

medicamentos son pagados en una alta proporción con cargo al "bolsillo" del paciente, como consecuencia de la existencia de barreras administrativas, la tendencia a la automedicación y el establecimiento de coberturas parciales en el régimen de salud vigente[217].

1.3. Protección de la propiedad intelectual y acceso a medicamentos en Colombia

En el caso colombiano se ha comprobado que la restricción de la competencia derivada de la protección de la propiedad intelectual sobre un medicamento supone un incremento en el precio para el consumidor, mientras que la competencia por principio activo (vale decir, cuando hay uno o más medicamentos genéricos sustitutos del medicamento innovador al alcance de las personas) el precio promedio en ese mercado particular tiende a disminuir considerablemente:

> *"Los estudios realizados en Colombia y la evidencia internacional recogida, permiten demostrar que la competencia por principio activo disminuye el precio de los medicamentos entre un 22% y un 80%. Esta evidencia ratifica que la propiedad intelectual, al ejercer un monopolio sobre el uso comercial de la molécula protegida, impide dicha disminución, incrementando el índice de precios en el mercado en comparación a un escenario en donde se permitiera la competencia.*
>
> *El incremento en el índice de precios de los medicamentos en Colombia, ocasiona un incremento en el gasto farmacéutico, una disminución en el consumo de medicamentos o quizás una combinación de ambas medidas dependiendo de las preferencias y capacidad de pago de los consumidores, sean estos individuales o institucionales"*[218].

---

[217] Ibíd., pág. 30.

[218] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, IFARMA, *Impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos*, Bogotá, noviembre de 2005, disponible en www.recalca.org.co. Según Misión Salud, en el período 1998-2003 el aumento de los precios de medicamentos varió en el caso de los diez laboratorios nacionales (que en general producen medicamentos genéricos) tan sólo un 27%, mientras que para el caso de

No obstante lo anterior, Colombia tiene una larga tradición de normas sobre protección de la propiedad intelectual, desde la ley 15 de 1848 ("ley de patentes de invención, mejoras de maquinas y de productos industriales"), hasta las decisiones adoptadas por los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones - CAN - (decisiones 85 de 1974, 311 de 1991, 313 de 1992, 344 de 1993 y 486 de 2000). Tanto la Decisión 344 de 1993 como la 486 de 2000 de la CAN suponen la incorporación gradual en el país de las normas adoptadas en el marco de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)[219].

Como era de esperarse, dado el efecto que tiene el fortalecimiento de las normas sobre protección de la propiedad intelectual en el acceso a los medicamentos, las normas ADPIC incorporadas por Colombia en las últimas dos décadas han tenido un serio impacto en términos económicos y de salud pública:

> *"Las medidas existentes bajo la decisión 486 de la CAN y el ADPIC, están teniendo un impacto económico anual muy importante, que para el año 2005 se estima en un 6.68% del mercado y equivale a cerca de US $ 110 millones. Tienen también un impacto sanitario expresado en el número de personas que no tendrán acceso a medicamentos en el año 2005, que superan las 900.000 y representan un 2% de la población"*[220].

Adicionalmente, en el trascurso de esta década EE.UU. ha promovido la adopción de normas que van incluso más allá de lo aprobado en el marco de la OMC, bajo estándares

---

los dieciséis laboratorios multinacionales más grandes (que producen medicamentos protegidos mediante patentes) se registró un aumento del 135%. Misión salud, "La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública", Bogotá, 2004, pág. 67. En síntesis, la protección de la propiedad intelectual conlleva la restricción de la competencia y el consecuente aumento en los precios de los medicamentos. De ahí que resulte insólita la enigmática afirmación del Ministro de Comercio Jorge Humberto Botero en el marco de la negociación del TLC: "La protección para patentes o datos de prueba de los medicamentos por sí sola no genera un alza de los precios, sino la inexistencia de alternativas o genéricos". "Farmacéuticas nacionales ponen en duda resultados de estudio sobre medicamentos", Diario *El Tiempo*, 13 de junio de 2005, versión electrónica.

[219] "(…) la Decisión 486 ajusta la legislación andina en materia de propiedad intelectual al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), suscrito en la Ronda Uruguay de la OMC. La Decisión 344 cumplía en la mayoría de sus aspectos con lo establecido en el ADPIC". Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, *Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, noviembre de 2004, pág. 12.

[220] Ibíd., pág. 7.

que se han denominado ADPIC *plus*, y que suponen una protección más amplia de la propiedad intelectual en materia de medicamentos[221]. En el caso colombiano lo anterior se traduce en dos hechos centrales:

a. La expedición del decreto 2085 de 2002, que incorporó normas más estrictas en materia de protección de datos de prueba. Este decreto fue el resultado de la presión del Gobierno de EE.UU. (del entonces Presidente George W. Bush), que exigió su aprobación como condición para la extensión de las preferencias arancelarias previstas en el APTDEA.

b. De otro lado, la inclusión de varios estándares ADPIC plus (entre ellos se reitera lo previsto en el decreto 2085 de 2002) en el capítulo sobre propiedad intelectual del TLC suscrito por los gobiernos de Colombia y EE.UU. y aprobado por el Congreso colombiano mediante ley 1143 de 2007.

Sobre la regresividad de las disposiciones contenidas en el TLC en materia de propiedad intelectual y su impacto en términos de salud pública y acceso a los medicamentos, se dará cuenta a continuación.

2. Regresividad

En esta parte se presenta el carácter regresivo de varias de las disposiciones incorporadas en el capítulo sobre propiedad intelectual del TLC Colombia – EE.UU., tanto desde el punto de vista normativo como en términos de resultados. En general, las disposiciones del TLC a las que se hará referencia se orientan a reforzar la protección de los medicamentos innovadores (producidos por empresas del sector farmacéutico norteamericano), extendiendo de una u otra manera el período de exclusividad que reconocen las normas de

[221] En octubre de 2006 los congresistas norteamericanos del Partido Demócrata Edward Kennedy y Henry Waxman revelaron que el Gobierno del Presidente George Bush habría enviado una carta a la Organización Mundial de la Salud para que el organismo retirara un informe que cuestionaba la política comercial de los EE.UU. en materia de medicamentos: "El documento, publicado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y South Centre, organización intergubernamental de países en desarrollo, afirma que los tratados de libre comercio (TLC), como el que se quiere firmar con Colombia, dificultan el acceso de las naciones pobres a medicinas vitales, como las del SIDA". "Por medicamentos genéricos, los demócratas calientan disputa entre EE.UU. y OMS", Diario *El Tiempo*, 21 de octubre de 2006, versión electrónica.

propiedad intelectual, al tiempo que se restringe la entrada al mercado y el uso de los medicamentos genéricos producidos nacionalmente.

> *"Entre los efectos económicos y sociales de aceptar los estándares propiedad intelectual propuestos por Estados Unidos se destaca la desaparición de cadenas de medicamentos genéricos en Colombia, aumento de precios, lo cual sería una tragedia para el sector salud de nuestro país (...) estamos frente a un problema, no como todos los días tratan de decírnoslo: 'de enfrentamiento de la industria nacional con la multinacional', sino ante un problema humanitario. Un problema, como lo dice MSF: 'Si el TLC bloquea los genéricos sería una catástrofe para todas las personas en esos países, pues la diferencia en los precios puede suponer la diferencia entre la vida y la muerte'"*[222].

Para los efectos de este documento se han escogido entonces aquellas disposiciones del TLC que se refieren a tres temas centrales y que tendrán un impacto en el acceso de las personas a los medicamentos. Se trata de las normas contenidas en el TLC relativas a (1) la protección de los datos de prueba, (2) el uso de marcas, (3) la duración y alcance de las patentes.

2.3. Regresividad normativa

Como se precisó en la primera parte de este trabajo, el examen normativo supone determinar si una disposición limita, restringe o reduce la extensión o el sentido de un derecho social, o le impone a su ejercicio condiciones que antes no debía sortear.

A continuación se presenta la forma como el TLC aumenta el umbral de protección de la propiedad intelectual, lo cual supondría un incremento en los precios de los medicamentos y de la barreras económicas para el acceso a los mismos por parte de las personas de más bajos ingresos. Así, la garantía del derecho a la salud física y mental, y el derecho al acceso a los medicamentos por parte de las personas, se vería sometido a nuevos y serios

[222] Germán Holguín, "TLC ¿Acceso a medicamentos y salud?", *Misión Salud*, mimeo, Bogotá, agosto 24 de 2004.

obstáculos, que antes no tenían que sortear. Estos obstáculos, como se verá en la parte de regresividad de resultados, no sólo comprometen la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud sino que de no ser asumido el aumento en los precios de los medicamentos con cargo a recursos públicos, supondrán la desprotección en salud de amplios sectores de la sociedad.

2.3.1. Protección de datos de prueba

Uno de los pasos para el desarrollo de un nuevo medicamento son las pruebas clínicas en seres humanos. En general, se ha admitido que quienes quieran desarrollar productos genéricos hagan uso de la información resultante de las pruebas de seguridad y eficacia adelantadas por el innovador del medicamento, con el fin de evitar que humanos sean nuevamente expuestos a los riesgos que tales pruebas suponen (aunque sí deben adelantar sus propias pruebas de farmacotecnia y producción). En otras palabras, el procedimiento de registro para un competidor no innovador que pretende comercializar un medicamento genérico resulta mucho más expedito que el del innovador, pues el primero se ve relevado de la obligación de adelantar pruebas clínicas y le basta con usar los datos resultantes de los ensayos que ya ha realizado el segundo. Para el efecto, se ha reconocido entonces la existencia de un *registro sumario* del que se beneficia el competidor no innovador.

No obstante, con el fin de corregir el desestimulo a la innovación que puede suponer el registro sumario, las normas sobre los ADPIC y la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) disponen la protección de los datos de prueba (como una forma de protección de información no divulgada), sin señalar de forma expresa que esto deba suponer "la exclusividad en la comercialización por un período de tiempo fijo"[223].

[223] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, *Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, noviembre de 2004, pág. 15. "La protección de datos de prueba recae sobre la información de seguridad y eficacia que debe allegar una compañía farmacéutica al Invima para obtener el permiso de comercialización de un producto cuando ingresa como molécula nueva por primera vez al mercado. Esta protección se garantiza por el Estado en la medida en que su generación implica para las casas matrices esfuerzos considerables e inversiones cuantiosas. De esta forma, la protección impide que terceros interesados en comercializar la misma molécula obtengan la aprobación de comercialización basándose, sin invertir tiempo o dinero, en la información de seguridad y eficacia obtenida por quien primero solicitó tal aprobación sanitaria". Ponencia conjunta para primer debate al proyecto de ley 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006, Gaceta del Congreso de la República n.º 402 de 2007, disponible en www.secretariasenado.gov.co

Mediante el decreto 2085 de 2002 (expedido por solicitud del Gobierno de los EE.UU.) se precisó más la protección de los datos de prueba en Colombia, disponiendo que luego de tres años (contados desde la expedición del decreto), se reconocerá protección a los datos de prueba por un período de 5 años:

> *"Mientras la protección de una patente se otorga si el producto o proceso cumple con las condiciones de novedad absoluta, nivel inventivo y aplicación industrial; la protección de datos depende de la definición de lo que se considera Nueva Entidad Química (NEQ). Aunque no existe un consenso sobre lo que es considerado una NEQ, particularmente si el alcance del ámbito de la definición es nacional o internacional; el Decreto 2085 establece en su artículo primero que '...se entenderá como nueva entidad química, el principio activo que no ha sido incluido en Normas Farmacológicas en Colombia'"*[224].

Pues bien, con el TLC se aumenta la protección de los datos de prueba prevista en el decreto 2085 de 2002:

> *"El TLC protege tanto la información divulgada como la secreta, y no únicamente los datos 'no revelados' como en el TLC con Centroamérica, dando carácter de privado a algo que ya es público (...) El TLC prohíbe a las compañías productoras de genéricos que usen los datos o evidencias, previo a la aprobación de comercialización en otros países, incluso si la patente ya ha expirado. Cada año de extensión es una pérdida para que la sociedad aproveche este conocimiento en su beneficio, y una barrera para el acceso a competidores en el mercado, que puedan garantizar mejores precios y, por tanto, mayor acceso"*[225].

2.3.2. Marcas

---

[224] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, *Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, noviembre de 2004, pág. 17.

[225] Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), "No hay derecho … a la salud en el TLC, la salud en coma en el TLC", febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.

En Colombia, conforme a lo previsto en la ley 100 de 1993, el decreto 2200 de 2005 dispone que la prescripción de los medicamentos deberá hacerse utilizando la denominación común internacional (DCI) o nombre genérico:

> *"Toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico)"*[226].

Esta medida se explica en tanto el uso de los medicamentos genéricos garantiza el acceso económico a los medicamentos y la libertad de elección del consumidor:

> *"el uso del nombre genérico es un valioso instrumento de la política farmacéutica nacional, pues actúa como mecanismo de racionalidad terapéutica y contención de costos, al permitir a los médicos, los pacientes y los responsables de las adquisiciones institucionales, elegir el medicamento de su preferencia entre las distintas alternativas de un mismo principio activo que ofrece el mercado, incluyendo los más económicos. Si sólo se manejaran los nombres de marca, el consumidor no tendría la información completa para saber con qué otros productos comparar una prescripción y, por tanto, no podría ejercer libremente el derecho a escoger"*[227].

No obstante lo anterior, el TLC Colombia – EE.UU. restringe el uso de la DCI, al disponer que las disposiciones relativas al tamaño, ubicación o estilo del nombre común (genérico) no podrán menoscabar el uso o efectividad de las marcas utilizadas en relación con dicha mercancía o servicio:

---

[226] Ministerio de la protección social, Decreto 2200 de 2005, "*Por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones*", artículo 16.
[227] Germán Holguín Zamorano, *TLC y Salud: la verdad*, Misión Salud, Bogotá, 2007, pág. 63.

"(...) cada Parte garantizará que las disposiciones que obliguen al uso del término consuetudinario en el lenguaje común, como el nombre común para una mercancía o servicio ("nombre común") incluyendo entre otros, requerimientos relativos al tamaño, ubicación o estilo de uso de la marca en relación con el nombre común, no menoscabe el uso o efectividad de las marcas utilizadas en relación con dicha mercancía o servicio"[228].

Así, la utilización de la denominación común internacional se vería restringida, de manera tal que el nombre genérico aparecería en un lugar y tamaño poco visibles dentro de la presentación de los medicamentos, con el fin de asegurar la protección que el TLC pretende ofrecer a las marcas comerciales. Como se verá en el siguiente apartado, esta disposición tendría un serio impacto en el acceso ciudadano a los medicamentos, que en la actualidad es suplido en un 60% por medicamento genéricos[229].

2.3.3. Patentes

En 2006, una investigación del CID de la Universidad Nacional para la Alcaldía Mayor de Bogotá resumía así las posiciones de los negociadores norteamericanos y la posición del gobierno colombiano al respecto:

"*Estados Unidos aspira a fortalecer la PPI en sus dos dimensiones básicas: duración y alcance. Con respecto a la duración, se debe tener en cuenta que el acuerdo ADPIC establece un plazo de 20 años para la protección mediante patentes. Estados Unidos busca que los tres países andinos cambien su legislación y compensen a sus compañías farmacéuticas y químicas por la demora de las oficinas gubernamentales para otorgar patentes o conceder los permisos de comercialización de medicamentos o productos químicos. En lo que respecta al alcance de las patentes, la legislación vigente contempla tres requisitos básicos para proteger los avances tecnológicos: novedad, altura inventiva y aplicación*

[228] Artículo 16.2, Ley 1143 "Por medio de la cual se aprueba el 'Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América', sus 'Cartas Adjuntas' y sus 'Entendimientos', suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006".
[229] Misión salud, "La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública", Bogotá, 2004, pág. 67.

industrial. Estados Unidos pretende modificar estos principios fundamentales para que se patenten productos o procesos que no los cumplan, como los medicamentos, protegidos o no, pero para los que se descubra un uso diferente al original. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha afirmado que Colombia no aceptará este punto por ningún motivo; además, no está incluido en la propuesta que los negociadores andinos entregaron a Estados Unidos en la octava ronda de negociaciones"[230].

No obstante la anunciada "oposición" del Gobierno colombiano, las aspiraciones de los EE.UU. en cuanto al fortalecimiento de las normas sobre duración y alcance de las patentes, quedaron plasmadas casi al pie de la letra en el TLC.

Conforme a lo anterior, a continuación se hace referencia a dos tipos de disposiciones que resultan regresivas a la luz de lo establecido en el acuerdo comercial. Se trata de las normas incluidas en el TLC relativas a la duración de las patentes (ampliada por efecto de la compensación por retrasos en las oficinas de registro o en la aprobación de la comercialización) y al alcance de las mismas (extendido a la protección por segundos usos o procedimientos).

a) Duración de las patentes

En el TLC se estableció que cada parte debe compensar al titular de una patente por retrasos irrazonables que se presenten en la expedición de la misma. De esta manera, la patente de un medicamento, que retrasa por espacio de 20 años la entrada al mercado de otros medicamentos que compitan por principio activo (genéricos), sería ampliada por un período de entre 3 y 5 años en caso de presentarse demoras administrativas en el trámite del registro en Colombia. Adicionalmente, en el caso de los medicamentos también se dispone la compensación por los retrasos correspondientes a la aprobación de la comercialización:

[230] Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia, *Las barreras al comercio de bienes y servicios de Bogotá, una visión desde las negociaciones del TLC*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006, pág. 105.

"Cada parte dispondrá los medios para y deberá, a solicitud del titular de la patente, compensar por retrasos irrazonables en la expedición de la patente, restaurando el término de la patente o los derechos de la patente. Cualquier restauración deberá conferir todos los derechos exclusivos de una patente sujetos a las mismas limitaciones y excepciones aplicables a la patente original. A efectos de este subpárrafo, un retraso irrazonable deberá incluir al menos un retraso en la expedición de la patente de más de cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la Parte, o tres años contados a partir de la fecha en que se haya hecho la solicitud del examen de la patente, cualquiera que sea posterior, siempre que los períodos atribuibles a acciones del solicitante de la patente no se incluyan en la determinación de dichos retrasos.

Con respecto a cualquier producto farmacéutico que este cubierto por una patente, cada Parte deberá hacer disponible una restauración del plazo de la patente o los derechos de la patente, para compensar al titular de la patente por cualquier reducción irrazonable del plazo efectivo de la patente como resultado del proceso de aprobación de comercialización, relacionado con la primera comercialización del producto en dicha Parte. Cualquier restauración deberá conferir todos los derechos exclusivos de una patente sujetos a las mismas limitaciones y excepciones aplicables a la patente original"[231].

Con estas disposiciones del TLC se extiende entonces la vigencia de la patente, pues a los 20 años iniciales habría que sumar el tiempo de compensación por los retrasos que eventualmente se presentaren en la oficina de registro o en la aprobación de la comercialización de un medicamento. Con la extensión de las patentes resulta ganador el sector farmacéutico norteamericano, en cuyo beneficio fueron aprobadas estas disposiciones en el marco del acuerdo comercial, pero se restringe el acceso de las personas de más bajos ingresos en Colombia a los medicamentos como consecuencia del aumento en los precios que supone la protección de la propiedad intelectual, tal como se verá más adelante.

[231] Artículo 16.9, Ley 1143 "*Por medio de la cual se aprueba el 'Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América', sus 'Cartas Adjuntas' y sus 'Entendimientos', suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006*".

b) Alcance de las patentes: protección a productos, segundos usos o procedimientos

Con el TLC y a petición de EE.UU. se admite la protección mediante las patentes de productos, segundos usos y procesos, lo cual puede llevar a que un mismo medicamento pueda ser protegido a través de varias patentes: "una por cada componente de la entidad química, una por cada uso o indicación, y patentes para diversos procesos si la droga se produce de diferentes formas"[232]. En efecto, al respecto se dispuso lo siguiente dentro del acuerdo comercial:

> *"Cada Parte permitirá la obtención de patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este Artículo, una Parte podrá considerar las expresiones 'actividad inventiva' y 'susceptible de aplicación industrial' como sinónimos de las expresiones 'no evidentes' y 'útiles' respectivamente"*[233].

En cuanto a la protección de segundos usos el artículo 16.10.3 a) del TLC, al establecer la obligación de las partes de implementar medidas para impedir que terceros comercialicen un producto protegido mediante una patente, extiende esta protección a los "método de uso", lo cual abre la puerta a que se patenten segundos usos o nuevas aplicaciones de productos ya conocidos.

Lo anterior implica que la protección que se ofrece a un medicamento mediante la patente de 20 años, habría que sumar la protección a segundo usos o a procedimientos, lo que deviene en una extensión de la patente original y una ampliación del período de tiempo que impide la entrada al mercado de medicamentos competidores genéricos. Se trata de una

[232] Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), "No hay derecho… a la salud en el TLC, la salud en coma en el TLC", febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.
[233] Artículo 16.9, Ley 1143 "*Por medio de la cual se aprueba el 'Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América', sus 'Cartas Adjuntas' y sus 'Entendimientos', suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006*".

suerte de “repatentamiento” de un producto farmacéutico conocido ampliamente en el mercado.

2.2. Regresividad de resultados

En materia de resultados, las medidas incorporadas en el TLC suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU. suponen una grave afectación en términos de salud pública, de acceso a los medicamentos por parte de los ciudadanos(as) y de sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud. En efecto, el aumento en los precios de los medicamentos que supone el fortalecimiento de los estándares de protección de la propiedad intelectual con ocasión del TLC, implica un aumento del gasto público en salud.

Este aumento del gasto público en salud y el detrimento fiscal que supone, conlleva un traslado de recursos hacia las empresas norteamericanas del sector farmacéutico. Según los estimativos de estas empresas la incorporación de los estándares ADPIC *plus* (incorporados finalmente en el TLC) suponen una ganancia cercana a los 750 millones de dólares. En 2003, la industria farmacéutica estadounidense elaboró un informe en el que concluye que estaría dejando de ganar cerca de 750 millones de dólares anuales por no haber sido aprobados aún los estándares ADPIC *plus* en Colombia. En otras palabras, según estimativos de tal industria para 2003 la entrada en vigencia de un régimen de protección de la propiedad intelectual en materia de medicamentos superior al del ADPIC, suponía un aumento de sus utilidades por 750 millones de dólares[234]. Esta ganancia sería obtenida por las farmacéuticas norteamericanas por efecto de la restricción de la competencia que implica la protección de las patentes, el retraso del ingreso de productos genéricos al mercado y el aumento de los precios de los medicamentos que esas empresas producen.

Con el fin de hacer una valoración compartida por todo el sector farmacéutico del impacto económico del reforzamiento de la protección de la propiedad intelectual contenido en el TLC con EE.UU., en el primer semestre de 2004 se inició el proceso de contratación de un estudio con una firma independiente (ECONOMETRÍA). En este proceso se

[234] Misión salud, “La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública”, Bogotá, 2004, pág. 75.

comprometieron inicialmente los ministerios de Comercio Exterior y de Protección Social, así como los tres principales gremios farmacéuticos (ASINFAR, la Cámara Farmacéutica de la ANDI y AFIDRO, ésta última agrupando las empresas multinacionales con producción en Colombia). Luego de haber sido definidos los términos de referencia, la metodología y las fuentes de información, AFIDRO decidió marginarse del estudio, impidiendo que existiera una visión concertada del sector frente al TLC, así como una investigación independiente avalada por las empresas farmacéuticas tanto nacionales como multinacionales[235].

Ahora bien, lo más dramático del impacto que tendría el TLC en el precio de los medicamentos en Colombia es que éste afectaría de forma más severa a las personas de escasos recursos, pues como lo han señalado la OPS e IFARMA la participación de los medicamentos dentro de los gastos en salud de la población colombiana varía de forma significativa de acuerdo a la situación socioeconómica:

> *"En Colombia (...) mientras el estrato 6, por ejemplo, consume en promedio $61.449, equivalentes al 18.20% de sus gastos en salud, el estrato 1 consume solamente $14.231, pero esta suma representa más de la tercera parte de sus gastos en salud"*[236].

Conforme a lo anterior, el fortalecimiento de los estándares de protección de la propiedad intelectual resultante del TLC y el consecuente aumento en los precios de los medicamentos, tendrá un impacto más grave tratándose de la población pobre:

> *"Incorporar medidas de protección de la propiedad intelectual en un eventual TLC como el aumento en el espectro de patentabilidad, tendrá un impacto en el gasto de bolsillo de los hogares, mucho más pronunciado en los estratos más pobres. Mientras los hogares del estrato 1 deberán incrementar el porcentaje de*

[235] En 1999 un estudio de Fedesarrollo pronosticaba que con el reforzamiento de uno sólo de los estándares ADPIC plus (protección de datos) supondría un aumento del gasto en salud (ya sea institucional o gasto de las familias) cercano a 777 millones de dólares anuales. Misión salud, "La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública", Bogotá, 2004, pág. 76.

[236] El equivalente a U$33 y U$7,5, respectivamente. Misión salud, "La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública", Bogotá, 2004, pág. 70.

sus ingresos para mantener su actual nivel de consumo hasta el 22.28% del total, para el estrato 6 el incremento llegaría al 4,67%"[237].

De esta manera, teniendo en cuenta que el sistema de salud colombiano ofrece apenas coberturas parciales en relación con ciertos medicamentos, es posible anticipar que buena parte del aumento de los precios de los medicamentos resultante del TLC será asumido con cargo al gasto privado de los pacientes y sus familias, con un impacto más severo en el caso de las personas de más bajos ingresos. Lo anterior supondrá necesariamente la desprotección en materia de salud para un amplio número de pacientes, quienes sencillamente no tendrán los medios para adquirir los medicamentos que requieren, dada su baja capacidad de pago.

Por último, aunque en este capítulo se hará referencia al impacto de las medidas de propiedad intelectual en el sistema de salud colombiano y en el acceso de las personas a los medicamentos, conviene señalar que este tipo de normas tiene también otro efecto grave en términos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: se trata del impacto que tendrá el fortalecimiento de las normas de propiedad intelectual en la industria farmacéutica nacional y como éste se reflejará en una drástica disminución de los empleos que se generan en este sector, así como en el desestimulo a la generación de capacidades en materia de investigación, ciencia y tecnología.

Al respecto, una investigación del CID de la Universidad Nacional (realizada con el auspicio de la Alcaldía Mayor de Bogotá) advierte que ante la entrada en vigencia del TLC con EE.UU., el empleo generado por el sector farmacéutico en el Distrito Capital se reduciría entre un 17% y 29% en 2015 y entre 22% y el 87% para 2040. Así mismo, la investigación anticipa que los empleos perdidos en este sector para el caso de Bogotá, no serían reemplazados por nuevos puestos de trabajo generados por inversiones de multinacionales farmacéuticas en el país (como lo afirma el Gobierno nacional), pues es de esperar que éstas prefieran ubicar sus centros de producción en países con mayor desarrollo

[237] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, *Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, noviembre de 2004, pág. 8.

tecnológico (o con costos de producción más bajos) y de allí exportar a los países de desarrollo medio[238]. Al respecto conviene recordar que Colombia no exige, como sí lo hacen otros países de la región, que los medicamentos protegidos mediante patentes sean producidos localmente[239].

Al impacto sobre el empleo dentro del sector farmacéutico nacional, se suma la pérdida de capacidades en materia de investigación, ciencia y desarrollo tecnológico. En este sentido, el mismo estudio del CID señalaba que de ser acogidas las condiciones de negociación de EE.UU. en materia de propiedad intelectual (como en efecto sucedió) se terminaría adoptando un marco regulatorio que golpearía a la industria farmacéutica nacional, que ha servido hasta el momento como plataforma para la formación de los profesionales y científicos colombianos[240].

De esta manera, las normas incluidas en el TLC suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU. en cuanto a la protección de la propiedad intelectual en el campo de los medicamentos, afectarían los niveles de empleo en el sector farmacéutico nacional, así como el desarrollo del país en materia de ciencia y tecnología. Así mismo, como ya se anotó, tales normas implicarían el menoscabo de las condiciones para el disfrute del derecho a la salud de la población colombiana y pondrían en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud. En este sentido, a continuación se

---

[238] Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, impactos en el sector salud del Distrito Capital*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006, pág. 70.

[239] "(…) cuando entró en vigencia el régimen de patentes de la CAN (1994) en Colombia había 32 plantas operando a plena capacidad. Hoy quedan sólo 7, todas ellas operando parcialmente. Las demás se han ido como resultado de la globalización, sumada al hecho de que aquí no exigimos, como sí lo hacen otros países, que los medicamentos protegidos por patentes se produzcan localmente. En Perú, en los últimos diez años cerraros 15 plantas y quedan únicamente 2. En Venezuela cerraron 21 y quedan 4. En Chile cerraron todas". Misión salud, "La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública", Bogotá, 2004, pág. 78.

[240] Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, impactos en el sector salud del Distrito Capital*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006, pág. 89. Algo semejante hay que decir sobre la oferta exportable de servicios de salud de Colombia hacia EE.UU. Aunque el país ha desarrollado ventajas competitivas en especialidades con alta tecnología y bajos costos (oftalmología, intervenciones cardiovasculares, odontología y cirugías plásticas, entre otras), las IPS nacionales son escépticas frente a las posibilidades de vender servicios de salud desde Colombia hacia el país del norte. Por el contrario, el Estudio del CID de la Universidad Nacional anticipa que el TLC implicará el ingreso al mercado colombiano de EPS e IPS norteamericanas, con amplía capacidad tecnológica y financiera. De otro lado, en cuanto a la migración de capital humano hacía EE.UU., el Gobierno norteamericano fue reticente a facilitar el traslado de profesionales de la salud colombianos a su territorio, negándose a eliminar (o flexibilizar) barreras como la visa y las condiciones para homologar los estudios realizados en Colombia ante las autoridades estadounidenses, tal como sí fue incluido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, impactos en el sector salud del Distrito Capital*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006, págs. 111-114. Al respecto, en el acuerdo tan sólo se alcanzó la conformación de un grupo de trabajo de servicios profesionales para la definición de posibles lineamientos en materia de reconocimiento mutuo y desarrollo de estándares para licenciamiento.

precisa el impacto, estimado en términos de acceso a medicamentos y salud pública, de las medidas incluidas en el TLC en cuanto a protección de datos de prueba, marcas y patentes.

2.2.1. Datos de prueba

En términos de protección de los datos de prueba, la OPS e IFARMA estimaron de la siguiente manera el impacto de la posible entrada en vigencia del TLC, en el que se incorporaron los estándares previstos en el decreto 2085 de 2002 para la protección de la propiedad intelectual en beneficio de las empresas norteamericanas del sector farmacéutico:

> *"Para el año 2010 la cifra [el incremento del gasto público necesario para atender el aumento en los precios de los medicamentos] asciende a más de 420 millones de dólares y en el 2020 a 630 millones de dólares. De no efectuarse este gasto extra, el consumo podría reducirse hasta en un 26% a partir del 2010. La industria nacional podría ver afectada su participación hasta en un 50% a partir del 2020. En el caso del régimen contributivo, esta medida implica un gasto de aproximadamente 100 millones de dólares para el 2020, equivalente al gasto en medicamentos para 3,5 millones de usuarios del sistema. Para el régimen subsidiado implica un gasto de mas de 18 millones de dólares el mismo año, equivalente al gasto en medicamentos de mas de 1 millón de personas de este régimen"*[241].

Conforme a los mismos estimativos de la OPS e IFARMA esta situación afectaría de forma más aguda a los portadores del VIH-SIDA, en cuyo caso la protección de los datos de prueba supone una restricción en el acceso de los medicamentos antiretrovirales, necesarias para la atención de esta afección:

[241] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, IFARMA, *Impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos*, Bogotá, noviembre de 2005, disponible en www.recalca.org.co. Según estimativos de la Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA "como resultado de esta medida [el endurecimiento del estándar de protección de datos de prueba], los precios de los medicamentos se incrementarán en 30% para el año 2020, por lo que el gasto en salud será superior en 674 millones de dólares anuales para ese mismo año. La consecuencia será la pérdida de acceso a la salud para más de cuatro millones de colombianos". Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), "No hay derecho … a la salud en el TLC , la salud en coma en el TLC", febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.

"El análisis para el VIH muestra que la protección a los datos de prueba implican una reducción del consumo del 26% a partir del 2010 y un gasto necesario para suplir esta reducción de 7 millones de dólares en el 2020. Este gasto es equivalente al costo del tratamiento con medicamentos antiretrovirales ARV de aproximadamente 3000 pacientes"[242].

2.2.2. Marcas

En materia de marcas las restricciones al uso de la denominación común internacional que se derivarían de la entrada en vigencia del TLC, implicarían un grave impacto en términos de acceso a los medicamentos por parte de la población, en particular de grupos vulnerables y de las personas de más bajos ingresos:

"La restricción al uso de la denominación común internacional es crítica especialmente por su impacto sobre el sistema de salud. En el régimen contributivo el índice de precios se incrementará hasta en un 20% a partir del 2020. El gasto necesario para mantener igual el nivel de consumo se estima en 79,3 millones de dólares el mismo año, equivalente al gasto total en salud de 451.000 usuarios del sistema y al gasto en medicamentos de 2.820.000 personas. En el régimen subsidiado el incremento del gasto necesario en este escenario será de 61.5 millones de dólares en el 2020, equivalente a 614.000 subsidios totales este ultimo año"[243].

2.2.3. Patentes

[242] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, IFARMA, *Impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos*, Bogotá, noviembre de 2005, disponible en www.recalca.org.co.

[243] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, IFARMA, *Impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos*, Bogotá, noviembre de 2005, disponible en www.recalca.org.co. Por su parte, RECALCA estima en 166 millones de dólares el aumento en el gasto en medicamentos para el año 2020 como consecuencia de las normas incluidas en el TLC que restringen el uso de la denominación común internacional. Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), "No hay derecho … a la salud en el TLC , la salud en coma en el TLC", febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.

En materia de patentes, las normas incorporadas en el TLC acerca de la protección a segundos usos o procedimientos también implicarían un grave detrimento de los recursos del sistema de salud, con un incremento del gasto público en salud, que en caso de no ser asumido con cargo a los recursos del Estado podría suponer la desprotección de un amplio número de pacientes:

> *"La incorporación de patentes de uso hace que el índice de precios llegue a 1,23. El consumo inicia con una reducción del 4% y llega al 23% desde el 2030 en adelante. La reducción de la producción de la industria nacional alcanza el 43%. Si se desea mantener el consumo estable, el gasto debe incrementarse en 486 millones el año 2020. En el caso del régimen contributivo, esta medida implica un gasto de mas de 76 millones de dólares para el 2020, equivalente al gasto en medicamentos para 2.7 millones de usuarios del sistema. Para el régimen subsidiado, implica un gasto cercano a los 14 millones de dólares el mismo año, equivalente al gasto en medicamentos de aproximadamente 900.000 personas"* [244].

De otro lado, la extensión de las patentes por efecto de la norma incluida en el TLC acerca de la compensación de las demoras en el registro de los nuevos productos, también supone un aumento del gasto en salud y/o la afectación de un amplio grupo de personas que no podrían acceder a los medicamentos. Así lo ha advertido la OPS e IFARMA:

> *"Incorporar la prolongación de las patentes en un eventual TLC tendrá un impacto económico y sanitario significativo, perceptible a partir del año 2025. En el mercado farmacéutico, este impacto se ha estimado en la suma de US $ 400 millones que corresponden al 13% del valor del mercado. El impacto sanitario*

[244] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, IFARMA, *Impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos*, Bogotá, noviembre de 2005, disponible en www.recalca.org.co.

muestra que cerca de 2.5 millones de personas (el 4,13% del total) no tendrían acceso a medicamentos"[245].

2. Análisis de las razones invocadas para su aprobación

Una vez presentada la regresividad de las normas sobre propiedad intelectual en el campo de los medicamentos, incorporadas en el TLC suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU., es necesario ahora dar cuenta de las razones con las que en su momento se justificó la aprobación del acuerdo comercial en el Congreso de la República.

2.1. Razones presentadas en el trámite de la ley 1143 de 2007

Al respecto, conviene comenzar con un asunto que la ponencia conjunta (de la coalición de gobierno) a los proyectos de ley radicados en el Congreso colombiano para la aprobación del acuerdo comercial, puso de presente: ¿fija la Constitución colombiana un modelo económico preciso?:

> "Entonces haremos referencia a si la Constitución de 1991 establece un modelo económico preciso, y si entonces el equipo económico del gobierno está limitado por las normas constitucionales que consagran derechos afectados por las políticas económicas"[246].

La respuesta a la que llega la ponencia, con razón, es que no, pues en general la denominada "constitución económica" es abierta, como abierta es, al respecto, la doctrina del CDESC. En efecto, tanto la Constitución Política de 1991 como los estándares internacionales en materia de DESC admiten que la garantía de los derechos sociales puede alcanzarse a través de muy diversos cursos de acción posibles y a través de modelos

[245] Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, *Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, noviembre de 2004.

[246] Ponencia conjunta para primer debate al proyecto de ley 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006 (ponencia firmada por los ponentes miembros de la bancada de gobierno con asiento en el Senado y en la Cámara de Representantes), Gaceta del Congreso de la República n.º 402 de 2007, disponible en www.secretariasenado.gov.co.

económicos alternativos, cuya elección corresponde a los cuerpos políticos y a la sociedad en general a través del más amplio proceso de deliberación pública.

Ahora bien, luego de señalar que los estándares constitucionales e internacionales en materia de derechos sociales son abiertos, la ponencia para primer debate en el Congreso colombiano concluye que el examen constitucional (razonabilidad) de las normas incluidas en el TLC debe ser *leve,* para lo cual basta con determinar si la medida persigue un objetivo constitucionalmente admisible y si el medio elegido para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito.

Con estos argumentos fueron obviadas en el Congreso las críticas que existían desde la sociedad civil acerca del desconocimiento de la Constitución Política y de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, por parte de las disposiciones incluidas en el TLC.

Dada entonces la "amplia" libertad de decisión en materia económica que menciona la ponencia mayoritaria a los proyectos de ley, el Congreso ofreció las siguientes razones para justificar la aprobación del acuerdo de promoción comercial suscrito con los EE.UU.:

- El desarrollo de la cooperación internacional en materia de comercio exterior;
- El aumento de la inversión extranjera directa en Colombia;
- La promoción del mejoramiento de las condiciones de vida de la población colombiana;
- El respeto de los principios de reciprocidad, equidad y conveniencia nacional en el acuerdo comercial suscrito entre las dos naciones;
- El aumento de la competitividad de la economía colombiana y la diversificación de los mercados para los productos y servicios nacionales;
- El fortalecimiento de las relaciones comerciales con el "principal socio comercial de Colombia", teniendo en cuenta que en un contexto global de tratados bilaterales es

> "necesario garantizar el mercado estadounidense para los productos colombianos"[247].

Detrás de todas estas razones está una matriz general de pensamiento que insiste en señalar que la "liberalización del comercio internacional de bienes y servicios, complementadas con otras políticas, generan un círculo virtuoso de desarrollo, pues los mayores flujos del comercio repercuten en el crecimiento económico, el aumento de los niveles de empleo y de bienestar de la población, y la reducción de la pobreza"[248].

En materia de medicamentos en particular, la ponencia conjunta para primer debate en el Congreso de la República, parte de reconocer el papel central que cumplen las medicinas genéricas en la garantía del derecho a la salud en Colombia y reconoce que la protección de la propiedad intelectual supone un incremento significativo en el precio de los medicamentos:

> *"En cuanto a los genéricos, entendemos que estos cumplen un trascendental rol en la garantía del acceso real a las medicinas y se ha demostrado que la mejor manera para bajar efectivamente los precios y mejorar el acceso es la estimulación de la oferta de medicamentos genéricos (de marca nacional y con denominación genérica), los cuales pueden comercializarse al finalizar una patente y provocan un descenso en el precio del fármaco entre 22 y 80%, dependiendo del número de competidores que entran al mercado. En Colombia los genéricos cuestan apenas la cuarta parte que los medicamentos de marca internacional, en promedio, y en casos puntuales hasta 35 veces menos"* [249].

Dicho lo anterior, la ponencia conjunta se propone responder a las preocupaciones de la OPS y de la sociedad civil en materia de acceso a los medicamentos y salud pública, señalando al respecto que es suficiente garantía la "ayuda memoria" que resultó de la reunión entre el Gobierno colombiano y la Oficina del Representante comercial de los

[247] Ibíd.
[248] Ibíd.
[249] Ibíd.

EE.UU. del 16 de febrero de 2006, ayuda memoria que, como se advirtió previamente, sólo fue firmada por el Presidente Uribe y sus ministros, pero no por las contrapartes norteamericanas asistentes al encuentro:

> *"Consideramos que las aclaraciones por parte del gobierno, anteriormente expuestas, entiéndase la "ayuda de Memoria" y la respuesta al señor Cardenal, permiten avalar la interpretación oficial dada al tema, brindando así garantías a los colombianos en el tema de salud, donde se entiende que esta no se verá afectada por el Tratado, y desestimando los argumentos en cuanto al acceso a medicamentos, los ponentes damos un voto positivo a este proyecto de ley"* [250].

Por último, conviene hacer referencia a una razón que parece estar implícita en los proyectos de ley 178 de 2006 Senado y 200 de 2007 Cámara, presentados por el Gobierno nacional para la aprobación del acuerdo y en la ponencia conjunta para primer debate rendida por la coalición oficialista. Se trata de una idea que es frecuentemente presentada en defensa del texto final del acuerdo comercial y en ocasiones se utiliza para pretender justificar la renuncia de la comisión negociadora colombiana a su propuesta en materia de propiedad intelectual: el TLC fue el resultado de una "negociación", en la que Colombia cedió en algunos aspectos con el fin de alcanzar ciertos objetivos estratégicos para los intereses nacionales en otras áreas.

> *"Recientemente la firma privada Araújo Ibarra & Asociados realizó una evaluación de las matrices de intereses en relación con lo que finalmente quedó en la negociación. Según esta evaluación, se alcanzó plenamente el 86% de los objetivos propuestos, el 9% se obtuvo parcialmente y no se logró el 5% de ellos. Este último aspecto lo explicó Jorge Ramírez Ocampo en los siguientes términos: 'La evaluación que presentamos hoy concluye que sólo el 5% de estos objetivos no se logró. Sin embargo, en ninguno de esos casos se sacrificaron intereses vitales del país. Más aún, en algunos de los objetivos no logrados se reflejaban posiciones contrarias a las de Estados Unidos; que no eran prioritarias para*

[250] Ibíd.

Colombia, pero fueron defendidas arduamente como estrategia de negociación y se entregaron para lograr otras metas que sí eran fundamentales'"[251].

En síntesis, conforme a esta última línea de argumentación Colombia habría tenido que ceder en algunos aspectos a las pretensiones del Gobierno norteamericano, sin sacrificar ningún punto de importancia "vital" ni "prioritaria" para los intereses nacionales.

2.2. Examen de la Corte Constitucional

En el proceso de constitucionalidad ante la Corte Constitucional del TLC Colombia y EE.UU., varias organizaciones se pronunciaron advirtiendo la regresividad de las normas contenidas en el capítulo 16 del mismo, referido a la protección de la propiedad intelectual: la Red Colombiana de Acción frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), el Centro de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR), Misión Salud, IFARMA, Acción Internacional por la Salud (AIS) y la Comisión Colombiana de Juristas, entre otras.

En esa oportunidad, la Comisión Colombiana de Juristas se refirió en su intervención ante la Corte a la inconstitucionalidad (y vale decir, regresividad) de las normas del TLC relativas a la extensión de las patentes, restricción al uso del nombre genérico, patentes de usos de medicamentos y desarrollos triviales de moléculas conocidas y protección de datos de prueba. En relación con el capítulo 16 del TLC, la intervención de la Comisión concluye diciendo:

"El TLC incorpora una serie de cláusulas relativas a la protección de la propiedad intelectual de productos farmacéuticos mediante patentes y exclusividad para los datos de prueba, que son inconstitucionales en tanto constituyen medidas desproporcionadas para la salvaguarda de dicho derecho. En efecto, se trata de disposiciones en algunos casos inadecuadas y en otros innecesarias, para garantizar los derechos morales y materiales de los titulares

[251] Ibíd.

de las patentes o de los autores de la información, por dos razones: protegen innovaciones inocuas que no constituyen verdaderos aportes al conocimiento y al estado de la ciencia, o establecen protecciones "longevas" a aquellos aportes que habiendo sido contribuciones efectivas al conocimiento y al desarrollo han gozado por un tiempo razonable de la garantía de exclusividad económica y en esa medida están en mora de ser parte del dominio público.

Se trata de disposiciones inconstitucionales fundamentalmente, porque a pesar de las observaciones antes hechas, conducen a limitar la efectividad de derechos humanos como el derecho a la salud, en concreto el derecho al acceso a medicamentos, que es uno de los elementos clave para efectivizar el derecho de toda persona a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental. Esta restricción desproporcionada se deriva de que, al conceder unas condiciones tan preferenciales al derecho a la propiedad intelectual, se retrasa el ingreso de medicamentos genéricos al mercado nacional, prolongando el monopolio de los medicamentos de marca, que por sus altos costos son inaccesibles para buena parte de la población colombiana, en particular de las poblaciones vulnerables, que por mandato constitucional deben gozar de especial protección, pero también para las mismas instituciones que hacen parte del sistema de salud, en tanto ellas también deberán adquirir los medicamentos de un único proveedor, con las implicaciones que en materia de precio tiene la ausencia de competencia"[252].

En un sentido semejante se pronunció el Ministerio Público, solicitando a la Corte la inexequibilidad del capítulo 16 del TLC:

"Toda la regulación está dirigida a proteger el interés económico individual sin contemplar nada a cambio en relación con el acceso a la propiedad intelectual para toda la población (…) Los impactos de dichas medidas se aprecian a partir de la

[252] Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del *"Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América"* y su ley aprobatoria n.º 1143 de 2007.

asimetría real de Colombia frente a los Estados Unidos en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, que convierte a Colombia en un policía administrativo de los derechos de los propietarios norteamericanos, atendiendo la dependencia de nuestro país en cuanto al consumo de conocimiento en todas sus manifestaciones (teóricos y aplicados). En cambio, para el Estado colombiano el beneficio de lo pactado es muy poco debido a su limitada capacidad en este campo. Lo estipulado retrasa las posibilidades de desarrollo de Colombia por cuanto el conocimiento dura como propiedad particular mucho tiempo"[253].

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad general del acuerdo comercial mediante sentencia C-750 de 2008 y posteriormente hizo lo propio en relación con el texto del protocolo modificatorio del acuerdo comercial en la sentencia C-751 del mismo año.

Si bien la Corte encontró fundadas razones generales para declarar la constitucionalidad del TLC y de su protocolo modificatorio, admitió lo siguiente:

"Para la Corte, si bien los derechos de propiedad intelectual deben protegerse, éstos no deben ser interpretados, desarrollados o aplicados de forma tal que impliquen una afectación del derecho de los colombianos a la salud. Es por ello, que la exclusividad que tales derechos otorga, no se puede constituir en una barrera para el acceso de los colombianos a los medicamentos. Colombia, deberá armonizar los derechos a la propiedad intelectual, y en especial los que se derivan de las patentes, con las políticas de salud pública dado que el Estado se encuentra en el deber de garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes del territorio y el acceso a los medicamentos en condiciones de igualdad en el marco de la propiedad intelectual"[254].

De esta manera, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la ley por la cual se aprobó el acuerdo de promoción comercial en su conjunto, pero parece entrever la

[253] Corte Constitucional, sentencia C-750 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
[254] Corte Constitucional, sentencia C-750 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

posibilidad de que en su desarrollo y ante aspectos puntuales, algunas disposiciones que resultaren de la ejecución del tratado podrían ser examinadas por el tribunal constitucional, si de ellas se deriva la vulneración de derechos de carácter fundamental de los colombianos. Así parece advertirlo en sus conclusiones finales:

> *"El Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas, sus entendimientos, y anexos, no vulnera la soberanía nacional por cuanto, al tener plena vigencia la Constitución Nacional, todos los órganos del Estado conservan sus competencias, y en especial los jueces de la República, para proteger y garantizar los derechos constitucionales de todas las personas. Además, la Corte Constitucional mantiene su competencia para controlar las medidas que adopte en Legislador para desarrollar el presente Acuerdo de promoción comercial, y para ejercer el control de constitucionalidad previo de cualquier modificación que se le haga al presente Acuerdo, de conformidad con la Constitución (…)*
>
> *La Corte observa que de conformidad con las consideraciones expuestas en cada uno de los Capítulos del Acuerdo el desarrollo y aplicación del mismo puede tener implicaciones sobre los derechos fundamentales cuya protección debe realizarse a través de las acciones constitucionales, legales y administrativas establecidas internamente como mecanismos judiciales de protección de los citados derechos[255]".*

2.3. Validez de las razones invocadas por el Estado

Si bien es cierto que la Constitución económica colombiana y la doctrina del CDESC son abiertas en cuanto conceden a los Estados la libre elección de modelos económicos, no son en absoluto *neutras*[256]. Como la propia ponencia en el Congreso lo admite, el ordenamiento

[255] Corte Constitucional, sentencia C-750 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[256] Respecto de las normas de la Constitución Política, Uprimny y Rodriguez señalan: "En efecto, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías democráticas pueden optar por muy diversas políticas económicas y sociales (lo que muestra que la Constitución de 1991 es abierta), no es 'un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben […] respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos' (Sentencia C–040 de 1993)". Rodrigo Uprimny Yepes y Cesar Rodriguez Garavito, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la

constitucional es abierto siempre que se respeten ciertos "límites valorativos". El problema de la ponencia conjunta en el Congreso radica en que se admite la existencia de tales límites pero no se precisan y mucho menos se incorporan en el análisis. Vale decir, al Congreso colombiano le bastó con decir que la constitución económica es abierta y admitir que esa libertad de configuración en materia económica tiene límites, pero no lo hizo explícitos y no los tuvo en cuenta en la discusión y aprobación del tratado.

> *"Pero aunque la Constitución de 1991 es abierta, no es neutra y tiene fuerza normativa. De ahí que imponga límites a la política económica, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional.*
>
> *Según lo anterior, podemos afirmar que la Constitución de 1991 no obliga a un modelo económico preciso, por cuanto nuestra Constitución es abierta y no institucionaliza un modelo económico rígido.*
>
> *Ahora bien, con relación a las restricciones para el órgano legislativo frente a la aprobación o no de proyectos de ley relacionados con materias económicas, la Constitución le otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas sentencias"*[257].

Pues bien, unos de estos "límites valorativos" que restringen la libertad de configuración legislativa en materia económica y la dirección de la economía, es sin duda el conjunto de

---

gratuidad de la educación primaria", En *Los derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas*, VV.AA, DeJusticia – IDEP, 2007, pág. 29. Algo similar ocurre con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque reconoce la libertad de elección en materia económica que tienen los Estados, el Comité de DESC ha advertido que tiene competencia para valorar la "propiedad" de las medidas que se adopten: *"Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la 'propiedad' de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más 'apropiadas' a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas".* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General n.º 3. 1990. La índole de las obligaciones estatales. Párr. 4.

[257] Ponencia conjunta para primer debate al proyecto de ley 178 de 2006 Senado, 200 de 2007 Cámara por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006 (ponencia firmada por los ponentes miembros de la bancada de gobierno con asiento en el Senado y en la Cámara de Representantes), Gaceta del Congreso de la República n.º 402 de 2007, disponible en www.secretariasenado.gov.co.

obligaciones de carácter inmediato que le competen al Estado colombiano en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos sociales, entre ellas la obligación de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas.

En efecto, como lo ha sostenido el CDESC, las obligaciones estatales inmediatas constituyen principios que deben ser atendidos sin dilaciones y no están sujetos a consideración alguna, ni siquiera relacionada con el nivel de los recursos disponibles o con situaciones de escasez. Así por ejemplo, el Congreso colombiano no podría excusar una norma que atente contra la obligación inmediata de asegurar el disfrute de los derechos sociales sin discriminaciones, con base en la libertad de configuración que tiene el Estado colombiano en materia económica o en limitaciones presupuestales. Algo semejante ocurre en materia de regresividad, pues no le está permitido al Estado colombiano justificar una medida de retroceso con señalar que la Constitución Política o los estándares internacionales de derechos sociales no prescriben un modelo económico preciso, y que en consecuencia pueden adoptarse libremente y sin restricción alguna, medidas deliberadamente regresivas, tal como pretende defenderse el TLC con los EE.UU.[258].

De otro lado, es cierto (como lo sostiene el Congreso de la República en la ponencia mencionada) que las normas con contenido económico deben ser sometidas a un examen *leve* de constitucionalidad, como se desprende de la jurisprudencia constitucional. No obstante, tratándose de normas económicas regresivas como acá se ha demostrado y ante la posibilidad de resultar afectadas garantías y derechos constitucionales, el estándar del examen sin duda cambia. Esa es la tesis que se sostiene en este trabajo conforme a la doctrina del CDESC y acogida por la Corte Constitucional colombiana. En efecto, ante la posibilidad de resultar vulneradas garantías fundamentales el examen de razonabilidad deviene *estricto*, pues no sólo supone determinar si el propósito de las medidas adoptadas es admisible sino además si resulta necesario, y también exige verificar que el medio escogido no sólo es potencialmente adecuado, sino estrictamente imperioso.

[258] Conviene recordar que las obligaciones básicas inmediatas que ha precisado en Comité de DESC son: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales; vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto; no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990.

A continuación se propone entonces un breve análisis de las razones ofrecidas por los cuerpos políticos (ejecutivo y legislativo) que intervinieron en Colombia en la aprobación del TLC con los EE.UU., a la luz de los estándares definidos por el CDESC, acerca del examen de las medidas de retroceso. En otras palabras, dado que el TLC supone una modificación significativa del ordenamiento jurídico colombiano se hace necesario un análisis de las normas que incorpora en materia de propiedad intelectual con base en el estándar de validez (regla de reconocimiento) que ha sido utilizado en este trabajo: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, conforme a su definición, contenido y alcances en la doctrina del CDESC y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana[259].

Como se señaló en la primera parte de este trabajo, el CDESC ha advertido que las medidas regresivas constituyen *prima facie* una violación de los compromisos asumidos por un Estado con la ratificación del PIDESC. Bajo este supuesto, el Comité ha advertido que las medidas regresivas sólo resultarían admisibles cuando se hubieren implementado a través de una ley formal; con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática; bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles (siendo la elegida la menos lesiva para los derechos involucrados); justificándose por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC; y, enmarcándose dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.

En el caso del TLC Colombia - EE.UU es necesario preguntarse entonces si las razones que han sido presentadas a la opinión pública y que sirvieron al legislativo para su aprobación

[259] Más allá de la discusión estrictamente económica acerca de las ventajas o desventajas comerciales de suscribir el TLC con EE.UU. Discusión en la que no todos los análisis comparten el optimismo del Gobierno nacional: "Vale la pena revisar las cifras para evaluar en su justa dimensión este objetivo de la negociación [la extensión de las preferencias arancelarias del ATPDEA]. De los 3.670 millones de dólares que Estados Unidos importó de Colombia, 2.000 millones de dólares entraron con 0% de arancel por NMF (su acceso libre a los Estados Unidos está consolidado). De los 1.670 millones de dólares restantes que utilizaron el ATPA o ATPDEA, tres productos concentraron el 91% de las preferencias: 1.150 millones de dólares fueron petróleo y sus derivados, 230 millones de dólares fueron flores y 180 millones de dólares fueron confecciones. Mientras tanto Colombia importó 4.620 millones de dólares de Estados Unidos, de los cuales 38% (1.769 millones de dólares) con aranceles superiores al 10% (promedio 17.5%) y, el resto, o sea 2.851 millones de dólares, con aranceles de 10% o 5% (promedio 6.4%), sin incluir franjas. Es decir que, sin contar con el arancel de las franjas, el libre comercio le costaría al fisco colombiano 492 millones de dólares, mientras que para Estados Unidos escasamente alcanza 60 millones de dólares. La transferencia fiscal colombiana a favor de los exportadores norteamericanos, sin incluir franjas, sería varias veces superior al beneficio que obtendríamos. Un ejercicio equivalente con Brasil muestra que si desgraváramos el comercio entre los dos países, el beneficio que Colombia obtendría sería de 33 millones de dólares y el costo sería de 47 millones de dólares. Con un comercio bilateral 100 veces menor, las ganancias en acceso son el 50% de lo que se ganaría con los Estados Unidos". Magdalena Pardo, "El TLC Colombia-Estados Unidos ¿El mejor negocio?", En Juan Carlos Ramírez (Editor), *Las negociaciones comerciales de Colombia: del ALCA al TLC con Estados Unidos*, CEPAL, Bogotá, 2006, págs. 29-35.

mediante la ley 1143 de 2007, se ajustan a las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional imponen en materia de DESC. En otras palabras, es necesario comprobar si las razones que hasta el momento ha ofrecido el Estado colombiano para la aprobación de las medidas de retroceso en el campo de los medicamentos que suponen las reglas sobre propiedad intelectual incorporadas al TLC, cumplen el estándar de argumentación que exige el CDESC y si superarían el examen estricto de regresividad.

Pues bien, en materia de medicamentos no se ofrecen razones suficientes ni adecuadas ni en los proyectos de ley presentados por el Gobierno ante el legislativo, ni en la ponencia para primer debate rendida por la coalición mayoritaria y acogida por todo el Congreso, que permitan justificar el fortalecimiento de las normas de propiedad intelectual que supone el acuerdo comercial con los EE.UU., con el consecuente impacto en el acceso de la población a los medicamentos y en los recursos del sistema de salud.

En primer lugar, la modificación de las reglas de propiedad intelectual que supone el TLC no representan en manera alguna medidas que procuren el *bienestar general de la población* (en términos del CDESC) ni mucho menos el mejoramiento de las condiciones de vida de las colombianas y colombianos. Por el contrario, como se demostró previamente, en su conjunto las reglas sobre propiedad intelectual incluidas en el TLC supondrían un incremento en el precio de los medicamentos del orden del 40%, un aumento del gasto en medicamentos cercano a los 900 millones de dólares para 2020 y una desprotección en materia de acceso a las medicinas para cerca de 5 millones de personas[260].

De otro lado, con base en la jurisprudencia constitucional, debe decirse que tales reglas no respetan el principio de *no afectación de personas con especial protección constitucional*. Como se precisó, el capítulo 16 del TLC (sobre propiedad intelectual) tendrá un serio impacto en el acceso de las personas portadoras de VIH-SIDA a los medicamentos antiretrovirales que requieren para conservar su estado de salud. Así mismo, el aumento de los precios en los medicamentos tendrá como principal efecto la afectación del acceso a los

[260] Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), "No hay derecho… a la salud en el TLC, la salud en coma en el TLC", febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.

medicamentos de las personas de más bajos ingresos, que destinan una mayor proporción de sus recursos a adquirir las medicinas que requieren.

De otro lado, con las reglas sobre propiedad intelectual contenidas en el TLC también se irrespeta el principio constitucional de *prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones*. En efecto, como se demostró, éstas reglas suponen el traslado de un nivel significativo de los recursos del sistema de salud colombiano hacía las empresas norteamericanas del sector farmacéutico. Lo anterior implica un grave impacto fiscal que afectaría la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud y una restricción del nivel de los recursos que efectivamente se utilizan en el denominado gasto público social.

Adicionalmente, las reglas sobre propiedad intelectual del TLC violan el principio de *no desconocimiento de cota mínima o inferior* mencionado en la jurisprudencia constitucional para hacer referencia al respeto del contenido mínimo esencial de los derechos involucrados. Como lo ha sostenido el CDESC al acceso en términos económicos y sin discriminaciones a las medicinas hace parte del contenido mínimo esencial del derecho al nivel más alto posible a la salud física y mental.

Así, contrario a lo que parece advertirse en la ponencia conjunta para primer debate en el Congreso, la renuncia en la mesa de negociación a la propuesta colombiana (y andina) en materia de medicamentos, sí constituyó una concesión en un aspecto de importancia vital y prioritaria, como es la garantía efectiva del derecho a la salud de la población y el acceso a los medicamentos para quienes más los necesitan. De esta manera, resulta inaceptable el argumento que pretende sostener que tal renuncia habría sido el “costo” de obtener otros objetivos estratégicos para el país. En efecto, esa postura resulta insostenible pues difícilmente podría entenderse que Colombia cedió en materia de medicamentos (con la desprotección en salud que eso supone) a cambio de alcanzar intereses “estratégicos” como el acceso (libre de aranceles) de nuestros textiles o flores al mercado norteamericano:

"Con los acuerdos bilaterales de comercio Latinoamérica exportará, tal vez, muchas más flores con el riesgo de quedarse sin una sola flor para el entierro de aquellos que morirán a causa de la falta de medicamentos esenciales"[261].

Para terminar, es necesario recordar uno de los estándares definidos en la doctrina del CDESC: la prohibición de regresividad deja de ser relativa (admite razones que justifiquen la adopción de las medidas de retroceso) y se vuelve absoluta (no admite razón alguna), cuando las políticas o normas implementadas comportan el desconocimiento de una de las obligaciones básicas (inmediatas) de los Estados parte. En tal caso (cuando se desconozca una de estas obligaciones estatales inmediatas), el CDESC advierte que la adopción de las medidas regresivas constituye *"sin más"* una violación de los compromisos asumidos a la luz del PIDESC.

Entre estas obligaciones inmediatas se encuentra el deber de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos, que implica *"proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo"*[262], *pues representan "el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis, la protección del Estado en relación a sus derechos económicos y sociales"*[263]. Así mismo, en las obligaciones estatales inmediatas se encuentra el deber de garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el PIDESC sin discriminaciones.

Pues bien, conforme a todo lo dicho acerca del acuerdo de promoción comercial suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU., no es difícil concluir que las reglas sobre propiedad intelectual que allí se incorporan afectarán seriamente la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud, pues vulneran el derecho al acceso a los medicamentos de "miembros vulnerables" de la sociedad como los portadores del VIH-SIDA y las personas de más bajos ingresos. Así mismo, las reglas sobre propiedad intelectual incluidas en el TLC afectan la posibilidad de disfrutar el derecho a la salud y el derecho al acceso a los

---

[261] Germán González de la Organización Mundial de la Salud, citado en Miguel Ernesto Cortes, "Propiedad Intelectual y negociaciones comerciales: el comercio por encima de la vida", en Revista *Deslinde* No. 36, Bogotá, Octubre-Diciembre 2004.
[262] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3, La índole de las obligaciones estatales*, doc. E/1991/23, 1990, párr. 12.
[263] Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 92.

medicamentos en condiciones de igualdad material, pues el fortalecimiento de los estándares en la materia suponen el incremento de los precios de los medicamentos a niveles prohibitivos para quienes más los necesitan, las personas de más bajos ingresos y quienes padecen de VIH.

3. Síntesis

Como lo ha reconocido el CDESC en la observación general n.º 14, el acceso a los medicamentos hace parte del contenido del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental. No obstante lo anterior, en la práctica este acceso encuentra un obstáculo en la protección ofrecida por las normas sobre protección de la propiedad intelectual (PPI), pues ésta incrementa el precio de los medicamentos.

En el caso colombiano se ha comprobado que la restricción de la competencia derivada de la protección de la propiedad intelectual sobre un medicamento supone un incremento en el precio para el consumidor, mientras que en la competencia por principio activo, el precio promedio tiende a disminuir considerablemente.

Pues bien, en el acuerdo de promoción comercial suscrito entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos se incorporaron disposiciones que suponen un endurecimiento de los estándares de protección de la propiedad intelectual, bajo un esquema de regulación que se denomina ADPIC *plus*, pues está por encima de establecido en las normas sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Conforme a los estimativos de la Organización Panamericana de la Salud, la inclusión de tales normas, con el consecuente aumento de los precios de los medicamentos, causará un serio detrimento en los recursos del sistema de salud colombiano (poniendo en riesgo su sostenibilidad), al tiempo que incrementará las barreras económicas para el acceso de las personas a los medicamentos. En su conjunto las reglas sobre propiedad intelectual incluidas en el TLC supondrían un incremento en el precio de los medicamentos del orden

del 40%, un aumento del gasto en medicamentos cercano a los 900 millones de dólares para 2020 y una desprotección en materia de acceso a las medicinas para cerca de 5 millones de personas[264].

De esta manera, aunque el TLC aún no se ha perfeccionado debido a los condicionamientos del Congreso norteamericano en relación con la situación de derechos humanos en Colombia, lo cierto es que persiste el debate sobre su contenido, sobre el impacto de su entrada en vigencia para el bienestar de la población colombiana y sobre la constitucionalidad de las normas que en él fueron incluidas.

[264] Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), "No hay derecho… a la salud en el TLC, la salud en coma en el TLC", febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.

Conclusiones

En este informe de la Comisión Colombiana de Juristas se hace una evaluación tanto normativa como de resultados de tres reformas adoptadas por el Estado colombiano en el período comprendido entre 2002 y 2008: la reforma laboral, las reformas al sistema de transferencias y el capítulo sobre protección a la propiedad intelectual del tratado de libre comercio suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU., aprobado por el Congreso de la República mediante ley 1143 de 2007.

Con estas tres reformas, el Estado colombiano ha incumplido el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales y la obligación inmediata de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas, que le compete con base en el artículo 2.1 del PIDESC, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que remite a la Carta de la OEA), y el artículo 1º de su Protocolo Facultativo (Protocolo de San Salvador).

1. Reforma laboral (ley 789 de 2002)

1.1. La ley 789 de 2002 afectó la extensión de varias de las garantías reconocidas a los trabajadores por el Código Sustantivo del Trabajo.

1.2. La regresividad de lo previsto en la Ley 789 de 2002 en materia de relaciones de trabajo es tanto normativa como de resultados, pues ha representado una seria reducción de los ingresos de los trabajadores en Colombia.

1.3. Las razones invocadas por el Gobierno nacional y el legislativo para la aprobación de la reforma al régimen laboral en 2002, no resisten un examen bajo los criterios definidos por el Comité de DESC para las medidas regresivas: no se demuestra que la reforma respondiera a una necesidad social o económica imperiosa, no se acredita que la decisión fue adoptada tras la más amplia consideración de los diferentes cursos de acción posibles, y no fue justificada por referencia a la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

1.4. Aun si se admitiera la motivación de la reforma laboral de 2002, ésta no puede tener en manera alguna un carácter permanente, como el que se ha dado a la ley 789 de 2002, sino apenas temporal, pues persiste para el Estado colombiano la obligación de avanzar progresivamente en la efectiva y plena garantía de los DESC para el conjunto de la población, incluido el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

1.5. Adicionalmente, las modificaciones al régimen laboral no cumplieron el propósito anunciado: generar de manera masiva puestos de trabajo de calidad. De esta manera, incluso si se admitiera la validez de la motivación de la reforma, ésta no alcanzó el objetivo que se había propuesto, lo cual conforme al texto de la propia ley 789 de 2002 debía llevar a su derogatoria.

2. Reformas al régimen de transferencias (Actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007)

2.1. Las reformas constitucionales de 2001 y 2007 al régimen de transferencias constituyen medidas regresivas en relación con la financiación de la inversión social en las regiones.

2.2. La regresividad de estas reformas resulta injustificada, pues las razones presentadas para su aprobación no satisfacen la carga argumentativa que le compete al Estado en la adopción de medidas de retroceso: no se demuestra que las medidas hubieren sido adoptadas bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados; tampoco se prueba que esas reformas se enmarquen dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles.

2.3. Adicionalmente, las dos reformas al régimen de transferencias han tenido un impacto negativo en la financiación de la educación, la salud, el saneamiento básico y el agua potable de poblaciones que a la luz de la Constitución Política cuentan con

especial protección constitucional, como es el caso de la niñez, de la población rural y de las personas de menores ingresos. Utilizando lo términos del Comité de DESC, estas reformas constituyen un incumplimiento de la obligación estatal de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de los derechos reconocidos en el Pacto, en particular respecto de "*miembros vulnerables de la sociedad".*

2.4. La prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones no fue atendida con la aprobación de las dos reformas mencionadas, pues la restricción de la inversión social en las regiones se ha visto acompañada, sin embargo, de un aumento significativo del gasto militar en la última década.

2.5. Por último, con la reforma de 2007 se mantienen medidas que (en caso de admitirse la validez de las razones) pueden ser sólo temporales y no permanentes. De esta manera, con la última modificación al régimen de transferencias, se incumplió la promesa de regresar en 2009 a un régimen semejante al previsto originalmente en la Constitución de 1991 (vinculado a los Ingresos Corrientes de la Nación) extendiendo de manera injustificada hasta 2016, normas que originalmente eran transitorias.

3. El capítulo sobre propiedad intelectual del Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre los gobiernos de Colombia y EE.UU.

3.1. En el acuerdo de promoción comercial suscrito entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos se incorporaron disposiciones que suponen un aumento de los estándares de protección de la propiedad intelectual, bajo el esquema de regulación ADPIC plus.

3.2. En su conjunto las reglas sobre propiedad intelectual incluidas en el TLC suponen un incremento en el precio de los medicamentos, un aumento del gasto en medicamentos y una desprotección en materia de acceso a las medicinas de amplios sectores sociales.

3.3. Las razones aludidas por el Gobierno nacional y el Congreso de la República de Colombia para la aprobación del acuerdo comercial mediante la ley 1143 de 2007, no resultan suficientes ni adecuadas a la luz de los estándares definidos al respecto por el Comité de DESC: no se demuestra que procuren el bienestar general de la población, afectan el contenido mínimo esencial del derecho a la salud, desconocen el mandato constitucional de dar prioridad al gasto público social e incumplen la obligación estatal de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de casa uno de los derechos reconocidos en el PIDESC, en particular en relación con sujetos de especial protección constitucional como las personas enfermas con el VIH-SIDA y las personas de menores ingresos.

Recomendaciones

El Estado colombiano debe dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 2.1 del PIDESC y en la observación general n.º 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas –Comité de DESC- (relativa a la índole de las obligaciones estatales), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas que puedan suponer un menoscabo del nivel de respeto, protección y realización de los derechos reconocidos en el Pacto.

Para el efecto, el Estado colombiano debe incorporar el principio de progresividad y el cumplimiento de las obligaciones básicas inmediatas que le competen con base en la ratificación del PIDESC, en la discusión, diseño, formulación e implementación de las medidas de política pública y de las normas de origen legislativo que puedan tener un impacto en el contenido, alcance y en el nivel de realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

De otro lado, el Estado colombiano debe cumplir con los mandatos constitucionales que le ordenan dar prioridad al gasto público social y adoptar medidas afirmativas en beneficio de las personas que puedan encontrarse en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de las personas de más bajos ingresos, de los niños y niñas y de las personas que tienen problemas de salud (como las portadoras del VIH-SIDA) con miras a asegurar la efectiva y plena garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, el Estado colombiano debe proceder a derogar de forma inmediata medidas como las descritas en este informe, que afectan las condiciones para la satisfacción de los derechos a un trabajo en condiciones dignas y equitativas, a la educación, a la vivienda, al agua potable y a la salud de poblaciones que cuentan con especial protección constitucional.

El Estado colombiano debería solicitar al Comité de DESC el envío de una misión que le brinde asesoría en la implementación de estas recomendaciones, así como de las observaciones finales que resulten del examen por parte del Comité del V informe oficial

ante este órgano, con el fin de avanzar en el cumplimiento de las obligaciones estatales contraídas a la luz del PIDESC.

1. Legislación laboral

Con base en los diversos estudios existentes en relación con los escasos efectos de la aprobación de la ley 789 de 2002 en la generación de empleos, el Estado colombiano debe revisar la actual legislación laboral y modificarla de tal manera que se respete el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículos 6 y 7 del PIDESC). De esta manera, el Estado colombiano respetaría la temporalidad característica de las medidas de retroceso que excepcionalmente se encuentren justificadas y daría cumplimiento al texto de la propia ley 789, que establecía su derogatoria si trascurridos dos años no existían evidencias de la generación masiva de puestos de trabajo de calidad.

Para la revisión y modificación de la legislación laboral el Estado colombiano debe iniciar un proceso de consulta con los diferentes actores concernidos, en especial, debe asegurar la efectiva participación de los trabajadores y de las organizaciones sindicales que los agremian en la discusión de las iniciativas.

2. Régimen de transferencias

Con el fin de cumplir con la descentralización administrativa y garantizar la adecuada atención de las crecientes necesidades de la población colombiana en materia de vivienda, salud, educación, agua potable y saneamiento básico, el Estado colombiano debe revisar el actual régimen de transferencias (Sistema General de Participaciones –SGP-) y retornar a la fórmula prevista en la Constitución de 1991, de manera que se garantice el crecimiento sostenido de los recursos que se trasladan a las regiones. En consecuencia, el Estado colombiano debe abstenerse de aprobar una nueva reforma “transitoria” (semejante a las adoptadas en 2001 y 2007) que aplace nuevamente la voluntad del constituyente de asegurar un flujo de recursos mayor para la satisfacción de las necesidades de la población

y que termine perpetuando en la práctica un sistema de transferencias regresivo para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

3. Protección de la propiedad intelectual en tratados de libre comercio

El Estado colombiano debe realizar una revisión del capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio suscrito con el Gobierno de los Estados Unidos de América, de tal manera que sus disposiciones no pongan en peligro el acceso a los medicamentos y el acceso a los servicios de salud de los colombianos(as). En caso de no ser posible tal revisión del texto del Tratado, el Estado colombiano debe adoptar todas las medidas necesarias y hasta el máximo de los recursos disponibles para asegurar que las normas sobre protección intelectual contenidas en el acuerdo comercial no se implementen de tal manera que amenacen la salud y la vida de los ciudadanos, ni la sostenibilidad financiera del sistema de salud colombiano. Así mismo, y de cara a nuevas negociaciones de tratados (como la que se adelanta actualmente con la Unión Europea) el Estado colombiano debe asegurar que los compromisos asumidos en materia comercial no comprometan en manera alguna el respeto, la protección y la realización de los derechos reconocidos en el PIDESC.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta. 2002.

Abramovich, Víctor, *Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*, pág. 22, disponible en www.anuariocdh.uchile.cl (consulta el 30 de junio de 2006).

Arango Rivadeneira, Rodolfo, "La prohibición de regresividad en Colombia", en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006, pág. 153-171.

Bonilla González, Ricardo, *Crecimiento, empleo, seguridad social y pobreza*, en *Bienestar y macroeconomía 2007, más allá de la retórica*, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 104-107.

Courtis, Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, En *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006.

Courtis, Christian *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares, Nuevos horizontes*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007.

Cortes, Miguel Ernesto, "Propiedad Intelectual y negociaciones comerciales: el comercio por encima de la vida", En Revista Deslinde No. 36, Bogotá, Octubre-Diciembre 2004.

Ferrajoli, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", En *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, Maria José Añón y Christian Courtis (Comp.) México D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.

Gaviria, Alejandro, *Ley 789 de 2002: ¿funcionó o no?*, documento CEDE 2004-45 ISSN 1657-7191 (versión electrónica), noviembre de 2004, disponible en www.banrep.gov.co/documentos/seminarios/.

Gaviria, Alejandro y Palau, María del Mar, *Evolución reciente del mercado laboral urbano y alternativas de política*, 30 de octubre de 2007, disponible en www.economia.uniandes.edu.co.

Isaza Delgado, José Fernando y Campos Romero, Diógenes, *Algunas consideraciones cuantitativas sobre la evolución reciente del conflicto armado*, Bogotá, diciembre de 2007, disponible en http://www.dhcolombia.info/IMG/pdf_ConflictoColombiano.pdf.

Kalmanovitz, Salomón, "El modelo antiliberal colombiano", Bogotá, mimeo, escrito para el seminario de la Universidad de los Andes *Hacia la construcción del modelo de desarrollo económico y social para Colombia*, Bogotá, mayo de 2000.

López F, Diego, *Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente*, Análisis Laboral 16, Santiago De Chile, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, 2002.

Montealegre Lynett, Eduardo, "Las reservas en los tratados bilaterales: el caso del TLC entre Estados Unidos y Colombia", Bogotá, mimeo, marzo de 2007.

Pardo, Magdalena, *El TLC Colombia-Estados Unidos ¿El mejor negocio?*, En Juan Carlos Ramírez (Editor), *las negociaciones comerciales de Colombia: del ALCA al TLC con Estados Unidos*, CEPAL, Bogotá, 2006, págs. 29-35.

Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, PROSEDHER, 2003.

Pinto**,** Mónica, **"**El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Ed. Del Puerto, 1997.

Pinto, Mónica, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nº. 40*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

Pisarello, Gerardo, "El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en *Derechos sociales, Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, Maria José Añón, y Christian Courtis (Comp.) México D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea. 2003.

Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

Rossi, Julieta, *La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU,* en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006.

Sepúlveda, Magdalena, *The nature of the obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights*, Oxford, Intersentia, 2003.

Sepúlveda, Magdalena, *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión "progresivamente" contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* en *Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (Comp.), Buenos Aires, CEDAL – CELS, 2006.

Uprimny Yepes, Rodrigo, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en Justicia Constitucional y política económica, Revista de *Derecho Público, no.12*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.

Uprimny Yepes, Rodrigo y Parra, Oscar, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario,* Bogotá, mimeo, Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia, 2006.

Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodriguez Garavito, Cesar, *Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria*, En *Los derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas*, VV.AA, DeJusticia – IDEP, 2007.

Uprimny Yepes, Rodrigo y Guarnizo, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, en <www.dejusticia.org>, acceso el 30 de octubre de 2008.

Documentos de las Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 6 de junio de 1986, 24 período de sesiones, doc. E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000.

Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales del 26 de enero de 1987, 24 período de sesiones, doc. E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000.

Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados partes, doc. E/1989/22, 1989, párr. 3 y 4.

Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales, doc. E/1991/23, 1990.

Observación General Nº. 12, El derecho a la alimentación adecuada, doc. E/C.12/1999/5, 1999.

Observación General No. 13, El derecho a la educación, doc. E/C.12/1999/10, 1999.

Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 2000.

Observación General No. 15, El derecho al agua, doc. E/C.12/2002/11, 2002.

Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, doc. E/C.12/2005/4, 2005.

Observación General No. 17, Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a), doc. E/C.12/GC/17, 2005.

Observación General No. 18, *El derecho al trabajo*, doc. E/C.12/GC/18, 2005, párr. 34.

Observación General No. 19, Derecho a la seguridad social, doc. E/C.12/GC/19, 2007.

Consejo Económico y Social, Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomaševski, Misión a Colombia, 1 a 10 de octubre de 2003, doc. E/CN.4/2004/Add.2, febrero de 2004.

18ª Reunión de los presidentes de órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, *Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos*, doc. HRI/MC/2006/7, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006.

Documentos de la Organización de los Estados Americanos

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Normas para la confección de informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*, Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, doc. Oea/Ser/L/V/Ii.129 5, Washington, D.C., 2007.

Otros organismos internacionales

Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, IFARMA y Fundación instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia, Bogotá, noviembre de 2004.

Organización Panamericana de la Salud (OPS), Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Fundación Instituto para la investigación del medicamento en los sistemas de salud, IFARMA, Impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos, Bogotá, noviembre de 2005, disponible en www.recalca.org.co.

Instrumentos internacionales

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), 17 de noviembre de 1988.

Protocolo de Reformas a La Carta de la Organización de los Estados Americanos, "Protocolo de Buenos Aires"

Documentos de organismos estatales colombianos

Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia.

Bienestar y macroeconomía 2002–2006, crecimiento insuficiente, inequitativo e insostenible, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia–Contraloría General de la República, 2006.

Las barreras al comercio de bienes y servicios de Bogotá, una visión desde las negociaciones del TLC, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006, pág. 105.

Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, impactos en el sector salud del Distrito Capital, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006.

Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, impactos en el sector salud del Distrito Capital, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2006.

Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002), Bogotá, 2007.

Corte Constitucional,

Comunicado de prensa No. 14, marzo 12 de 2008.

Sentencia C–251 de 1997, T – 1319 de 2001, T–958 de 2001, C-487 de 2002, C-614 de 2002, C-671 de 2002, C-692 de 2002, C–936 de 2003, C-1017 de 2003, T-025 de 2004, C-038 de 2004, C-991 de 2004, T-1318 de 2005, T–701 de 2004, T-043 de 2007, T-414 de 2007, C-257 de 2008, C-427 de 2008.

Comisión de Seguimiento y Verificación de la Ley 789 de 2002, informe de marzo de 2005.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Informe sobre el segundo trimestre de 2006: "*Se continúa atenuando el ritmo de descenso del desempleo y aumentado la ocupación en la modalidad de subempleo*", disponible en www.dane.gov.co.

Departamento de Cundinamarca. Posición del departamento de Cundinamarca frente al proyecto de acto legislativo que modifica el sistema general de participaciones, disponible en www.planeación.cundinamarca.gov.co.

Procuraduría General de la Nación, El derecho a la educación: la educación en la perspectiva de los derechos humanos, Bogotá, marzo de 2006.

Superintendencia Bancaria, Concepto 94021718-1, 10 de mayo de 1994.

V Informe de la República de Colombia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. E./C.12/COL/5.

Actos legislativos, leyes, decretos y proyectos de ley

Actos legislativos

Acto legislativo 01 de 2001.

Acto legislativo 04 de 2006.

Proyectos de acto legislativos

Proyecto de acto legislativo 12 de 2000.

Proyecto de acto legislativo 120 de 2000.

Proyecto de acto legislativo 012 de 2000.

Proyecto de acto legislativo 11 de 2006.

Leyes

Ley 60 de 1993, *"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

Ley 715 de 2001, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

Ley 812 de 2003, "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*", pág. 21.

Ley 1143 de 2007, “Por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América’, sus ‘Cartas Adjuntas’ y sus ‘Entendimientos’, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”.

Proyectos de ley

Proyecto de ley 56 de 2002.

Proyecto de ley 057 de 2002.

Decretos

Decreto 2200 de 2005, “Por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones”.

Periódicos

El Tiempo

“*Sólo 351 mil de dos millones y medio de desempleados han recibido subsidio al que tienen derecho*”, abril 21 de 2008.

“Desempleo más alto en cinco años se suma a informalidad”, 28 de febrero de 2009.

“Se hundió proyecto que aumentaba horas extras y recargos nocturnos desde las 6 p.m.”, abril 22 de 2009.

“OMS cuestiona negociación de TLC”, 7 de diciembre de 2005, versión electrónica.

"Colombia no aceptará prolongar patentes de los medicamentos por demoras en los registros", 8 de febrero de 2005, versión electrónica.

"Colombia abandona propuesta de medicamentos en el TLC", 5 de diciembre de 2005, versión electrónica.

"Reviven temores por los efectos del TLC en salud", 25 de mayo de 2006, versión electrónica.

"Farmacéuticas nacionales ponen en duda resultados de estudio sobre medicamentos", 13 de junio de 2005, versión electrónica.

"Por medicamentos genéricos, los demócratas calientan disputa entre EE.UU. y OMS", 21 de octubre de 2006, versión electrónica

El Espectador

"Libre comercio en 2006", 10 de agosto de 2003, versión electrónica.

"Tambalea reforma laboral en la Corte", 23 de febrero de 2008, versión electrónica.

Portafolio

"TLC: business are business", 28 de febrero de 2006, versión electrónica.

"Con el 12 por ciento, Colombia tiene la mayor tasa de desocupación de América Latina", abril 2 de 2008

La República

"Presenta renuncia asesor de Minprotección en TLC", 12 de diciembre de 2005, versión electrónica.

El Nuevo Siglo

"Economía sigue sin generar mayor empleo, la desocupación nacional se mantiene en el 12%", abril 1 de 2008.

Documentos de organizaciones no gubernamentales

Comisión Colombiana de Juristas, Intervención ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del *"Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América"* y su ley aprobatoria No 1143 de 2007.

FEDESARROLLO, *El salario mínimo en Colombia: ¿Cuál es la verdadera discusión?*, Tendencia económica No. 84, FEDESARROLLO, abril de 2009.

Federación Nacional de Departamentos, *"Posición de los departamentos frente al proyecto de acto legislativo que modifica el SGP"*, disponible en www.federacionnacionaldedepartamentos.org.co.

Holguín Zamorano, Germán, "TLC ¿Acceso a medicamentos y salud?", Misión Salud, mimeo, Bogotá, agosto 24 de 2004.
Holguín Zamorano, Germán, TLC y Salud: la verdad, Misión Salud, Bogotá, 2007, Pág. 63.

Misión salud, La bolsa o la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la salud pública, Bogotá, 2004, pág. 67.

Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social, *Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana, la ley 789 dos años después*, Cuadernos de trabajo No. 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Oxfam, “Nuestro futuro por la borda: Cómo socavan el desarrollo los tratados de comercio e inversiones entre países ricos y pobres”, Documento informativo 101, marzo de 2007.

Red Colombiana de Acción Frente al Libre Comercio y el ALCA (RECALCA), “No hay derecho … a la salud en el TLC , la salud en coma en el TLC”, febrero de 2007, disponible en www.recalca.org.co.