

Bogotá, 7 de febrero de 2008

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Manuel José Cepeda
E. S. D.**

Ref: Intervención ciudadana dentro del proceso No. LAT319 de revisión previa, integral y automática del Protocolo Modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos y su Carta adjunta, aprobados mediante la Ley 1166 de 2007.

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, César A. Rodríguez Garavito, María Paula Saffon Sanín y Diana Rodríguez Franco, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, de manera respetuosa nos permitimos presentar ante ustedes INTERVENCIÓN CIUDADANA en el proceso de constitucionalidad de la referencia, con el objetivo de esbozar algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del conjunto normativo integrado por el Protocolo Modificatorio, el Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos (en adelante Tratado de Libre Comercio, TLC o el tratado) y sus Cartas adjuntas, que suscitan nuestro particular interés por las investigaciones que Dejusticia ha venido adelantando en la materia.

Para ello, comenzaremos por señalar la necesidad de que la Corte Constitucional analice el Protocolo Modificatorio en conjunto con el Tratado de Libre Comercio, ante la dificultad analítica que presenta estudiar lo secundario sin, al menos, tomar en consideración lo principal. Luego haremos un análisis de algunas cláusulas de dichos instrumentos que en nuestro juicio presentan vicios de constitucionalidad. Posteriormente haremos unas consideraciones de técnica constitucional sobre la manera como consideramos que la Corte debería decidir respecto de la constitucionalidad de esas cláusulas. Y por último plantearemos la solicitud concreta que hacemos a la Corte en relación con las cláusulas estudiadas.

I. Necesidad de pronunciarse sobre el Tratado simultáneamente con el Protocolo Modificatorio

Los intervinientes somos conscientes de que el Tratado de Libre Comercio y su ley aprobatoria, por un lado, y el Protocolo Modificatorio (en adelante Protocolo) y su ley aprobatoria, por otro lado, están siendo revisados en la actualidad por la Corte Constitucional. Sin embargo, por la existencia de Magistrados Ponentes distintos en uno y otro caso y por la ligera diferencia de términos procesales, hemos podido constatar que la Corte ha optado por revisarlos de manera separada. Consideramos, no obstante, que esta decisión es problemática por razones tanto sustantivas como prácticas. De un lado, el protocolo modificadorio es un texto cuyo objetivo es moodificar el tratado, razón por la cual, para comprender las modificaciones que introduce es importante y conveniente entender y analizar el texto original.

De otro lado, para la Corte resulta fácil y más conveniente analizar los dos instrumentos de manera simultánea. En efecto, ambos están siendo revisados por la Corte actualmente, por lo cual sería sencillo acumularlos. Pero además, dicha acumulación evitaría que la Corte se pronunciara dos veces sobre una misma materia, lo cual no sólo le sería útil en términos de eficiencia

procesal, sino que además le permitiría una comprensión más completa de una materia tan compleja y técnica como la que es objeto de los instrumentos en cuestión.

Sin embargo, en el evento de que la Corte mantenga su decisión de estudiar el Protocolo Modificador por separado, en todo caso es posible y conveniente analizar la constitucionalidad del mismo a la luz del Tratado, o al menos teniendo presente el sentido y la finalidad del mismo, para así comprender cabalmente el contenido y alcance de las cláusulas objeto de estudio. De lo contrario, es difícil concebir por qué se hicieron los cambios, en qué consistieron y, sobre todo, si el texto del Tratado modificado por el Protocolo se ajusta o no a la Constitución. En este punto es ineludible tomar en consideración la notable sentencia C-175 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la cual, refiriéndose a los cambios hechos al Tratado de Tlatelolco luego de su ratificación, señaló al respecto:

“Aun cuando el Tratado de Tlatelolco no está bajo revisión, la Corte considera que resulta imposible analizar la constitucionalidad de las enmiendas al mismo sin siquiera considerar brevemente la adecuación a la Carta de la finalidad de tal convenio, pues mal podría esta Corporación declarar exequibles una reformas a un tratado que pudiera tener un sentido y finalidad contrarios a la Constitución” (negritas fuera del texto).

Dado que la posición de los intervinientes es que la Corte debería hacer un análisis conjunto, o que al menos debería revisar el Protocolo Modificador a la luz del Tratado, en las consideraciones que siguen, adoptaremos un enfoque conforme a esta postura: el análisis de constitucionalidad del Protocolo se hará en conjunto con el Tratado.

II. Consideraciones de fondo de la intervención ciudadana

En este acápite, haremos una síntesis del planteamiento jurídico de la intervención, para luego desarrollar en detalle el análisis de constitucionalidad de las cláusulas del Protocolo y del Tratado que son objeto de la presente intervención.

1. Síntesis del planteamiento jurídico

Esta intervención ciudadana se referirá a siete temas que en nuestro juicio presentan vicios de constitucionalidad, a saber: el mecanismo de solución de controversias en el capítulo de inversiones, las expropiaciones indirectas, la figura de anulación o menoscabo, tres regulaciones de la propiedad intelectual y los derechos laborales. Conviene señalar que éstas no son las únicas cláusulas que merecen atención por parte de la Corte Constitucional. Nos concentramos en ellas porque, como se ha argumentado en estudios previos de Dejusticia¹, se trata de cláusulas que han recibido escasa atención en el debate público y legislativo sobre el TLC y presentan problemas importantes de constitucionalidad.

Como se dijo en la sección anterior, a lo largo de esta intervención nos referiremos simultáneamente al Protocolo y al Tratado, lo que, a su vez, nos permite hacer dos tipos de análisis. El primer tipo de análisis consiste en examinar los problemas de constitucionalidad de algunas cláusulas del Protocolo Modificador que, si bien solucionan algunos de los vicios de

¹ Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana (2007) “¿Es constitucional el TLC?”, en *Revista Foro* No. 61, Mayo 2007, Bogotá, p. 66 – 80. También disponible en: <http://www.dejusticia.org/publicaciones/boletinDE.php>.

constitucionalidad del Tratado, siguen presentando falencias que pueden ser resueltas por la Corte a través de declaraciones interpretativas, tal y como lo ha manifestado la Corte en reiterada jurisprudencia.² Las cuatro cláusulas que serán analizadas bajo este esquema son, por un lado, las relativas a la propiedad intelectual –específicamente, la protección de datos de prueba, la extensión por demoras y el vínculo entre patente y registro-, y por el otro, la cláusula de derechos laborales.

El problema de constitucionalidad que presentan las cláusulas de propiedad intelectual es que, a pesar de haber sido enmendadas por el Protocolo Modificatorio, menoscaban el derecho fundamental a la salud (arts. 44 y 49 CP). El argumento principal es el siguiente: las tres cláusulas de propiedad intelectual constituyen una barrera a la entrada de genéricos y un consecuente incremento en el precio de los medicamentos, lo que a su vez acarrea un mayor gasto y, por ende, una menor capacidad del Estado para garantizar el acceso a las medicinas y de los ciudadanos para adquirirlas por su cuenta. Esto impide entonces, en primer lugar, que los medicamentos estén al alcance de todos, lo que vulnera el componente esencial de asequibilidad del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP). Segundo, como los más afectados por estas medidas son los sectores de menos recursos y más vulnerables de la población, las cláusulas del TLC significan una violación al componente de no discriminación del derecho a la salud. Tercero y último, sus efectos constituyen una violación al principio de progresividad, dado que las medidas significan un retroceso frente al nivel de protección alcanzado, lo cual, como ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, debe presumirse en principio inconstitucional.³

El problema que presenta la cláusula laboral introducida por el Protocolo Modificatorio es que, si bien protege derechos laborales fundamentales llenando así el vacío del Tratado, omite uno de los derechos fundamentales laborales (el derecho a la libertad sindical –art. 39 de la CP-), lo que, en términos de la Honorable Corte Constitucional, constituye una omisión legislativa relativa que se puede corregir por medio de una sentencia integradora.

El segundo tipo de análisis de esta intervención no consiste en analizar las cláusulas del Protocolo, sino el silencio del Protocolo frente a cláusulas del Tratado que, siendo constitucionalmente problemáticas, no fueron enmendadas por el Protocolo cuando ésta constituía la oportunidad de hacerlo. Analizar el silencio del Protocolo se justifica en lo explicado anteriormente respecto a la necesidad de que la Corte estudie conjuntamente el Protocolo y el Tratado. Por un lado, incluir el Tratado en el análisis del Protocolo es la única manera de comprender el Protocolo. Por otro, realizar el examen de constitucionalidad de lo accesorio exige, al menos, tomar en cuenta lo principal para verificar que el resultado de ambos textos sea un conjunto armónico y ceñido a la Constitución. Los temas del Tratado que serán analizados siguiendo esta postura son el mecanismo de solución de controversias del capítulo de inversiones, las expropiaciones indirectas y la cláusula de anulación o menoscabo.

El problema constitucional del mecanismo de solución de controversias es que viola la prohibición superior de que los particulares sean investidos permanentemente de la función de administrar justicia en condición de árbitros (art. 116 CP); atenta contra las facultades esenciales del poder judicial (art. 228 CP), en especial contra la autonomía e independencia judicial (art. 230 CP); viola el principio de soberanía (art. 3 CP) al desaparecer la subsidiaridad característica de la jurisdicciones no estatales; amenaza el principio de la primacía del interés general sobre el

² Véase, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo; Sentencia C-318 de 2003 M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-780/04 M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

³ Véase, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-251 de 1997, SU- 624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-333 de 2003.

particular (arts. 1, 58 y 366 CP); atenta contra el derecho al debido proceso (art. 29 CP), por último menoscaba el derecho la igualdad (art. 13 CP).

El problema de constitucionalidad de la segunda cláusula, a saber, las expropiaciones indirectas, es que viola el principio de primacía del interés general sobre el particular (arts. 1, 58 y 336 CP), vulnera el derecho a la igualdad (art. 13 CP) y menoscaba la capacidad regulatoria del Estado (art. 334 de la CP) respecto de derechos fundamentales como la salud (art. 44 y 49 CP) y el medio ambiente (art. 78 CP).

Los problemas desde el punto de vista constitucional de la cláusula de anulación o menoscabo son muy parecidos a los anteriores: viola el principio de soberanía (art. 29 CP) y menoscaba la capacidad regulatoria del Estado (art. 334 de la CP) respecto de derechos fundamentales como la salud (arts. 44 y 49 CP) y el medio ambiente (art. 78 CP).

A continuación desarrollamos en detalle cada uno de los siete temas. Primero, analizaremos los cuatro artículos del Protocolo y luego las tres cláusulas donde el silencio del Protocolo nos obliga a estudiar el Tratado. En cada caso, indicaremos el contenido de las cláusulas, luego estudiaremos las implicaciones constitucionales de las mismas y, por último, plantaremos unas conclusiones sobre la manera como consideramos que la Corte debería al respecto decidir.

2. Análisis de constitucionalidad de las cláusulas del Protocolo

En este acápite, primero estudiaremos las cláusulas relacionadas con propiedad intelectual y luego la cláusula laboral.

2.1. Las cláusulas de propiedad intelectual

Analizaremos las cláusulas relativas a la propiedad intelectual que fueron modificadas por el Protocolo de la siguiente manera. Primero expondremos el contenido y alcance del derecho a la salud (arts. 44 y 49 de la CP), en vista de que las tres tienen un impacto nocivo sobre el mismo. Luego analizaremos cada cláusula por separado, indicando en cada caso el contenido de la cláusula en el Tratado, y luego explicando cómo fue enmendada por el Protocolo Modificatorio. Posteriormente, con base en varios estudios nacionales sobre el impacto del TLC sobre la salud pública, presentamos los efectos de cada cláusula sobre el acceso a medicamentos. Concluimos con unas consideraciones finales donde de manera respetuosa le sugerimos a la honorable Corte cómo debe ser el sentido de su fallo para asegurar que cada cláusula del Protocolo esté ajustada a la Constitución y así evitar el menoscabo del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP).

2.1.1. El derecho a la salud: contenido y alcance

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior. Sobre el mismo, la Corte ha dicho que si bien la doctrina lo clasifica como un derecho de tipo asistencial o prestacional y no como un derecho fundamental, existen en principio tres eventos en los cuales la salud adquiere el carácter de fundamental: (i) por su conexidad con otros derechos de carácter fundamental; (ii) de manera autónoma en relación con el contenido esencial del derecho, como sucede en el caso del derecho a recibir la atención en salud en el en el Plan Básico de Salud o el Plan Obligatorio de Salud (POS) y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S)⁴ o (iii) De manera autónoma

⁴ T 575 de 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-859 de 2003 (MP. Eduardo Montelaegre Lynett), T-860 de 2003 (MP. Eduardo Montelaegre Lynett).

cuando se está frente a sujetos de especial protección, tales como las personas de la tercera edad, los niños y las niñas⁵.

La salud también es protegida y sus elementos esenciales han sido desarrollados en varios instrumentos de derechos humanos que, en virtud del artículo 93 superior, son normas integrantes de la Constitución a través del llamado bloque de constitucionalidad. Tal es el caso del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”. En las mismas líneas del PIDESC, en su artículo 10 compromete a los países firmantes a reconocer la salud como un bien público y a adoptar medidas que corresponden más a la atención básica y de promoción y prevención que a la atención médica curativa de alta complejidad.

Asimismo, el Comité el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano autorizado para interpretar el PIDESC, expidió en el año 2000 la Observación General número 14. Según ella:

“8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos (...)”

43. (...) el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:

a) 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: (...)

d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; (...)

e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;”

Adicionalmente, la Observación General No. 14 (Numeral 12) determina que en todas sus formas y a todos los niveles, el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un Estado:

*a) **Disponibilidad.** Se refiera a la existencia de los recursos físicos, técnicos y humanos que garantice la salud como servicio público.*

*b) **Accesibilidad:** implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:*

*i) **No discriminación:** los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.*

⁵ Sentencias T-004 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-1153 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T - 674 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-296 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T 090 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-004 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T - 015 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), y T-036 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz), entre otras.

ii) **Accesibilidad física:** los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, (...).

iii) **Accesibilidad económica (asequibilidad):** los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. (...)

iv) **Acceso a la información:** comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

c) **Aceptabilidad.** Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados (...).

d) **Calidad.** Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. (...).

Respecto de la mencionada Observación, la Corte ha dicho no sólo que constituye un criterio hermenéutico relevante⁶ sino que “el derecho a la salud supone la existencia de los cuatro elementos, sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad de dicho derecho” (Sentencia T-583 de 2007).

Como veremos a continuación cuando analicemos las tres cláusulas de propiedad intelectual, es principalmente respecto a los elementos de la *asequibilidad y no discriminación* que el TLC presenta potenciales vicios de constitucionalidad. La explicación es la siguiente: las tres cláusulas de propiedad intelectual constituyen una barrera a la entrada de genéricos y un consecuente incremento en el precio de los medicamentos, lo que a su vez acarrea un mayor gasto y, por ende, una menor capacidad del Estado para garantizar el acceso a las medicinas y de los ciudadanos para adquirirlas por su cuenta. Esto impide, en primer lugar, que los medicamentos estén al alcance de todos, lo que vulnera el componente esencial de asequibilidad del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP). Segundo, como los más afectados por estas medidas son los sectores de menos recursos y más vulnerables de la población, las cláusulas del TLC significan una violación al componente de no discriminación. Por último, viola el principio de progresividad de los derechos sociales, según el cual una vez que se ha alcanzado un nivel de protección de un derecho social como la salud (arts. 44 y 49 CP), el Estado no puede tomar medidas restrictivas⁷.

2.1.2. Compensación por demoras injustificadas (art. 5A del Protocolo que modifica el art. 16.9.a y b de Tratado.)

A. Contenido en el Tratado (art. 16.9.6 a y b)

El artículo 16.9.6 a y b del Tratado introduce la cláusula conocida como “extensión del plazo de patentes” o “compensación por demoras injustificadas”, que ordena a las Partes extender el plazo de la patente farmacéutica para compensar a su titular por retrasos irrazonables en la expedición

⁶ Ver, entre otras, Sentencia C-010 de 2000.

⁷ Este principio tiene como fuente el artículo 1º del Protocolo del San Salvador y ha sido desarrollado por la Corte en reiterada jurisprudencia (Ver, entre otras, Sentencia C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1489 de 2000 y C-333 de 2003).

de la patente y en el otorgamiento del permiso de comercialización. A continuación explicamos en detalle en qué consiste esta medida.

Según el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante Acuerdo sobre los ADPIC), el plazo nominal de las patentes farmacéuticas es de 20 años contados desde la fecha de la solicitud de la patente. Si a este plazo le restamos el tiempo que toma llevar a cabo los estudios clínicos de seguridad y eficacia necesarios para obtener el permiso de comercialización, obtenemos el plazo efectivo de la patente, es decir, el tiempo entre la aprobación del producto por la autoridad sanitaria (el INVIMA en Colombia) y la expiración de la patente, después de lo cual el producto puede comercializarse sin competencia y a altos precios. Según los expertos, los estudios clínicos toman entre 5 y 10 años⁸, lo que significa que normalmente el plazo efectivo de la patente es de entre 10 y 15 años (20 años de plazo nominal menos los 5 a 10 de los estudios clínicos).

El artículo 16.9.a y b del Tratado incorpora un mecanismo dirigido a alargar la patente por encima de estos plazos en dos situaciones:

- a) Para compensar los “retrasos irrazonables” en la expedición de la patente, donde “irrazonable” es todo período superior a 5 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud de la patente o a 3 años desde la fecha de solicitud del examen de la patente, el que sea posterior. Estas demoras deben ser compensadas únicamente si son culpa de la oficina de registros o de la oficina de patentes, pero no si son retrasos atribuibles al solicitante de la patente.

- b) Para compensar por “reducciones irrazonables” del plazo efectivo de la patente como resultado de la duración del proceso de aprobación de comercialización.

La primera de las cláusulas, que introduce la compensación por demoras en la aprobación de la patente, aplica para todo tipo de patente. La segunda, es decir, la compensación por demoras en el permiso de comercialización, sólo es para patentes de productos farmacéuticos.

En ésta segunda, el Tratado no establece un tope para la compensación. Esto es contrario a lo que sucede en los Estados Unidos, donde la compensación por demoras en la oficina sanitaria no puede ser superior a 5 años y el plazo efectivo de la patente es máximo 14 años. Ante la ausencia de un tope en el tratado, Colombia podría otorgar compensaciones de más de 5 años, incluso 10 años, y plazos efectivos de 20 o 30 años⁹. Como veremos más adelante, esto restringe la entrada de genéricos al mercado y, en consecuencia, tiene un impacto nocivo sobre el acceso a medicamentos de los colombianos y sobre los componentes de asequibilidad y no discriminación del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP).

B. Contenido en el Protocolo Modificadorio (art. 5A del Protocolo que modifica el art. 16.9.a y b de Tratado.)

Como veíamos, el tratado obliga a Colombia a compensar por retrasos en la expedición de la patente y por demoras en la concesión del permiso de comercialización. El protocolo modificadorio vuelve *opcional* esta figura, al cambiar la palabra “deberá” contenida en los incisos

⁸ Véase, Rossi, Francisco (2006) *¿Salvamos los genéricos?*, p. 35

⁹ Stiglitz, Joseph “La traición en E.U.” en The New York Times (agosto de 2004) citado por IFARMA-Misión Salud (2007) *Impacto del TLC sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia* Publicaciones Misión Salud, Bogotá. P. 55.

16.9.6.a y b del Tratado por la palabra “podrá”. Esto significa que el Gobierno y el Congreso quedan con la tarea de reglamentar las materias y que pueden hacerlo de acuerdo a la Constitución y al interés general.

Adicionalmente, para compensar la eliminación de la obligación de las compensaciones, el protocolo modificatorio adiciona un nuevo inciso al artículo 16 (nuevo art. 16.9.6.a) que consagra el compromiso de cada Parte a realizar los mejores esfuerzos para tramitar de manera expedita las solicitudes de patentes y las solicitudes para la aprobación de comercialización para evitar los retrasos irrazonables.

C. Implicaciones constitucionales de la compensación por demoras sobre la salud pública (arts. 44 y 49 CP)

El artículo 16.9. a y b del Tratado introduce mecanismos que alargan los plazos de las patentes farmacéuticas. En consecuencia se prolonga la entrada de genéricos al mercado. Los estudios, sin embargo, muestran que la manera más efectiva de bajar los precios de los medicamentos para facilitar el acceso a los mismos es incentivar la producción de genéricos¹⁰. Cuando se agota una patente y los genéricos salen a la venta, el precio del producto cae entre 22% y 80%, dependiendo de la cantidad de productores. Eso explica por qué en Colombia los genéricos cuestan sólo la cuarta parte de lo que valen los medicamentos de marca. De ahí que el esfuerzo de las autoridades debería estar orientado hacia una mayor producción de genéricos de buena calidad. La cláusula de compensación por demoras injustificadas contenida en el texto original del Tratado, sin embargo, ejerce presión en la dirección opuesta, como ha sostenido Dejusticia en sus escritos sobre este tema¹¹.

Ninguna de las dos cláusulas existe en la normativa de la OMC ni en la de la CAN que, sumadas al Decreto 2085 de 2002, son los instrumentos que rigen la propiedad intelectual en Colombia. Como explica el director de la Fundación Misión Salud, Germán Holguín, la razón es que “se parte del entendido de que 20 años de plazo nominal y entre 10 y 15 años de plazo efectivo son más que suficientes, por no decir excesivos, toda vez que la recuperación de la inversión en investigación y desarrollo de los medicamentos (I&D), que es lo que justifica las patentes, regularmente se da en los dos o tres primeros años de comercialización, en promedio, siendo el resto utilidades”¹².

Adicionalmente, como el Tratado flexibiliza los requisitos para patentar un producto farmacéutico, es muy probable que se incrementen el número de solicitudes de patentes, lo que a su vez aumentaría las compensaciones, ya que la oficina de patentes no alcanzaría a tramitar todas las solicitudes de manera efectiva e incurriría en demoras. Como advirtió la organización Médicos Sin Fronteras en una carta de su Director Ejecutivo al Representante Comercial de los Estados Unidos en marzo de 2004, “para Colombia, cuya oficina de patentes está atiborrada de solicitudes de patentes farmacéuticas, [la extensión de las patentes por demoras en el proceso de otorgamiento de la patente] podría conducirla, para evitar juicios de responsabilidad a los funcionarios, a la concesión de patentes inválidas, por falta del tiempo y los recursos necesarios para un examen cuidadoso”.

¹⁰ Para una explicación detallada véase Rossi, Francisco (2006). *¿Salvamos los genéricos?*

¹¹ Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana (2007) “¿Es constitucional el TLC?”, en *Revista Foro* No. 61, Mayo 2007, Bogotá, p. 66 – 80. También disponible en: <http://www.dejusticia.org/publicaciones/boletinDE.php>

¹² IFARMA-Misión Salud (2007) *Impacto del TLC sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia* Publicaciones Misión Salud, Bogotá. P. 53.

Los estudios que han calculado el impacto del TLC sobre la salud no individualizan los efectos correspondientes a la extensión del plazo de las patentes farmacéuticas, sino que los calculan conjuntamente con las otras cláusulas del TLC (con excepción del caso de los pacientes con VIH-SIDA)¹³. Sin embargo, bajo la lógica económica es razonable sostener que la prolongación de una patente, que no es otra cosa que la prolongación de un monopolio, afectaría los precios del producto, en este caso de los medicamentos. Si retomamos lo que veíamos anteriormente sobre el mayor precio que tienen en Colombia los medicamentos de marca, eso significa que el Sistema Nacional de Salud, y las personas tendrán que pagar durante más tiempo medicamentos con precios más altos, e incluso, abstenerse total o parcialmente de adquirirlos. Francisco Rossi, antiguo coordinador del proyecto internacional de “Propiedad intelectual y acceso a medicamentos” del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y ex funcionario del Ministerio de la Protección Social a cargo de la Política Farmacéutica Nacional, ilustra esta situación con el caso del medicamento Ciclosporina, utilizado para minimizar el riesgo de rechazo de trasplantes. En 1999, siendo un producto exclusivo elaborado por la farmacéutica Sandoz, el Instituto del Seguro Social (ISS) –en su momento el mayor comprador público de medicamentos-, lo pagaba aproximadamente a nueve mil pesos la cápsula de 100 miligramos. Cuando expiró la patente y el medicamento pudo ser comercializado como genérico, el precio cayó cerca de los cuatro mil pesos, es decir, más de la mitad¹⁴. Para un particular, que no tiene poder de negociación frente a las farmacéuticas como sí lo tiene el ISS, podríamos razonablemente intuir que los precios que debía pagar por el medicamento en una farmacia antes de la entrada del genérico eran aún mayores.

Hasta el momento, hemos visto que la extensión del tiempo de vigencia de una patente como lo hace el art. 16.9.6.a y b, demora la entrada de competidores al mercado y crea condiciones de monopolio para el productor de marca. La consecuencia es que los productores pueden fijar los precios que deseen, lo que obliga a los pacientes y al sistema nacional de salud a pagar unos precios más altos por el medicamento o, lo que es peor aún, impide que éstos lo puedan adquirir del todo o en las cantidades necesarias, en especial para las poblaciones más pobres, afectando así el componente de asequibilidad y no discriminación del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP).

D. Conclusiones

En vista de todo lo anterior, cuando el Tratado se encontraba en el Congreso de la República, Dejusticia le sugirió al legislativo hacer uso de las reservas y las declaraciones interpretativas cuando ello fuera necesario para evitar cláusulas contrarias al derecho superior a la salud (arts. 44 y 49 de la CP). Por ello, respecto al literal “a” del art. 16.9.6 del Tratado, que cobija, como vimos, cualquier tipo de patente, invitamos al Congreso a hacer una declaración interpretativa que excluyera de su aplicación las patentes de productos farmacéuticos. Respecto al literal “b” de la misma norma, que se refiere únicamente a las patentes de productos farmacéuticos, le sugerimos que hiciera una reserva pues de lo contrario permitiría introducir al ordenamiento jurídico una norma que amenaza el acceso a medicamentos y el derecho fundamental a la salud. Sin embargo, el Tratado fue aprobado en su totalidad y estas cláusulas son, sin modificación alguna, parte del Tratado que se encuentra actualmente bajo estudio en la Honorable Corte.

¹³ Ver OPS-IFARMA (2004). *Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*. OPS y Fundación Ifarma, Bogotá; OPS-IFARMA (2005). *Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*, OPS y Fundación Ifarma, Bogotá.; IFARMA-Misión Salud (2006) *La propiedad Intelectual en el TLC: impactos sobre el gasto farmacéutico y el acceso a medicamentos en Colombia*, Publicaciones Misión Salud, Bogotá.; e IFARMA-Misión Salud (2007) *Impacto del TLC sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia* Publicaciones Misión Salud, Bogotá.

¹⁴ Rossi, Francisco (2006). *¿Salvamos los genéricos?* P. 37.

El Protocolo Modificatorio, en cambio, ayudó a resolver este vicio de inconstitucionalidad al volver *facultativa* la obligación de extender el plazo de la patente para compensar por demoras en la aprobación de la patente o en el permiso de comercialización. Sin embargo, esto no es suficiente para blindar el artículo contra la inconstitucionalidad. Al convertirse en *facultativa*, la manera como se reglamente esta cláusula es la que determinará si el art. 16.9.6 constituye una barrera al acceso a los medicamentos o no. Dicha potestad reglamentaria reposa en cabeza del Ejecutivo y el Congreso de la República y son ellos quienes pueden reglamentar a favor de la salud pública y los intereses generales.

Por lo anterior, consideramos que la Corte debería declarar la constitucionalidad del artículo 16.9.6 como fue modificado por el Protocolo, pero sujeto a una declaración interpretativa que obligue al Gobierno y al Congreso reglamentar dicha cláusula en pro, y nunca en contra, del derecho a la salud (arts. 44 y 49 de la CP), en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

2.1.3. Protección de datos de prueba (art. 16.10.1 del Tratado)

A. Contenido en el Tratado (art. 16.10.1 del Tratado)

El Artículo 16.10.1 del Tratado introduce el mecanismo que se conoce como “protección de datos de prueba con exclusividad”. La protección de datos de prueba es el mecanismo creado para proteger la información no divulgada que presenta un laboratorio a la autoridad sanitaria (el INVIMA en Colombia) para demostrar que el principio activo contenido en un medicamento es seguro y eficaz, y así obtener permiso de comercialización (registro sanitario). Con exclusividad significa que la persona que presentó la información sobre el principio activo tiene un derecho de exclusividad comercial durante cierto tiempo (como veremos en detalle más adelante, al menos 5 años según el TLC).

La consecuencia práctica de la protección con exclusividad -a diferencia de la protección sin exclusividad que es la ideada por la OMC (Acuerdo sobre los ADPIC, art. 39) y acogida por la CAN (Decisión Andina 486, art. 266)-, es que la autoridad sanitaria no puede otorgar el registro de un genérico con base en la prueba de seguridad y eficacia presentada por el innovador. De manera que si un fabricante de genérico quiere comercializar el medicamento durante el tiempo que la información presentada por el innovador está protegida, debe presentar sus propias pruebas de seguridad y eficacia del principio activo para probar que el medicamento no es tóxico y produce el efecto deseado, lo cual es muy costoso por los complejos procedimientos que implica y hace que la entrada del producto al mercado no sea rentable¹⁵. Por el contrario, la protección de datos sin exclusividad busca simplemente proteger los datos de prueba contra la competencia desleal.

En síntesis, el mecanismo de protección de datos con exclusividad, ideado para favorecer a las multinacionales farmacéuticas dado que extiende la duración de la patente, constituye un monopolio porque durante el tiempo de protección no es posible comercializar medicamentos competidores. Además, este monopolio tiene un efecto nocivo sobre los precios de los medicamentos.

¹⁵ IFARMA-Misión Salud (2007). Op. Cit. Pp. 23-25

El sistema de datos de prueba con exclusividad fue introducido en Colombia por medio del Decreto 2085 de 2002¹⁶. Sin embargo, las cláusulas del Tratado consagran una protección mucho más elevada que la del Decreto en materia de datos de prueba. A continuación presentamos una lista de los principales componentes de la cláusula de protección de datos con exclusividad y explicamos los casos donde esto implica un estándar de protección mayor que el que tiene Colombia con el Decreto 2085 de 2002:

1. El Tratado (art. 16.10.1.a) otorga protección a la información sobre seguridad y eficacia de “nuevos productos farmacéuticos” (art. 16.10.1a) y no a las “nuevas entidades químicas”, como lo hace el Decreto 2085 (art. 2). La protección del Tratado es más amplia porque incluye los aspectos relacionados con las especificaciones técnicas del producto y los métodos de fabricación.
2. El Tratado (art. 16.10.1.a) protege toda la información presentada a la autoridad sanitaria, es decir, tanto la divulgada como la no divulgada, lo que le da carácter privado a una información que ya era pública. El Decreto 2085 sólo protege los datos no divulgados.
3. El Tratado (art. 16.10, 1.b.ii) ordena proteger la información “por un período de al menos cinco años”, lo que significa que pueden concederse períodos de protección superiores, incluso cuando en Estados Unidos y en Colombia (en virtud del Decreto 2085) el plazo de protección con exclusividad es de 5 años.
4. El Tratado (art. 16.10.1.b.ii) consagra la figura denominada “agotamiento del derecho” de protección de datos en 5 años, lo que significa que la protección de la información entregada a la autoridad sanitaria debe ser solicitada en Colombia dentro de los 5 años siguientes de haber sido obtenida en Estados Unidos (o viceversa). Esa figura no existe en Colombia bajo el Decreto 2085 de 2002 y tiene un aspecto positivo y otro negativo. El

¹⁶ El Decreto 2085 de 2002 ha sido muy polémico por haber aumentado la protección a la propiedad intelectual en Colombia por encima de la protección de la OMC y de la CAN. Mediante sentencia del 8 de diciembre de 2005 el Tribunal Andino de Justicia declaró el decreto “inaplicable” por ser contrario a las normas andinas que prohibían proteger los datos con exclusividad y decidió:

“Declarar que la República de Colombia se encuentra en estado de incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario al haber emitido el Decreto 2085 de 19 de septiembre de 2002, en su artículo 3, publicado en el Diario Oficial N°. 44.940 de 21 de septiembre de 2002, por el cual al reglamentar aspectos relacionados con la información suministrada para obtener registro sanitario respecto a nuevas entidades químicas en el área de medicamentos, así como la aplicación del mismo por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, se establece plazos de exclusiva, con lo que se violan las disposiciones previstas en los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 266 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 260 a 265 y 276”.

No obstante, contrario a la orden que le dio el Tribunal a Colombia de “adoptar las medidas necesarias para restablecer el ordenamiento jurídico comunitario infringido”, el Gobierno colombiano promovió ante la CAN la modificación de la norma y permitió a los negociadores del TLC incluir el mecanismo de protección de datos con exclusividad en la agenda del TLC. Por eso mismo es que el Gobierno sostuvo, hasta antes de la aprobación del Protocolo Modificatorio, que la protección de datos con exclusividad no representaba la introducción de un estándar de protección a la propiedad intelectual más alto de lo existente en Colombia. En respuesta a esa posición, Francisco Rossi, anterior funcionario del PNUD en el programa de acceso a medicamentos, sostiene que “en rigor, el Gobierno colombiano hubiera debido derogar el Decreto 2085 de 2002 y, una vez surtidos los procesos correspondientes en la CAN y ratificado el TLC en Colombia y en Estados Unidos, producir una nueva norma (...). Por esta razón deberíamos considerar la protección de datos como una concesión totalmente nueva otorgada a la industria multinacional gracias al TLC. Sin TLC el 2085 hubiera sido derogado sin duda alguna”. Además, no en vano la protección de datos de prueba con exclusividad fue una de las cláusulas que los Demócratas del Congreso norteamericano exigieron modificar por representar una amenaza al derecho a la salud de los colombianos.

aspecto negativo es que con el TLC, una vez obtenido el permiso de comercialización de un producto en Estado Unidos, ningún otro laboratorio puede utilizar la información de seguridad y eficacia presentada allá para obtener comercialización en Colombia sino hasta agotados los 5 años. El positivo es que con la entrada en vigor del TLC no se podrán proteger entidades químicas que está en el mercado hace más de 5 años, que es algo que sucede en Colombia bajo el Decreto 2085 y que explica por qué están protegidas entidades químicas que están en el mercado hace más de 10 años. Con el TLC se puede pedir permiso de comercialización para entidades mayores de 5 años, pero sin protección de datos. Como veremos en la siguiente sección cuando analicemos los cambios introducidos por el Protocolo Modificadorio, si bien el agotamiento del derecho que introduce el Tratado tiene este aspecto positivo, hay un mecanismo llamado el agotamiento “día a día” (no de 5 años) que permite que el agotamiento sea en menos tiempo, lo que permite a otra persona en Colombia usar la información de seguridad y eficacia presentada en Estados Unidos, en menos tiempo.

5. El Tratado no contiene las siguientes excepciones a la protección de datos que tiene el Decreto 2085 de 2002 para minimizar el efecto de la protección de datos sobre los costos y el acceso a los medicamentos:
 - a. Los cambios menores a sustancias que ya están en el mercado (Decreto 2085 de 2002, art. 1).
 - b. Cuando la entidad química cuyo registro se solicita sea “similar” a otra que haya sido comercializada en Colombia (Decreto 2085 de 2002, art. 4.b.).
 - c. Cuando sea necesario proteger el interés público, tal como está consagrado en la Declaración de Doha (Decreto 2085 de 2002, art. 4.c.).
 - d. Cuando la entidad no se comercializa un año después de la expedición del registro sanitario (Decreto 2085 de 2002, art. 4d).
6. El Tratado no menciona las salvaguardas o flexibilidades de la Declaración de Doha – licencias obligatorias¹⁷, importaciones paralelas¹⁸, excepción Bolar¹⁹ – que permiten a los países tomar medidas para proteger la salud pública. El Tratado se limita a reconocer que las Partes pueden adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública, sin especificar cuáles. Sin embargo, no lo hace directamente en el texto del Tratado sino en una carta adjunta titulada “Entendimiento respecto de ciertas medidas de salud pública”, lo cual genera dudas sobre su obligatoriedad y exigibilidad en un futuro.

B. Contenido en el Protocolo Modificadorio (art. 5B del Protocolo que modifica el art. 16.10.1 del Tratado.)

¹⁷ Una licencia obligatoria es el permiso que da un gobierno para producir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente. Sin embargo, el titular de la patente sigue teniendo derechos sobre ella, incluido el de recibir un pago por las copias autorizadas de los productos.

¹⁸ Las importaciones paralelas permiten a un país comprar medicamentos de marca de un tercero en otro país, porque en ocasiones las compañías farmacéuticas ofrecen precios significativamente más bajos de un país a otro.

¹⁹ La excepción Bolar, también conocida como “trabajo previo” es un mecanismo que permite al fabricante de genéricos, realizar todos los trámites, hacer las pruebas de producción y obtener todas las licencias y registros sanitarios necesarios durante el tiempo de vigencia de la patente para que al día siguiente de su vencimiento pueda poner el genérico en el mercado.

De las cláusulas del capítulo de propiedad intelectual con impacto en el acceso a medicamentos y consecuentemente en el derecho a la salud, la protección de datos de prueba con exclusividad fue la que más cambios sufrió. Según el entonces Ministerio de Comercio de Colombia, “el resultado es unas condiciones más estrictas para acceder a la protección de los datos de prueba y, por lo tanto, más posibilidades de que haya genéricos en el mercado”²⁰.

Los cambios introducidos al art. 16.10 fueron los siguientes:

1. El protocolo modificadorio precisa que la protección es para “nuevas entidades químicas” (art. 16.10.2.a), lo que significa un ámbito de aplicación más restringido. Sin embargo, como el protocolo no define qué debe entenderse por “nuevas entidades químicas”, la potestad reglamentaria reposa en el Gobierno.
2. En el protocolo modificadorio, es el Estado el que determina qué información debe presentársele para efectos del registro sanitario, y la protección se limita a tal información (art. 16.10.2a). Con esto se evita privatizar una información pública que el productor puede entregar de más, pero que ya era pública.
3. El protocolo modificadorio adiciona como condición para la protección de la información que ésta haya sido obtenida mediante un “esfuerzo considerable” de quien la presenta, en términos científicos y económicos (art. 16.10.2.a y b). Es una condición que existe en el Decreto 2085 de 2002 (art. 2), pero que no está contenida en el texto del Tratado. El objetivo de este cambio es restringir el campo de protección para que únicamente información difícil de conseguir sea la que reciba la protección.
4. El protocolo modificadorio ordena proteger la información por un “período de tiempo razonable”, y aclara que “normalmente” razonable significa 5 años, contados a partir de la aprobación de la comercialización en Colombia. Cinco años es el término establecido por el Decreto colombiano 2085 de 2002 (Decreto 2085, art. 3) y por la legislación norteamericana. Nuevamente, quien deberá regular esta materia es el Gobierno y de éste depende que no se concedan protecciones superiores a 5 años. Con la enmienda introducida por el protocolo modificadorio, los medicamentos estarían disponibles más rápidamente en el mercado colombiano que bajo el texto del Tratado. Miremos el siguiente ejemplo: Si la solicitud de comercialización se presenta en Colombia 2 años después de la primera aprobación en Estados Unidos, en el marco del Tratado no habría “agotamiento del derecho” y el INVIMA tendría que proteger la información durante 5 años contados desde la aprobación en Colombia. Por el contrario, bajo el Protocolo, si el trámite de aprobación en Colombia dura 1 año, por ejemplo, el gobierno sólo tendría que proteger los datos de prueba durante 2 años contados desde la aprobación en Colombia (a los 5 años se le descuentan los 2 que corrieron desde la primera aprobación en Estados Unidos y el año de trámite en Colombia).
5. El protocolo modificadorio (arts. 16.10.2.e y 16.13) incorpora el derecho de las Partes a recurrir, ante una crisis de salud pública, a las salvaguardas contenidas en la Declaración de Doha y a medidas favorables a la salud pública que adopte la OMC en un futuro.

C. Implicaciones constitucionales

²⁰ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Comunicado de Prensa No. 110, Bogotá, junio 28 de 2007.

Los estudios nacionales sobre el impacto del TLC en la salud coinciden en afirmar que la protección de datos de prueba con exclusividad es la cláusula más nociva para el derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP)²¹.

Según el estudio más reciente²², que implementa una metodología diseñada en 2005 por la Organización Panamericana de la Salud, la protección de datos con exclusividad generaría un aumento de precios de los productos farmacéuticos del orden del 26% en 2010 y del 30% hacia el 2020. Para mantener el mismo nivel de consumo, habría que aumentar el gasto en US\$400 millones anuales en 2010 y en US\$674 millones anuales en 2020. Si no existen recursos – y parece que así será en vista de que el Gobierno no ha ofrecido un subsidio como en el sector agrario-, el consumo de medicamentos podría disminuir en el año 2020, lo que se traduciría en una pérdida en el acceso a medicamentos para 3.8 millones de colombianos.

El estudio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) e IFARMA, de finales de 2005, arroja resultados similares²³. A raíz de la protección de datos, los precios aumentarían hasta un 26% en 2020, lo que implicaría un aumento en el gasto de medicamentos de US\$630 millones para mantener el mismo nivel de consumo. En caso de no poder realizar ese gasto, cuatro millones de personas perderían el acceso a medicamentos.

En suma, los estudios muestran que habrá una disminución en el número de personas con acceso a medicamentos, especialmente de los sectores más vulnerables y marginados de la población y por ende, una vulneración grave a los componentes de asequibilidad y no discriminación del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP), como explicamos en detalle en la sección anterior.

D. Conclusiones

Por los motivos anteriormente expuestos, cuando el Tratado estaba siendo revisado por el Congreso de la República, Dejusticia recomendó que se aprobara el Tratado pero con una declaración interpretativa en el artículo 16.10.1 que determinara que la cláusula de protección de datos con exclusividad no es aplicable a los productos farmacéuticos. Sin embargo, el Tratado fue aprobado en su totalidad y esta cláusula, sin modificación alguna, hace parte del Tratado que se encuentra actualmente bajo estudio en la Corte.

²¹ Ver OPS-IFARMA (2004). *Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*. OPS y Fundación Ifarma, Bogotá; OPS-IFARMA (2005). *Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*, OPS y Fundación Ifarma, Bogotá.; IFARMA-Misión Salud (2006) *La propiedad Intelectual en el TLC: impactos sobre el gasto farmacéutico y el acceso a medicamentos en Colombia*, Publicaciones Misión Salud, Bogotá; e IFARMA-Misión Salud (2007) *Impacto del TLC sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia* Publicaciones Misión Salud, Bogotá.

²² IFARMA-Misión Salud (2006) *La propiedad Intelectual en el TLC: impactos sobre el gasto farmacéutico y el acceso a medicamentos en Colombia*, Publicaciones Misión Salud, Bogotá

²³ OPS-IFARMA (2005). *Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*, OPS y Fundación Ifarma, Bogotá.

El Protocolo Modificatorio, en cambio, enmienda el artículo 16.10.1 y, si bien no corrige del todo las barreras que le impone la cláusula de protección de datos con exclusividad al acceso a medicamentos, introduce cinco cambios fundamentales (explicados en la sección anterior) que hacen menos gravosa esta cláusula para la salud pública, en la medida que el Estado ejerza responsablemente su potestad reglamentaria a favor de la salud pública.

Por ello, consideramos que la Corte debe declarar exequible el art. 16.10.1 tal como fue enmendado por el Protocolo Modificatorio, pero con una declaración interpretativa que corrija las barreras que impone al acceso a medicamentos, y que por tanto exija al Gobierno y al Congreso reglamentar dicha cláusula en pro, nunca en detrimento, del derecho a la salud (art. 44 y 49 CP), en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

2.1.4. Vínculo patente-registro (art. 16.10.3 del Tratado)

A. Contenido en el Tratado (art. 16.10.3 del Tratado)

El artículo 16.10.3 del Tratado introduce un vínculo entre la oficina sanitaria (el INVIMA) y la oficina de patentes (la Secretaría de Industria y Comercio) para proteger al titular de una patente contra posibles infracciones a ésta. Internacionalmente este vínculo se conoce como “linkage”.

En el marco de la legislación vigente, en Colombia no existe un vínculo entre la oficina de patentes y la oficina sanitaria porque cada una cumple tareas distintas y operan de manera independiente. A la oficina de patentes le corresponde determinar si un producto farmacéutico es suficientemente innovador para otorgarle o no una patente, mientras la oficina sanitaria cumple la función de evaluar si el fármaco es seguro y eficaz, -es decir, cumple la función para la que fue creado y no es tóxico-, para otorgarle o no el registro sanitario que constituye el permiso de comercialización. Por su parte, si el titular de una patente considera que un producto que está siendo comercializado en el mercado viola el derecho de exclusividad que le confiere la patente, puede demandar al productor presuntamente responsable ante la autoridad judicial y obtener una indemnización por el daño causado por la infracción de la patente.

El Tratado cambia esta situación porque crea un vínculo entre las dos oficinas. El vínculo patente-registro significa que, de un lado, cuando una persona solicita permiso de comercialización de un medicamento competidor a la oficina sanitaria, ésta tiene la obligación de informar al supuesto titular de la respectiva patente la identidad de esa persona para que tenga la oportunidad de actuar contra ella, y de otro lado, la obligación de implementar medidas para impedir que se comercialice el producto competidor durante el término de la patente.

Si bien a primera vista éste puede parecer un mecanismo inofensivo para evitar que sean comercializados productos patentados, en la práctica puede ser usado para evitar la competencia y prolongar la situación monopólica de los productores de marca en el mercado. Esto porque el vínculo patente-registro permite retrasar el ingreso al mercado de medicamentos de marca nacional y con nombre genérico durante el tiempo que la autoridad competente resuelve las oposiciones que el supuesto titular de la patente hizo contra el competidor y autorice la comercialización del producto en el mercado²⁴.

En los Estados Unidos la figura del “linkage” rige desde 1984 y ha ocasionado retrasos en la entrada de medicamentos genéricos al mercado. Una investigación de la Comisión Federal de

²⁴ Ver, IFARMA-MISION SALUD (2007). *Impacto del Tratado de Libre Comercio firmado por los gobiernos de Colombia y Estados Unidos sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia*. Pp. 43-44.

Comercio de ese país reveló que entre los años 1992 y 2001 las oposiciones por supuesta infracción de la patente hicieron que el 72% de las solicitudes de comercialización de medicamentos competidores se suspendieran durante más de dos años y medio y resultó que en el 73% de los casos, el fallo fue a favor del productor del genérico. Esto significa no sólo que el competidor tuvo que abstenerse durante ese tiempo de comercializar su producto (sin ninguna indemnización), sino que, ante la falta de competidores, los ciudadanos y las instituciones públicas de salud pagaron más caro por el producto patentado²⁵.

Los principales efectos prácticos del vínculo patente-registro tal y como está consagrado en el Tratado son los siguientes:

1. Ignora la especificidad y separación de funciones de la oficina de patentes y la oficina sanitaria, pues esta última pasa a jugar un papel en el otorgamiento de la patente, en vez de limitarse a verificar los requisitos fitosanitarios del producto.
2. Se invierte la carga de defender los derechos privados que confiere una patente, pues pasa de ser una responsabilidad del titular de la misma, a ser una función de la oficina sanitaria.
3. Ignora la existencia de mecanismos administrativos y judiciales puestos a disposición del titular de la patente para evitar una infracción.
4. Impone a la oficina sanitaria una obligación difícil de cumplir por dos razones: Primero, porque los funcionarios de la oficina sanitaria no tienen el conocimiento técnico necesario para determinar si un producto usurpa una patente, dado que dicha oficina no cumple la función de otorgar patentes. Segundo, porque en Colombia no existe una base de datos unificada y actualizada que permita verificar de manera expedita las patentes vigentes.
5. Se abre la puerta para que tanto titulares de la patente como productores de genéricos y la sociedad civil demanden al Estado. Los primeros porque el Estado fue negligente y no protegió sus derechos conferidos por la patente, los segundos porque el Estado impidió injustificadamente la comercialización del genérico y los últimos porque fueron obligados a pagar más existiendo productos más baratos²⁶.
6. El vínculo patente-registro puede potencialmente restringir el uso las licencias obligatorias dado que establece que el medicamento patentado no se puede comercializar sin el consentimiento del titular de la patente. Para Colombia esto significaría no poder recurrir en casos de una emergencia de salud pública a salvaguardias internacionalmente

²⁵ Ver, IFARMA-Misión Salud (2007). Op. Cit. IFARMA-MISION SALUD (2007). *Impacto del Tratado de Libre Comercio firmado por los gobiernos de Colombia y Estados Unidos sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia*. Pp. 44-45.

²⁶ Ver, IFARMA-Misión Salud (2007). Op. Cit. Pp. 46.

establecidas a favor de los países en el acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración de Doha.

B. Contenido en el Protocolo Modificatorio (art. 5B del Protocolo que modifica el art. 16.10.3 del Tratado.)

Para conseguir un registro sanitario, existen dos tipos de aprobación de comercialización: por referencia y la ordinaria. Por referencia sucede cuando el país autoriza que el solicitante del registro sanitario presente la evidencia de la anterior aprobación de comercialización en el otro territorio (Estados Unidos). La ordinaria significa que se tiene que presentar toda la evidencia en Colombia y no sirve la presentada en la aprobación anterior. En Colombia la regla general es la aprobación ordinaria, la por referencia es excepcional (Decreto 677 de 1995, art. 27).

En los casos de aprobación ordinaria, el protocolo modificatorio (art.16.10.3 y art. 16.10.4) sustituyó el vínculo patente-registro por los siguientes compromisos:

1. “Proveer procedimientos, tales como judiciales o administrativos, y remedios, tales como medidas cautelares preliminares o medidas provisionales eficaces equivalentes, para la resolución expedita de diferendos sobre la validez o la infracción de una patente con respecto a reclamos sobre una patente” (art. 16.10.3.a).
2. “Proveer un sistema transparente para informar al titular de una patente que otra persona está procurando comercializar un producto farmacéutico aprobado durante el período de una patente que cubre el producto o su método aprobado de uso” (art. 16.10.3.b).
3. Este sistema debe ofrecer “suficiente tiempo y oportunidad para que el titular de la patente procure, antes de que se comercialice un producto presuntamente infractor, los remedios disponibles contra el producto infractor” (art. 16.10.3.c).

Para el caso de aprobación por referencia, el protocolo modificatorio vuelve *facultativo* la cláusula del vínculo patente-registro.

Adicionalmente, el protocolo modificatorio establece el compromiso de que las Partes provean “un procedimiento judicial o administrativo expedito” para que los productores de genéricos puedan impugnar la validez o la aplicabilidad de la patente identificada, y en caso de que la impugnación sea exitosa, obtener “recompensas efectivas” como, por ejemplo, “un período exclusivo de comercialización para el primer solicitante que impugne con éxito la validez o aplicabilidad de la patente”(art. 16.10.4c y d).

C. Implicaciones constitucionales

La cláusula del vínculo patente-registro es contraria a la Carta por las mismas razones que las cláusulas de recompensa por demoras injustificadas y la protección de datos: el vínculo patente-registro demora la entrada al mercado de medicamentos genéricos, lo que prolonga el tiempo efectivo de protección de la patente, ocasiona un alza en los precios de los fármacos de marca por la situación monopólica, y por ende, genera un aumento en el gasto en salud y la posibilidad de pérdida de acceso de los sectores con menos recursos; todo lo cual se traduce en una violación al derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP) y a la vida en condiciones dignas (art. 11 CP).

Según el estudio más reciente de la Organización Panamericana de la Salud e IFARMA, para el año 2020, la introducción del vínculo patente-registro generaría un aumento del nivel de principios activos protegidos al 41%, mientras en 2006 la cifra es de 4%. Eso implicaría una reducción en el consumo del 8% o un incremento del gasto de US\$201 millones anuales para mantener el mismo nivel de consumo²⁷. Aunque el impacto es menor que las otras medidas, no dejan de ser significativas cuando se trata de personas que van a perder el acceso a medicamentos y poner en riesgo su salud y su vida.

En el caso particular de los medicamentos de VIH-SIDA un estudio muestra que establecer el vínculo entre las oficinas de patentes y sanitaria implicaría que en el año 2020, 400 pacientes no podrían recibir antirretrovirales. Asimismo, “el incremento en el nivel de monopolio implicaría un incremento del 42% del precio de los ARV y en consecuencia, un aumento del presupuesto de más de 13 millones de dólares”²⁸. Si no se incrementa el presupuesto para este tipo de medicamentos, habría una reducción del consumo en un 42% y en consecuencia, entre 8500 y 12800 pacientes verían reducida su esperanza de vida entre 5.3 y 9.9 años²⁹.

Como demuestran los estudios anteriormente citados, el vínculo patente-registro consagrado en el art. 16.10.3 del Tratado acarrea la pérdida de acceso a medicamentos de miles de colombianos y en consecuencia un menoscabo al componente de asequibilidad y no discriminación del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP) y a la vida en condiciones dignas (art. 11 CP).

D. Conclusiones

Por los motivos anteriormente expuestos, cuando el TLC estaba siendo debatido en el Congreso, Dejusticia sugirió que el Tratado fuera aprobado pero con una reserva al art.16.10.3. Sin embargo, el Tratado fue aprobado en su totalidad y esta cláusula, sin modificación alguna, hace parte del Tratado que se encuentra actualmente bajo estudio en la Honorable Corte.

El Protocolo Modificatorio, en cambio, enmienda el artículo 16.10.3 del Tratado de dos maneras: primero, vuelve el vínculo patente-registro *facultativo* en el caso de las aprobaciones por referencia. Segundo, elimina el vínculo patente-registro en la aprobación ordinaria y, en su lugar, introduce tres soluciones, a saber: un procedimiento, un sistema transparente de información y un tiempo razonable para que el titular de la patente haga uso de los remedios disponibles en contra del supuesto infractor de la patente. Sin embargo, estas dos enmiendas son insuficientes para blindar el artículo contra la inconstitucionalidad. El hecho de que sea *facultativo* y que el Estado sea quien tenga que implementar las tres soluciones hace que la manera como se reglamente esta cláusula sea la que determine si el artículo 16.9.6 es una barrera al acceso a medicamentos o no. En vista de que dicha potestad reglamentaria reposa en cabeza del Ejecutivo y el Congreso de la República, son ellos quienes pueden reglamentar a favor de la salud pública y los intereses generales.

²⁷ OPS-IFARMA (2005). *Determinación del impacto de fortalecer las medidas de propiedad intelectual como consecuencia de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*, Tabla 13 “Efectos Escenario 3”, P. 24.

²⁸ IFARMA-MISION SALUD (2007). *Impacto del Tratado de Libre Comercio firmado por los gobiernos de Colombia y Estados Unidos sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia*. P. 12.

²⁹ IFARMA-MISION SALUD (2007). *Impacto del Tratado de Libre Comercio firmado por los gobiernos de Colombia y Estados Unidos sobre la esperanza de vida de los pacientes viviendo con VIH-Sida en Colombia*. P.13

Por lo anterior, consideramos que la Corte debería declarar exequible el artículo 16.9.6 como fue modificado por el Protocolo, pero sujeto a una declaración interpretativa que obligue al Gobierno y al Congreso a reglamentar dicha cláusula en pro, y nunca en contra, del derecho a la salud), en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

2.2. Derechos laborales fundamentales (art. 6.B. del Protocolo que introduce nuevo art. 17.2 del TLC)

En este aparte analizamos la constitucionalidad del artículo 17.2.1 introducido por el Protocolo Modificadorio al texto del TLC para incluir en el mismo una cláusula de protección de los derechos laborales. La sección está dividida en cuatro partes. En la primera estudiamos de manera sucinta el capítulo laboral (17) del Tratado con el fin de resaltar que, contrario a tratados de libre comercio firmados entre Estados Unidos y otros países como Chile y Jordania, el firmado con Colombia carece de una cláusula laboral. La segunda parte analiza el contenido de la cláusula laboral propuesta por el Protocolo Modificadorio para proceder, en la tercera sección, a explicar por qué, a pesar del avance que implica su inclusión en el tratado, en virtud de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, estamos ante la presencia de una omisión legislativa relativa, ya que la cláusula excluye el derecho de libertad sindical. Concluimos, con unas consideraciones finales sobre posibles maneras de subsanar dicha omisión.

A. La ausencia de cláusula laboral en el Tratado (capítulo 17 del Tratado)

En el capítulo laboral del TLC (cap. 17) sorprende la ausencia de una cláusula laboral que estipule expresamente los derechos laborales y los mecanismos de protección que los dos Estados se comprometerían a impulsar. Dicha sorpresa se deriva, de un lado, de que existían razones tanto jurídicas como de conveniencia política para consagrar una cláusula de esa naturaleza en el trato, y de otro lado, de que **todos** los TLC que el gobierno estadounidense ha firmado desde el año 2002³⁰ –con Chile y Singapur en 2003 y recientemente con CAFTA- contienen cláusulas referentes a la protección de derechos laborales.

En cuanto a lo primero, la inclusión de una cláusula laboral en el TLC constituye una medida de singular relevancia para desarrollar el mandato constitucional de protección del trabajo y los derechos laborales dentro de una economía social de mercado, que por ende debió haber sido promovida por el gobierno al momento de la negociación, o en su defecto por el Congreso al momento de la aprobación. Pero además, existen motivos económicos, sociales y políticos que explican la importancia de incluir una cláusula laboral en el TLC.³¹ Las razones económicas y sociales vienen del TLCAN (NAFTA) donde los resultados de los primeros diez años muestran que si bien la productividad aumentó, ésta no se traduce automáticamente en más y mejores empleos ni en un crecimiento equitativo. Las razones sociales y políticas emanan del panorama colombiano, caracterizado por algunas de las más graves violaciones de derechos laborales en el mundo, tales como el mayor número de muertes de sindicalistas y la existencia de trabajo infantil. Esta situación, ha motivado a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) a formular observaciones sobre el caso colombiano, lo

³⁰ La ley de 2002, que otorgó facultades especiales de negociación comercial al gobierno estadounidense y en virtud de la cual se firmó el TLC con Colombia, establece que la inclusión de derechos laborales y de mecanismos de protección es un requisito ineludible para Estados Unidos en las negociaciones.

³¹ Para un estudio completo sobre la necesidad de una cláusula laboral en el TLC con Estados Unidos, ver: Rodríguez Garavito, César A., (2004) “Los derechos laborales en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos” en, Catalina Botero y Andrea Guardo (eds.) *Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia*. Bogotá: Fundación Social y Fundación Konrad Adenauer.

cual, recordemos, sólo ocurre en los casos de graves y reiteradas violaciones a los convenios de la OIT.

En cuanto a lo segundo, la ausencia de una cláusula laboral en el TLC implica una diferencia sustancial entre éste y los demás tratados de libre comercio firmados por Estados Unidos con otros países en la última década, pues todos éstos tratados incluyen en sus textos una cláusula laboral. A continuación ofrecemos algunos ejemplos de estos tratados³².

1) El NAFTA y el Acuerdo Laboral de Cooperación Laboral de América del Norte

El primer antecedente de cláusulas laborales en tratados de libre comercio en el hemisferio es el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN). El hecho de que el ACLAN sea un acuerdo paralelo al NAFTA y no parte del texto de éste se explica por las circunstancias políticas que le dieron origen. Tras la firma de NAFTA en 1992, las críticas de numerosos analistas, movimientos sociales y políticos, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil en los tres países del NAFTA contra la concentración exclusiva del tratado en la protección del libre comercio y los derechos de propiedad llevaron a la firma posterior de dos acuerdos separados destinados a proteger los derechos laborales (ACLAN) y el medio ambiente (ACAAN).³³

Los aspectos principales del ACLAN pueden ser resumidos de la siguiente manera. En relación con los derechos garantizados, el acuerdo incluye una lista de 11 principios que las partes se comprometen a impulsar:

- 1) libertad de asociación y derecho de asociación sindical;
- 2) derecho de negociación colectiva;
- 3) derecho a la huelga;
- 4) prohibición de trabajo forzado;
- 5) protecciones laborales para niños y jóvenes;
- 6) garantía de derechos laborales mínimos;
- 7) eliminación de la discriminación en el trabajo;
- 8) igual remuneración para mujeres y hombres;
- 9) prevención de lesiones y enfermedades profesionales;
- 10) compensación en caso de lesiones o enfermedades profesionales; y
- 11) protección para trabajadores migrantes.

2) El TLC entre Estados Unidos y Jordania

El TLC firmado entre estos dos países estableció un precedente importante para la protección de los derechos laborales. Las novedades del tratado EE.UU-Jordania surgieron en buena medida de las críticas que se habían hecho al ACLAN. Los avances del tratado son cuatro. Primero, las cláusulas laborales están contenidas en el texto mismo del tratado, no en un acuerdo paralelo. Segundo, el tratado establece que las partes “tratarán de asegurar” que los derechos laborales reconocidos internacionalmente sean adoptados y protegidos por el derecho interno. A diferencia

³² Para un estudio detallado sobre las distintas cláusulas laborales incluidas en los tratados de libre comercio analizados en esta intervención, ver, Rodríguez Garavito, César A., (2004) “Los derechos laborales en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos” en, Catalina Botero y Andrea Guardo (eds.) *Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia*. Bogotá: Fundación Social y Fundación Konrad Adenauer.

³³ Rodríguez Garavito, César A., (2004) “Los derechos laborales en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos” en, Catalina Botero y Andrea Guardo (eds.) *Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia*. Bogotá: Fundación Social y Fundación Konrad Adenauer.

del ACLAN, entonces, este tratado incluye como fuente, además del derecho interno, un propósito general sobre el derecho laboral internacional de la OIT como parámetro al que deben aspirar los ordenamientos nacionales. Tercero, el acuerdo establece expresamente que “es inapropiado promover el comercio a través del debilitamiento del derecho laboral interno”. Por último, el tratado introdujo una innovación importante en relación con los mecanismos de resolución de disputas, consistente en la paridad del tratamiento de los controversias que surjan en relación con cualquier asunto relativo al tratado, sea de tipo comercial, laboral o ambiental.

Sin embargo, el tratado con Jordania implicó un retroceso en relación con otros aspectos del ACLAN, entre ellos la lista de derechos incluidos. Los derechos protegidos por el tratado son:

- 1) condiciones aceptables de trabajo relacionadas con el pago de salario mínimo, horas de trabajo y seguridad industrial;
- 2) libertad de asociación;
- 3) derecho a la negociación colectiva;
- 4) exigencia del establecimiento de una edad mínima para el trabajo infantil;
- 5) prohibición del trabajo forzado.

3) El TLC entre Estados Unidos y Chile

El tratado EE.UU-Chile implica los mismos avances y retrocesos del modelo jordano en relación con el ACLAN, pero es significativo para el asunto que nos ocupa pues se trata de un tratado firmado con un país latinoamericano. Los derechos protegidos por el tratado son:

- 1) condiciones aceptables de trabajo relacionadas con el pago de salario mínimo, horas de trabajo y seguridad industrial;
- 2) libertad de asociación;
- 3) derecho a la negociación colectiva;
- 4) exigencia del establecimiento de una edad mínima para el trabajo infantil;
- 5) prohibición del trabajo forzado.

Los anteriores ejemplos muestran entonces que los tratados bilaterales de libre comercio firmados con Estados Unidos no sólo pueden sino que suelen contener una cláusula laboral, lo que hace aún más problemática la ausencia de la misma en el caso colombiano. Fue justamente esto lo que generó los publicitados comentarios de los congresistas demócratas de EE.UU. exigiendo como requisito para aprobar el TLC la renegociación del capítulo laboral para garantizar la inclusión de derechos laborales y mecanismos de protección.

B. La inclusión de una cláusula laboral por el Protocolo Modificatorio

El protocolo modificadorio introduce en el tratado una cláusula laboral (art.17.2, titulado “Derechos laborales fundamentales”) que reza:

“art. 17.2: Derechos laborales fundamentales

*1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente práctica, los siguientes derechos, tal y como se establecen en la **Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)** (Declaración de la OIT):*

- (a) la libertad de asociación;*
- (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;*
- (c) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;*

(d) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil;
(e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.
(...).”

Sin lugar a dudas, la introducción de una cláusula laboral como la anterior representa un avance significativo en relación con el texto del TLC. Sin embargo, la cláusula aún presenta un problema de constitucionalidad, consistente en que excluye algunos derechos laborales reconocidos en Convenios de la OIT y en la Constitución colombiana.

La exclusión más problemática es la del derecho a la libertad sindical (art. 39 CP), derecho que, unido al principio de libertad de asociación (art. 38 CP), garantiza que los trabajadores y los empleadores tienen derecho a constituir las organizaciones que consideren convenientes sin injerencia alguna por parte del Estado, de otros grupos sindicales o de particulares. La razón por la que es problemática la ausencia de este derecho en la cláusula, es porque se trata del único de los derechos reconocidos como fundamentales en la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)* que falta. Conviene aclarar que en virtud de esta Declaración (art. 2), todos los países miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen el compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, entre ellos expresamente, la libertad sindical.

En comparación con las cláusulas laborales de los otros tratados de libre comercio analizadas anteriormente, y en especial con la lista de derechos que incluye el ACLAN, los otros derechos que no fueron incluidos son: la huelga, la igual remuneración para mujeres y hombres, la prevención de lesiones y enfermedades profesionales, la compensación en caso de lesiones o enfermedades profesionales y la protección para trabajadores migrantes. Si bien la exclusión de todos estos derechos es problemática por cuanto los mismos son muy adecuados para garantizar una protección completa del trabajo, a continuación nos detenemos en el análisis de la exclusión del derecho de libertad sindical (art. 39 CP) por cuanto, en nuestro concepto, la misma implica la existencia de una omisión legislativa relativa.

C. Omisión legislativa relativa por exclusión de la libertad sindical de la cláusula laboral (art. 17.2.1 del TLC)

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha dicho que existe una omisión legislativa “cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente” (Sentencia C-543 de 1996). En criterio de la Corte, el legislador puede incurrir en una omisión legislativa de las siguientes maneras:

“1. Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;

2. Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;

3. Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto;

4. Cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional;

mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad” (negrilla fuera del texto).

La Corte ha sostenido que ante las omisiones absolutas el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio correspondiente, dado que consisten en la falta total de regulación normativa, lo que impide hacer un cotejo con el texto constitucional. Lo contrario sucede ante una omisión legislativa relativa, que se vincula a la exclusión de un aspecto puntual por una norma concreta, y que por tanto puede cotejarse con el texto constitucional. En efecto, en la sentencia C-041 de 2002 la Corte especificó que la omisión relativa *“se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales-, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente”* (negrilla fuera del texto).

En particular, la Corte se ha referido a la cuarta hipótesis de omisión legislativa señalada por su jurisprudencia, indicando que en ese caso el legislador incurre en una omisión relativa cuando regula *“de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad”*³⁴ (negrilla fuera del texto).

En el caso bajo estudio, una omisión legislativa relativa de esta naturaleza aparece claramente al contrastar el artículo 17.2.1 del Protocolo Modificatorio, con el artículo 2° de la Declaración de la OIT, invocada por dicho artículo y que forma parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 CP) El artículo 2° de la Declaración de la OIT establece:

“2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;*
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;*
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y*
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”* (negrilla fuera del original).

Resulta evidente de lo anterior que, a pesar de invocar la anterior norma como fuente normativa y de decir que los derechos que consagrará deberán corresponder a los de la norma “tal y como [allí] se establecen”, la cláusula laboral del TLC la incumple parcialmente, por cuanto no incluye uno de los derechos fundamentales allí señalados, a saber el derecho a la libertad sindical. Esto constituye una omisión legislativa relativa, ya que la exclusión de uno de los derechos protegidos expresamente en el instrumento internacional que le sirve de fuente y base a la norma implica justamente, en los términos de la jurisprudencia de la Corte, la omisión de *“una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”*.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1549 de 2000.

En efecto, dado que la Declaración forma parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 CP), es posible concluir que ésta exige los derechos allí consagrados. Y, dado que la propia cláusula laboral indica que los derechos que allí se contemplan corresponden a los establecidos en la Declaración, la exclusión de uno de ellos implica, justamente, la omisión de un ingrediente que es una exigencia esencial para armonizar con la Constitución (que se entiende contiene la Declaración en cuestión).

Por todas las razones anteriores, consideramos que si bien la cláusula laboral del Protocolo Modificatorio implica un gran avance en la protección de los derechos laborales, su exclusión de la libertad sindical es inconstitucional porque constituye una omisión legislativa relativa.

D. Conclusiones

Para resolver el problema de constitucionalidad derivado de situaciones como la descrita previamente, la jurisprudencia constitucional³⁵ ha planteado la alternativa de una sentencia integradora que permita mantener la disposición enjuiciada en el ordenamiento y superar la inconstitucionalidad derivada de la omisión, desplazando la lectura afectada de invalidez mediante la proyección sobre el mismo precepto inferior de los contenidos de la Carta que, en esas circunstancias, brinda una solución constitucionalmente adecuada, precisa e indudable.

Consideramos que la decisión de la Corte respecto del artículo 17.2.1 del TLC tal como fue modificado por el Protocolo Modificatorio debería ir en ese sentido, y que por ende debería consistir en declarar exequible la norma con una declaración interpretativa que aclare que se entiende que el derecho a la libertad sindical hace parte de la lista de derechos ahí enumerados, los cuales son denominados por la OIT derechos laborales fundamentales, en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

3. Análisis de constitucionalidad de algunas cláusulas del Tratado en virtud del silencio del Protocolo sobre las mismas

En este aparte estudiamos el segundo grupo de cláusulas, es decir aquéllas donde el silencio del Protocolo nos obliga a estudiar el Tratado. En cada caso, indicamos su contenido en el Tratado, luego sus implicaciones constitucionales y, por último, le sugerimos a la honorable Corte una manera de corregir los vicios para lograr un Tratado ajustado a la Constitución.

3.1. La solución de controversias en materia de inversiones (Artículos 10.16 a 10.27 del Tratado)

A. Contenido (Artículos 10.16 a 10.27 del Tratado)

El capítulo de inversiones del TLC (Capítulo 10, Sección B, arts.10.16 – 10.27) adopta un mecanismo exclusivo de solución de controversias para las diferencias que surjan entre inversionistas y el Estado receptor de las inversiones (Colombia o Estados Unidos) en torno a los derechos sustanciales que consagra el mismo capítulo (Capítulo 10, Sección A). Este mecanismo consiste en que en caso de controversias, los inversionistas extranjeros pueden exigirle de manera directa a los Estados receptores de las inversiones, el cumplimiento de las normas de inversión incluidas en el capítulo (Capítulo 10, Sección A) y reclamar de esos gobiernos la indemnización en efectivo por daños y perjuicios producto de las acciones estatales que, según los inversionistas,

³⁵ Ver, entre otras, sentencia C-543 de 1996, C-1549 de 2000 y C-041 de 2002.

violen esos derechos. Estas reclamaciones de los inversionistas contra los Estados se resuelven por medio de un procedimiento de arbitraje ante tribunales privados conocidos como “inversionista-Estado”³⁶ que operan por fuera de los sistemas judiciales nacionales. Esto contrasta con el sistema de solución de diferencias Estado-Estado de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Según el Tratado (art.10.16.3), existen diversos procedimientos de arbitraje internacional bajo los cuales se puede adelantar el arbitraje entre inversionistas y Estados: el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y las Reglas de Procedimiento para procesos arbitrales del CIADI; las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; las Reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derechos Mercantil Internacional (CNUDMI) o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

B. Principales implicaciones constitucionales de los tribunales “inversionista-Estado”

El sistema privado de solución de controversias por medio de tribunales “inversionista-Estado” viola diversos artículos constitucionales. En primer lugar, en la medida en que estos tribunales se establecen como el mecanismo permanente de solución de controversias relativas a inversiones, violan la disposición constitucional según la cual los particulares sólo pueden investidos transitoriamente de la función de administrar en la condición de árbitros (art. 116 CP).

En segundo lugar, la constitución de tribunales privados “inversionista-Estado” atenta contra las facultades del poder judicial, en especial contra la función estatal de administrar justicia (art. 228 CP), la independencia judicial (art. 230 CP) y la soberanía (art. 3 CP). Esto porque el TLC establece que cuando el Estado acepta resolver las controversias ante tribunales internacionales de arbitramento, se obliga a renunciar a otros mecanismos de solución de controversias, tanto nacionales como internacionales. Es importante aclarar que lo inconstitucional no es que el Estado se someta a una jurisdicción internacional. De hecho, en virtud del derecho comunitario o del sistema universal de los derechos humanos, por ejemplo, Colombia puede ser juzgada en una instancia internacional, pero bajo el entendido de que se trata de un mecanismo *subsidiario*. Esto significa que antes de que el demandante acuda a la jurisdicción internacional, debe haber llevado el litigio a los tribunales locales (art. 228 CP). Sin embargo, en el procedimiento de arbitraje del TLC sucede lo contrario. El Estado, en caso de ser demandado por un inversionista extranjero, queda sometido automáticamente a la competencia de un tribunal internacional de arbitramento, lo que significa una limitación a la función de administrar justicia (art. 228 CP) y a la posibilidad de resolver los asuntos internos de manera soberana antes de ser juzgado por tribunales supra estatales (art. 3 CP).

Asimismo, y quizá la más frontal violación de la función estatal de administrar justicia, es que bajo el sistema de tribunales “inversionista-Estado”, los jueces ya no están sometidos únicamente al imperio de la ley, sino a las decisiones de los árbitros privados, lo que viola la independencia judicial (art.230 CP). Esto porque el mecanismo de solución de controversias “inversionista-Estado” abre la posibilidad para que inversionistas extranjeros impugnen ante los tribunales arbitrales las decisiones tomadas por juzgados nacionales³⁷. Como ejemplo, presentamos el primer caso bajo el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en que se impugnó una decisión de un juzgado estatal. En el caso *Loewen*, que se rigió por las reglas del CIADI, el conglomerado funerario canadiense del mismo nombre impugnó la indemnización que

³⁶ El nombre “inversionista-Estado” surge de las dos partes que intervienen en el proceso.

³⁷ Public Citizen (2005) *Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra estados – Lecciones para el tratado de libre comercio de Centroamérica*, Observatorio Mundial del Comercio de Public Citizen. p. 12.

le impuso un Juzgado estatal de Mississippi (Estados Unidos) en un juicio contractual iniciado por una empresa local que argüía que Loewen incurría en prácticas comerciales anticompetitivas. Si bien el tribunal falló en contra de Loewen por razones técnicas, profirió un laudo afirmando “*que todas las decisiones adversas de juzgados nacionales son potencialmente elegibles para una revisión en el marco del mecanismo inversionista-Estado como infracciones a la legislación internacional*”³⁸. Con esta decisión, el tribunal abrió la posibilidad para que, incluso sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, puedan ser revertidas por tribunales privados de arbitramento en un procedimiento a puerta cerrada y sin ninguna rendición de cuentas³⁹.

A lo anterior se suma que la solución de controversias a través de tribunales privados de arbitramento inversionista-Estado atentan contra el derecho superior al debido proceso (art. 29 CP) y a las garantías judiciales. Por un lado, el Estado y sus funcionarios gozan de menos garantías en el tribunal internacional que las que tendrían en la jurisdicción nacional. Los funcionarios cuyas actuaciones son impugnadas no tienen derecho de defensa, lo que significa que no tienen la posibilidad de explicar a los árbitros los motivos por los que adoptaron la medida que ocasionó el supuesto daño al inversionista. Por el otro, el laudo es inapelable y sólo puede ser objeto de un recurso de nulidad por vicios de procedimiento o probidad de los jueces, lo que vuelve prácticamente imposible atacar de fondo el asunto controvertido.

Asimismo, el hecho que los tribunales funcionen en el ámbito privado significa que los procesos no son conducidos por el principio de prevalencia del interés público, como ordenan los arts. 1, 58 y 366 de la Carta, de manera que poco importan los motivos por los cuales el Estado pudo haber incumplido las obligaciones que ocasionaron el perjuicio al inversionista.

Igualmente, los procesos están privados de todo control ciudadano, lo que atenta contra el principio constitucional de publicidad (art. 209 CP). En vista de que los sistemas internacionales de arbitramento (CIADI, CNUDMI, etc.) fueron creados para arbitrar litigios privados y comerciales entre partes contractuales, hay una condición de estricta confidencialidad en estos procesos. Por consiguiente, no hay formas de acceso para la prensa o para el público, ni tampoco mecanismos de participación pública, a pesar de que en el marco del TLC las controversias seguramente versarán sobre asuntos de interés público relacionados a políticas públicas y leyes nacionales o locales. Por consiguiente, se viola la disposición constitucional que confiere a todos los ciudadanos el derecho a conformar y controlar el poder político (Art. 40 CP).

Conviene anotar que aunque ya se han empezado a aceptar los escritos de *amicus curiae*, tal como sucedió en los casos del CIADI *Aguas Argentinas S.A. y otros v. la República Argentina*⁴⁰, *UPS v. Canadá* y *Methanex v. Estados Unidos*, bajo los reglamentos de arbitramento internacional la aceptación de los *amici* es a discreción del tribunal y la empresa demandante tiene la potestad de exigir que el proceso sea confidencial. Por ende, la participación y el control ciudadano no están garantizados, pese a que se trata de un derecho fundamental de los ciudadanos (art. 2 y 40 CP).

³⁸ Public Citizen (2005), Ob. Cit. p. 18.

³⁹ Para otro caso en el cual un inversionista extranjero impugnó una sentencia de un juzgado local estadounidense porque la decisión le era adversa, véase el caso CIADI *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos*.

⁴⁰ El 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales de la Argentina, entre ellas el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), presentaron ante el CIADI una “Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*” en el procedimiento entre Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. (demandantes) y la República Argentina (demandada). El 19 de mayo de 2005 el tribunal expidió una resolución en respuesta en la que “resolvía unánimemente que, el presente caso, es apropiado para que personas idóneas que no sean partes en el mismo proceso puedan realizar presentaciones *amicus curiae* útiles para el caso (...) teniendo en cuenta que este caso involucra materias de interés público (...) y no entraña una simple diferencia contractual entre las partes”.

Por último, el mecanismo de solución de controversias puede tener efectos discriminatorios (art. 13 CP) en su aplicación en relación con el acceso privilegiado a la justicia, pues si bien los nacionales no son titulares de los derechos sustanciales consagrados en la primera parte del capítulo de inversiones, en la práctica pueden darse acciones similares del Estado (por ejemplo, las mismas medidas ambientales o una expropiación indirecta) con efectos dañinos similares, pero que reciben una solución judicial diferente y más beneficiosa para el inversionista extranjero que para el nacional. Esto porque los procesos ante los tribunales de arbitramento son más expeditos y porque como explicábamos anteriormente, los procesos están conducidos por el interés particular y no general. En otras palabras, pese a que los inversionistas nacionales como los extranjeros pueden recibir daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones del gobierno, únicamente los inversionistas extranjeros pueden acudir a dichos tribunales arbitrales para exigir de manera directa a los Estados receptores de las inversiones el cumplimiento de las normas sustanciales incluidas en el capítulo de inversiones del TLC, y la indemnización en efectivo por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento por parte del gobierno hubiera podido causarles.

En síntesis, los tribunales inversionista-Estado violan la prohibición superior de que los particulares estén investidos permanentemente de la función de administrar justicia (art. 116 CP); atentan contra las facultades esenciales del poder judicial (art. 228 CP); violan el principio de soberanía (art. 3); violan el derecho al debido proceso (art. 29 CP); menoscaban el principio de primacía del interés general sobre el particular (art. 1, 58, 366 CP) y atentan contra el derecho a la igualdad (art.13 CP).

Por estos motivos, en Estados Unidos “tanto juristas como expertos legales cuestionan cada vez más la constitucionalidad del sistema de protección a los inversionistas extranjeros consagrado en el mecanismo inversionista-Estado”⁴¹. Por ejemplo, la ex magistrada de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Sandra Day O’Connor, cuestionó la delegación del poder judicial a los tribunales arbitrales comerciales diciendo: “el Artículo III de nuestra Constitución reserva a los juzgados federales la potestad de decidir casos y controversias, y el Congreso de EE.UU. no puede delegar a otro tribunal ‘**los atributos esenciales del poder judicial**’”⁴². Por estas mismas razones, Australia, en su TLC con Estados Unidos, no incluyó un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, lo que le permite seguir resolviendo sus conflictos bajo un mecanismo Estado-Estado en el marco de la OMC.

C. Conclusiones

En vista de todas las razones anteriores, consideramos que la Honorable Corte Constitucional debería declarar inconstitucional el mecanismo de solución de controversias del capítulo de inversiones y, en consecuencia, hacer uso de la figura de la reserva, por los motivos señalados en el acápite III y en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

3.2. Expropiaciones indirectas (art. 10.7 del Tratado)

A. Contenido (art. 10.7 del Tratado)

⁴¹ Public Citizen (2005), Ob. Cit. P. 19

⁴² Public Citizen (2005), Ob. Cit. P. 19, recogiendo a Sandra Day O’Connor, “Federalism of Free Nations,” 28 *N.Y.U. J. Int’l. L. & Pol.* 35, Otoño 1995-Invierno 1996.

En la sección anterior se señaló que el capítulo de inversiones del TLC otorga protecciones legales especiales y nuevos y amplios derechos a los inversionistas extranjeros. En materia procesal, garantiza el derecho de utilizar el arbitraje entre inversionistas y Estados como medio de solución de controversias y de reclamar la indemnización en dinero por los perjuicios que acciones de los Estados pueden ocasionarles. En materia sustancial, entre los nuevos derechos se encuentran principalmente las cláusulas de trato nacional⁴³, trato de nación más favorecida⁴⁴, nivel mínimo de trato⁴⁵ y expropiaciones tanto directas como indirectas⁴⁶.

Todas las anteriores cláusulas pueden servir (y han servido en el marco de otros tratados de libre comercio como el Tratado de Libre Comercio de Norte América –TLCAN-), de base para las demandas presentadas por los inversionistas extranjeros contra los Estados. Sin embargo, la cláusula de expropiaciones indirectas es la más problemática desde el punto de vista constitucional porque faculta a los inversionistas extranjeros a demandar a los Estados por regulaciones, políticas públicas, leyes, decretos, y medidas de emergencia, que, según ellos, les causen un detrimento en sus utilidades.

A diferencia de una expropiación directa⁴⁷, la expropiación indirecta, también denominada expropiación regulatoria, es el derecho que el Tratado otorga a los inversionistas estadounidenses en Colombia (y viceversa) de demandar al Estado si éste toma una medida que disminuya sus ganancias ciertas o probables. Se diferencia de la expropiación directa porque no hay una transferencia de la propiedad del particular al Estado. Se constituye una expropiación indirecta cuando por medio de una ley, decreto, actuación administrativa o política pública, el Estado priva a un inversionista de su propiedad privada relacionada con la inversión, ocasionándole un perjuicio que atenta contra su derecho de propiedad (art. 58 CP) y en virtud del cual el inversionista puede reclamar una indemnización por parte del Estado.

Algunos ejemplos de lo que podría ser considerado como una expropiación indirecta por parte de un inversionista son una reforma tributaria, un mecanismo de control de precios a medicamentos o algunas medidas ambientales como prohibir la tala de árboles o imponer un nivel más exigente de control sobre la emisión de sustancias tóxicas o contaminantes.

⁴³ El “trato nacional” es una cláusula que obliga al Estado receptor de las inversiones concederles a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el que les otorga a sus inversionistas nacionales. Para un ejemplo de dicha cláusula (art. 10.3 del TLC).

⁴⁴ La cláusula de “trato de nación más favorecida” obliga al Estado receptor a concederles a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el mejor de los tratos que les brinda a los inversionistas de otro país signatario, inclusive cuando el otro país no es parte del tratado. Con esto, los derechos de inversión que un país receptor le confiera a cualquier otro Estado, debe extenderse a todos los países con lo que haya firmado dicha cláusula (art. 10.4 del TLC)

⁴⁵ Con el “nivel mínimo de trato” se busca que los inversionistas extranjeros reciban del Estado receptor un trato conforme con el derecho internacional consuetudinario, lo que comprende plena seguridad y protección y un trato justo y equitativo, entre otros. (art. 10.5 del TLC).

⁴⁶ La cláusula sobre expropiaciones –como se verá en detalle a continuación- les garantiza a los inversionistas extranjeros que los indemnizarán en efectivo en caso de cualquier expropiación gubernamental –también conocida como nacionalización- y ante una expropiación indirecta, es decir, una medida que tenga un efecto equivalente al de una expropiación (art. 10.7 del TLC).

⁴⁷ Una expropiación directa o nacionalización se presenta cuando el Estado se apropia directamente de un bien mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio. La Corte Constitucional, en Sentencia C-1074 de 2002 de M.P. Manuel José Cepeda, definió la expropiación “como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”.

La cláusula de expropiaciones en el Tratado prohíbe al Estado-parte nacionalizar o expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otro Estado-parte, excepto cuando se realice para un fin público, sobre bases no discriminatorias, de conformidad con el debido proceso legal y mediante pago de una indemnización. Si la expropiación se realiza, independientemente de su motivación, el Estado está obligado a pagar una compensación justa en una suma igual al valor presente de la propiedad. El pago debe efectuarse previamente o poco después de la medida expropiatoria⁴⁸, y en caso de retraso, se deberán reconocer intereses.

Si bien el Anexo 10-B del TLC aclara que no son expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de un Estado-parte que son diseñados y aplicados con fines medioambientales, de salud pública o de seguridad, las expropiaciones indirectas tienen **en la práctica** una definición tan amplia que permite a los inversionistas clasificar como expropiaciones indirectas toda actuación gubernamental (tanto nacional como municipal), ley, política pública e inclusive decisión judicial que menoscabe sus inversiones.

La pregunta obligatoria es entonces: si un Estado toma una medida o expide un acto regulatorio de manera no discriminatoria y con motivos de salud pública, medio ambiente u orden público, pero éste termina ocasionándole perjuicios al inversionista extranjero, ¿en qué medida será considerada como una expropiación indirecta por la cual deberá indemnizar?

Infelizmente, los precedentes en esta materia no ofrecen una respuesta muy alentadora. Como lo muestran los fallos que exponemos a continuación, proferidos en el marco del Tratado de Libre Comercio de Norte América (TLCAN), es evidente la actitud favorable de los tribunales privados de arbitramento hacia los derechos de los inversionistas extranjeros y, por consiguiente, el riesgo cada vez mayor de que los actos regulatorios del Estado demandado sean clasificados como expropiaciones indirectas.

Caso Metalclad c. México

En el famoso caso de *Metalclad c. México* el gobierno del estado de San Luis de Potosí denegó el permiso para construir una planta de manejo de residuos debido a sus consecuencias ambientales. Posteriormente, el gobernador declaró la zona como reserva ecológica. Alegando la pérdida de futuras ganancias comerciales, la empresa Metalclad demandó al Estado mexicano en el marco del TLCAN.

En agosto de 2000, un tribunal arbitral tipo CIADI accedió a las pretensiones de la demandante y obligó al Estado a pagarle en un plazo máximo de 45 días la suma de 16.7 millones de dólares por daños y perjuicios. El tribunal estableció que la expropiación en el TLCAN “incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o imprevista del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad”⁴⁹. Asimismo, en el laudo los árbitros aclaran que “[n]o necesitan considerar los motivos o intención para considerar la adopción del Decreto Ecológico (...). El Tribunal considera que la implementación del Decreto podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación”.

⁴⁸ No hay un consenso sobre el momento en el que se debe pagar la indemnización. El TLC dice que debe ser “pagada sin demora” (art. 10.7).

⁴⁹ Public Citizen (2005), Ob. Cit., nota al pie 360

En otras palabras, el tribunal desestimó la motivación del decreto que tenía como finalidad reforzar la protección del medioambiente. Con esto, equiparó a una expropiación (indirecta) dos medidas comunes en la regulación ambiental, que tienen claros beneficios colectivos –esto es, la prohibición de construcción de un vertedero de tóxicos y la creación de una reserva ecológica.

Caso S.D. Meyers c. Canadá

En el caso S.D. Meyers c. Canadá, la aplicación de acuerdos internacionales con fines medioambientales fue catalogada como una expropiación indirecta. En aplicación del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos, el gobierno canadiense cerró sus fronteras al comercio de policlorobifenilos (PCB) tóxicos. Ante esta medida, la empresa estadounidense S.D. Meyers se apoyó en la figura de expropiación indirecta para demandar a Canadá por la pérdida de oportunidades comerciales sufrida. El tribunal falló a su favor y condenó a Canadá al pago de una indemnización de 4,8 millones de dólares.

Caso Aguas del Tunari, S.A (Bechtel) c. República de Bolivia

En el caso *Aguas del Tunari, S.A (Bechtel) c. República de Bolivia* una empresa holandesa demandó al gobierno boliviano en el marco de un tratado bilateral de inversión entre estos dos países⁵⁰, alegando que la revocación de una concesión constituía una expropiación indirecta. En 1998, por recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, Bolivia puso en práctica la privatización de todas las empresas públicas, incluidas las de servicio de agua. Para ello, la ciudad de Cochabamba firmó un contrato de concesión de los servicios de agua por 40 años con un conglomerado liderado por la empresa Bechtel, con sede en Estados Unidos, y una sociedad anónima subsidiaria holandesa con sede en Bolivia, llamada Aguas del Tunari (ADT).

La concesión fue un fracaso y tuvo costos que superaron los beneficios en todos los aspectos. Para recuperar las pérdidas, ADT subió las tarifas del agua en Cochabamba en un promedio de 43 por ciento, pero incluso el alza alcanzó el 200 por ciento, según informes de prensa⁵¹. Como respuesta, el gobierno bajó las tarifas del agua, pero la empresa no se acogió a las medidas. El resultado fueron manifestaciones de los habitantes y enfrentamientos violentos con la policía. Finalmente, después de cuatro meses de conflicto el gobierno boliviano revocó la concesión en abril de 2000. En respuesta, ADT reclamó ante Bolivia alegando expropiaciones indirectas.

Si bien el caso aún está pendiente para fallo en el CIADI, cabe resaltar que el tribunal rechazó una demanda de participación presentada por la sociedad civil y los medios de comunicación⁵². Por su parte, las pretensiones de la demandante revelan el riesgo que esta figura representa para los países, especialmente los más pobres. ADT, una empresa que en el año 2000 tuvo ganancias de 14,3 mil millones de dólares, reclama una indemnización de 25 millones de dólares, aún cuando en ese mismo año el producto interno bruto de Bolivia era de 8 mil millones de dólares y

⁵⁰ TBI entre el Reino de Holanda y la República de Bolivia disponible en el sitio: www.unctad.org/sections/dite/ija/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf.

⁵¹ Public Citizen (2005), Ob. Cit., p. 38

⁵² Centro para el Derecho Internacional Ambiental. (2003). *Una nota del centro de derecho internacional ambiental- Siguiendo la corriente: cómo el comercio, las finanzas y los regímenes de inversión internacionales influyen sobre el suministro de agua a los pobres*, P. 5 Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/Waterbrief_3Sep03_Spanish.pdf

el presupuesto anual para políticas públicas de 2,7 mil millones. Por éste y otros casos similares, el Presidente Evo Morales se salió del Convenio del CIADI el 1 de mayo de 2007.

Los casos expuestos anteriormente ilustran en forma contundente como la definición de expropiaciones indirectas es tan amplia –y la interpretación de la misma por los tribunales de arbitramento la amplia aún más- que prácticamente todo acto regulatorio que le cause perjuicios al inversionista extranjero es y puede ser tildado como tal, sin importar si se adoptó por razones medioambientales, de salubridad o de orden público.

B. Principales consecuencias constitucionales de las expropiaciones indirectas

A continuación expondremos las dos razones principales de inconstitucionalidad.

i. Los mayores derechos de los inversionistas extranjeros frente a los nacionales vulneran el principio de interés público (art. 1, 58 y 336 CP) y el derecho a la igualdad (art. 13)

En primer lugar, en Colombia la expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social es permitida siempre y cuando se indemnice al propietario (art. 58 CP). No obstante, el mismo artículo establece que si la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social entra en conflicto con los derechos de los particulares, el interés privado deberá ceder al interés público o social⁵³. En el mismo sentido, el artículo 1º superior señala la prevalencia del interés general como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho y el artículo 366 CP, reafirma lo establecido en el artículo 1º, en cuanto a que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida son finalidades sociales del Estado.”

Lo contrario, sin embargo, sucede con las normas sobre expropiaciones incluidas en el capítulo de inversiones del TLC. Tal y como están concebidas, el interés privado prima sobre el interés público. La expropiación indirecta otorga a los inversionistas extranjeros derechos que atentan con el contenido más básico del interés general. En la práctica, los tribunales arbitrales parecen concederles la mayoría de las peticiones a los inversionistas extranjeros clasificando como expropiaciones indirectas políticas públicas y actos regulatorios, incluso aquéllos expedidos con fines medioambientales o de salud pública, lo que viola los artículo 1º, 58 y 366 de la Constitución.

Por otra parte, la cláusula de expropiación indirecta otorga a los inversionistas derechos mucho más amplios que los que tienen los inversionistas nacionales. Los inversionistas extranjeros y las empresas multinacionales tienen la posibilidad de presentar demandas ante los tribunales internacionales de arbitramento contra las “regulaciones expropiatorias” y exigir indemnizaciones con el argumento de que constituyen expropiaciones indirectas. Las empresas locales, en cambio, no gozan de estos derechos bajo la legislación nacional, así el Estado le ocasione al nacional el mismo perjuicio que le produjo al inversionista extranjero, lo cual vulnera el derecho a la igualdad (art. 13 CP). Por consiguiente, en situaciones análogas, los inversionistas nacionales que deseen demandar al Estado no pueden acudir directamente a los arbitrajes internacionales como CIADI, sino que deben someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales, como veíamos en la sección anterior. Esta diferencia no tiene justificación porque, por un lado, los inversionistas extranjeros desempeñan la misma función que los extranjeros y, por el otro, la simple

⁵³ Véase, Artículo 58 Constitución Política: “(...) Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social (...)”.

desconfianza, a priori, de un sistema de justicia por parte de los extranjeros no es razón para imponer un trato diferenciado.

En segundo lugar, si bien podría sostenerse que en los tribunales locales los nacionales podrían obtener indemnizaciones a través del artículo 90 de la Constitución⁵⁴, en la práctica sería muy difícil que en Colombia se otorgara una indemnización como consecuencia de una política pública, un decreto reglamentario o una medida de la naturaleza de las analizadas aquí. Por una parte, porque la Constitución exige que el interés privado ceda ante el interés público (arts. 1º, 58 y 336). Por otra, porque la doctrina y la jurisprudencia administrativas nacionales han establecido que (i) el funcionamiento del aparato estatal y la regulación implican cargas generales que deben soportar los ciudadanos; (ii) para que un daño causado por una actuación estatal sea indemnizable, éste debe ser especial y (iii) que no hay un daño especial cuando lo que se afectan son meras expectativas –por ejemplo, las expectativas de utilidades, cuya variación es parte normal de los vaivenes del mercado y de la regulación del mismo y que, por tanto, no pueden ser garantizadas de forma rígida al inversionista⁵⁵.

ii. La “parálisis regulatoria” menoscaba la capacidad regulatoria del Estado (art. 334 CP) y las políticas de interés público en materias como salud (arts. 44 y 49 CP), medio ambiente (art. 78 CP) y servicios públicos (art. 365 CP)

Aunque los laudos no son un precedente para los tribunales futuros, sí lo son indirectamente para los gobiernos. Por miedo a que sus actuaciones o decisiones sean tachadas como expropiaciones indirectas por las empresas extranjeras, los funcionarios públicos pueden abstenerse de regular, entrando en una “parálisis regulatoria” que amenaza la potestad regulatoria del Estado (art. 334 CP) y perjudica la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, como veremos a continuación.

La facilidad con la que los tribunales de arbitramento competentes califican de expropiaciones indirectas las políticas públicas o las actuaciones gubernamentales rutinarias puede ser un obstáculo considerable para la función reguladora del Estado (art. 334 CP). Si bien dentro de las excepciones a lo que constituye una expropiación indirecta están los actos o las decisiones expedidas por motivos de salud pública, seguridad o medioambiente, la práctica jurídica muestra que los tribunales tienden a ignorar esto y favorecer los alegatos de los inversionistas extranjeros. En vista de esto, en la práctica de los tratados de libre comercio los inversionistas, con frecuencia, enmarcan sus pérdidas dentro de la figura de la expropiación indirecta.

En efecto, la gran cantidad de demandas inversionista-Estado que atacan las políticas ambientales “ha generado gran consternación entre la comunidad ambientalista y los expertos legales”, y provocado “una respuesta fuerte por parte de los funcionarios locales electos”⁵⁶. Además, es preocupante que con mayor frecuencia sean las políticas medioambientales o de salud pública las que sean demandadas exitosamente por motivos comerciales.

⁵⁴ **Artículo 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

⁵⁵ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de abril de 1994. Expediente 7136; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de septiembre de 1994. Expediente 8577; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de noviembre de 1994. Expediente 14654

⁵⁶ Public Citizen (2005), Ob. Cit., p. 16

En el caso de *Ethyl Corporation vs. Canadá*, la empresa atacó la medida ambiental que restringía el uso del aditivo de la gasolina cuando aún era un proyecto de ley en debate en el Congreso, y el tribunal privado la admitió. Como lo sostuvo la reconocida organización estadounidense de derechos humanos, Public Citizen, “que un tribunal del NAFTA aceptara este caso, que constituía un intento flagrante de intimidar al cuerpo legislativo para que no actuara, es una señal muy alarmante”⁵⁷.

En síntesis, este tipo de fallos desproporcionadamente a favor de los inversionistas demandantes conduce a una parálisis regulatoria porque los funcionarios estatales se inhiben de expedir regulaciones que protejan los derechos constitucionales y el interés general (arts. 1º, 58 y 366 CP), por temor a que sus actos sean vistos como expropiaciones indirectas por los mismos inversionistas extranjeros y por los tribunales de arbitramento. Esto atenta por un lado, contra el art. 344 de la Constitución que somete la actividad económica a la dirección general del Estado y al interés general, y por el otro, contraviene la jurisprudencia de la Corte que en ese sentido ha sido reiterativa en sostener que:

“Las empresas, las sociedades comerciales y en general las asociaciones de contenido patrimonial están sujetas a la dirección general de la economía por el Estado, y por ello el Legislador tiene amplias facultades para intervenir y regular esas empresas, con el fin de lograr los propósitos de la intervención del Estado en la economía (CP arts 333 y 334” (Sentencia C-1260 de 2001, MP Rodrigo Uprimny).

Por ello, una cláusula de expropiaciones indirectas donde los intereses particulares y patrimoniales tengan primacía sobre los intereses generales, contraviene abiertamente la Constitución (Art. 334 CP). Pero a su vez, es una amenaza directa derechos, reglas y principios constitucionales como el derecho a un medio ambiente sano (art. 79 CP), a la salud (arts. 44 y 49 CP), y a los servicios públicos (art. 365 CP).

C. Conclusiones

En vista de todas las anteriores razones, consideramos que la Honorable Corte Constitucional debería declarar exequible el art. 10.7 del Tratado con una declaración interpretativa que especifique que la prohibición excluye la presentación de estos temas antes los tribunales inversionista-Estado, en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

3.3. Cláusulas de anulación o menoscabo (art. 21.2.1.c del Tratado)

A. Contenido (art. 21.2.1.c del Tratado)

El TLC contiene la llamada cláusula de “reclamaciones por anulación o menoscabo de ventajas sin infracción de disposiciones”, también conocida como “reclamaciones sin infracción” (art. 21.2.1.c), que faculta a las empresas estadounidenses para demandar al Estado colombiano ante tribunales internacionales de arbitramento –del mismo estilo de los analizados en las secciones anteriores- cuando consideran que sus decisiones, a pesar de no violar el Tratado, disminuyen la

⁵⁷ Public Citizen (2005), Ob. Cit., p. 23

expectativa de ganancias que hubieran esperado recibir bajo los capítulos 2, 3, 4, 9, 11 o 16⁵⁸ del mismo.

En otras palabras, según un documento oficial de la Organización Mundial del Comercio, esta reparación, “que ha existido desde el inicio del GATT [artículo XXIII], pero ha sido rara vez utilizada, permite a un miembro de la OMC cuestionar una medida adoptada por otro; no porque contravenga alguna obligación acordada, sino sobre la base de que una ventaja surgida en el marco de un Acuerdo de la OMC ha sido "anulada o menoscabada" por una medida que en principio es compatible con la OMC”⁵⁹.

B. Principales consecuencias constitucionales

Si bien la cláusula analizada es aplicable a seis capítulos del Tratado, su aplicación a la Propiedad Intelectual es particularmente problemática desde el punto de vista constitucional porque, como vimos anteriormente, varias de las cláusulas de propiedad intelectual están estrechamente ligadas al derecho a la salud (art. 44 y 49 CP). De hecho, es por esta razón que donde más se han discutido las “reclamaciones sin infracción” es en el marco del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Y es por ello también que para comprender los problemas que acarrea la cláusula de anulación y menoscabo en general y en particular relación a la propiedad intelectual, nos referiremos a la Comunicación que fue enviada el 4 de octubre de 2002 al Consejo de los ADPIC⁶⁰ de la OMC por el Gobierno colombiano, junto con otros 13 países⁶¹, entre ellos todos los integrantes de la CAN, pidiéndole que declarara inaplicable el mecanismo de reclamaciones sin infracciones al acuerdo sobre los ADPIC por varias razones. Las principales razones expuestas fueron las siguientes:

En primer lugar, por considerar que la aplicación de reclamaciones sin infracción es “innecesaria” para asegurar la protección efectiva del acuerdo y, en cambio, tiene implicaciones - del tipo que veremos a continuación-, sobre la previsibilidad y la seguridad del sistema por tratarse de una noción “legalmente imprecisa” (Numeral II.C.15).

En segundo lugar, porque ante la falta de claridad sobre el tipo de medidas que podrían ser cuestionadas, podría tratarse de “cualquier medida”. Enfatizan los 13 países en su Comunicación que: “compartimos la preocupación, expresada por otros Miembros, de que un gran margen de medidas podrían ser cuestionadas. **Éstas podrían incluir medidas instituidas por el gobierno para promover desarrollo social, económico, salud, y objetivos medioambientales y culturales. También podrían incluir acciones de los tribunales o de las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, convirtiendo el uso de la reparación sin infracción en una forma de apelar decisiones legales nacionales y trastornando el equilibrio entre**

⁵⁸ Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso al Mercado de Bienes), Capítulo 3 (Textiles y Vestido), Capítulo 4 (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen), Capítulo 9 (Contratación Pública), Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo), Capítulo 16 (Propiedad Intelectual).

⁵⁹ Organización Mundial del Comercio, Consejo de los ADPIC, “Anulación o Menoscabo Sin Infracción de Disposiciones y Otras Situaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC”, 30 de Octubre de 2002, IP/C/W/385 (02-5979).

⁶⁰ El ADPIC es el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. También es conocido como el acuerdo TRIPS por sus siglas en inglés. Hay también un Consejo de los ADPIC en la OMC.

⁶¹ Comunicación de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Egipto, India, Kenya, Malasia, Pakistán, Perú, Sri Lanka y Venezuela.

organismos estatales nacionales. Además de cuestionamientos directos a estas medidas, nos preocupa que la aplicación de reclamaciones sin infracción al Acuerdo sobre los ADPIC pueda ser usado para "enfriar" (mediante presión bilateral) el desarrollo de una vasta gama de medidas nacionales que afectan a los titulares de propiedad intelectual" (Numeral IV.C.45).

En tercer lugar, porque "la aplicación de reclamaciones sin infracción puede trastornar el equilibrio de derechos y obligaciones en el Acuerdo sobre los ADPIC, **al colocar los derechos privados por encima de los intereses de los usuarios de la propiedad intelectual -dentro y entre cada país- y por encima de otras consideraciones de política general pública**" (Numeral III.B.21).

En cuarto lugar, porque "la aplicación de reclamaciones sin infracción al Acuerdo sobre los ADPIC **amenaza con socavar la capacidad de reglamentación e infringir derechos soberanos**", en la medida en que "**amenaza con limitar la capacidad de los países para establecer nuevas medidas, quizá vitales, de carácter social o relacionadas con el desarrollo económico, la salud, el medio ambiente y la cultura**" (Numeral III.C.24). De hecho, en una carta del 28 de julio de 2006 la asociación de transnacionales farmacéuticas en Colombia, Afidro, le advirtió al ex Ministro de Comercio Exterior, Jorge Humberto Botero, que el control de precios podría llegar a considerarse como un menoscabo bajo el TLC. Para Afidro, el control de precios significa una reducción en los precios de los medicamentos que están patentados y por ello, una disminución en las ganancias de las transnacionales estadounidenses.

Con este ejemplo reciente, mostramos que una medida como el control de precios, adoptada para facilitar el acceso a los medicamentos y preservar el componente de asequibilidad del derecho a la salud (art. 44 y 49 CP), puede resultar demandada por menoscabar las utilidades esperadas de los farmacéuticos y e implicar que el Estado quede obligado a pagar una indemnización a pesar de las razones de salud pública.

C. Conclusiones

A la luz de las razones anteriormente expuestas, consideramos que la Honorable Corte Constitucional debería declarar exequible el art. 21.2.1.c del Tratado con una declaración interpretativa que aclare que las reclamaciones por anulación o menoscabo son inaplicables a las medidas necesarias para proteger la salud pública, el medio ambiente y el interés general, en los términos precisos del acápite IV de esta intervención.

III. Consideraciones de técnica constitucional sobre la procedencia de declaraciones de inconstitucionalidad parciales en el control de tratados bilaterales

Los intervinientes en este proceso tenemos claro que, en algunas sentencias recientes, esta Corte ha sostenido que no son procedentes las declaratorias de inexecutable de algunos artículos de un tratado bilateral, por cuanto dichas tratados no admitirían reservas, ya que éstas equivalen a una renegociación del tratado. Así, en la sentencia C-160 de 2000, luego de concluir que algunos apartes de la palabra confiscación contenida en el tratado revisado en esa oportunidad podrían vulnerar la Carta, dijo esta Corte:

"Una interpretación exegética del término "confiscación", al encontrarse ésta figura expresamente prohibida por el artículo 34 de la Constitución, llevaría necesariamente a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del Convenio, pues, lógicamente, los tratados bilaterales no admiten reservas. En efecto, una reserva a un tratado bilateral constituiría un desacuerdo entre las dos partes que llevaría a que éste se tuviera que negociar nuevamente. Sin embargo, aun cuando este tipo de tratados, por su misma

naturaleza, no admiten reservas, es posible que las partes, al perfeccionarlo, emitan declaraciones interpretativas respecto de algunas de sus normas. Estas, en la medida en que sean admitidas por la otra parte, constituyen reglas generales de interpretación del instrumento internacional, conforme lo establece el literal c) del numeral 1° del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Por ello, de acuerdo con las normas sobre el Derecho de los Tratados, es posible darle un sentido especial a la palabra confiscación, que sea compatible con nuestro ordenamiento constitucional.”

Este criterio ha sido reafirmado por la Corte en decisiones ulteriores, como en las sentencias C-318 de 2003 y C-780 de 2004, en donde la Corte ha sugerido que en los casos de tratado bilaterales no puede haber declaraciones de inconstitucionalidad parcial sino a lo sumo sentencias de constitucionalidad condicionada que conduzcan a la necesidad de declaraciones interpretativas, que deberían ser aceptadas por la otra parte y constituirían un criterio interpretativo del tratado, por no ser posibles las reservas en los tratados bilaterales.

Estas consideraciones parecerían mostrar que existe un precedente estable de esta Corte, que haría técnicamente inapropiada nuestra solicitud de que la Corte declare inexecutable algunas partes del protocolo bajo revisión y del TLC con los Estados Unidos.

Con todo respeto, consideramos que la tesis de las sentencias citadas de que no es posible declarar inexecutable cláusulas de un tratado bilateral es inapropiada y debería ser reconsiderada por la Corte por las razones que a continuación desarrollamos.

Es cierto que algunos doctrinantes de derecho internacional afirman que las reservas no caben en los tratados bilaterales; sin embargo, la doctrina más autorizada no es tanto que las reservas estén prohibidas en ese tipo de tratados sino todo lo contrario, esto es, que ellas no plantean ningún tipo de problema jurídico particular, por cuanto siempre pueden existir pero equivalen a una renegociación del tratado, por lo que las reservas en los tratados bilaterales, siempre son posibles, a diferencia de ciertos tratados multilaterales que expresamente las prohíben. Así, según a [Comisión de Derecho Internacional](#) de Naciones Unidas, no es que las reservas estén prohibidas en los tratados bilaterales sino que en esos tipos de tratado "no plantean problema alguno, porque equivalen a una nueva propuesta que hace que se reanuden las negociaciones entre los dos Estados [...] Si llegan a un acuerdo, aceptando o rechazando la reserva se celebrará el tratado; de lo contrario no se celebrará".

Esta conclusión armoniza plenamente con lo establecido por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que en los artículos 19 a 23 que regulan el tema de las reservas, no prohíbe las reservas en los tratados bilaterales, por lo que deben considerarse admisibles. En síntesis, las reservas en estos tratados bilaterales se pueden considerar impropias, por equivaler a una renegociación del tratado, pero no están prohibidas.

Ahora bien, esa tesis de que las reservas, aunque no estén prohibidas, no parecen propias de los tratados bilaterales, no tiene mayores consecuencias en el plano estrictamente internacional, pues si el Estado A presenta una reserva al texto fijado del tratado con el Estado B, y B la acepta, entonces da exactamente lo mismo decir que quedó aprobado el tratado original, pero con una reserva, a señalar que lo que ocurrió fue que el tratado fue renegociado entre los dos países y existe un nuevo tratado, pues las obligaciones internacionales adquiridas por los dos Estados son idénticas, sea que se hable del tratado original con reserva o de un nuevo tratado pero renegociado.

Sin embargo, las implicaciones en el plano interno son distintas, en especial en un ordenamiento como el colombiano que establece la revisión previa de constitucionalidad de los proyectos de tratados aprobados por el Congreso, por la siguiente razón: si la Corte considera que la reserva es

imposible y concluye que una parte del tratado es contraria a la Constitución, entonces queda atrapada en el siguiente dilema: o debe, por salvar la labor del Congreso, que ya aprobó el tratado, declarar constitucional el tratado, pero con eso afectaría la supremacía de la Constitución; o debe, por proteger la supremacía de la Constitución, declarar inexecutable el tratado, lo cual vulnera el principio de conservación del derecho, pues arrasaría la labor del legislador. Y la solución sugerida por las sentencias anteriormente citadas para escapar a ese dilema, consistente en ordenar una declaración interpretativa, resulta realmente poco razonable e incluso contradictoria, por la siguiente razón: si dicha declaración requiere el consentimiento del otro Estado para ser procedente, entonces ese consentimiento equivale también a una renegociación del tratado, con lo cual debería concluirse que tampoco la declaración interpretativa es válida en los tratados bilaterales.

Por ende, todo indica que en caso de que la Corte encuentre que en un tratado bilateral existe un artículo inconstitucional, pero que no afecta la totalidad del tratado, entonces debe declarar la inexecutable de dicha cláusula, y en los términos del artículo 241 ordinal 10 de la Carta, el Presidente sólo podrá perfeccionar el tratado, pero expresando la correspondiente reserva. Ya corresponderá al Presidente definir si con esa decisión de la Corte, procede a renegociar el tratado, (y lo somete nuevamente a la aprobación del Congreso) o expresa el consentimiento internacional, pero únicamente frente a las disposiciones declaradas executable, lo cual equivale a expresar una reserva frente a aquellas que fueron declaradas inexecutable. A su vez, el otro Estado definirá si acepta o no esa reserva.

La anterior técnica constitucional es perfectamente práctica, como lo demuestra el hecho de que con anterioridad al infortunado giro jurisprudencial de la sentencia C-160 de 2000 la Corte hubiera recurrido a ella en varias oportunidades. Por ejemplo, en las sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996 y C-08 de 1997, la Corte estudió la constitucionalidad de tres tratados bilaterales de inversión de Colombia, uno con el Reino Unido, otro con Cuba y el tercero con el Perú. La Corte consideró que uno de los artículos de esos tratados era inconstitucional, por lo que el Presidente sólo podría ratificar el tratado frente a las disposiciones del tratado declaradas executable, lo cual implica la formulación de una reserva frente a la norma declarada inexecutable. Por ejemplo, dijo así el numeral primero de la parte resolutive de la citada sentencia C-358 de 1996:

“DECLARAR EXECUTIBLES (sic) el "ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE POR EL CUAL SE PROMUEVEN Y PROTEGEN LAS INVERSIONES", suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, y la Ley 246 de 1995 que lo aprueba, con excepción del artículo 6° de aquel, que se declara INEXECUTIBLE. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política, el Presidente de la República, al manifestar el consentimiento de Colombia en obligarse por el Tratado, únicamente podrá ratificar las cláusulas del mismo que, según esta Sentencia, se ajustan a la Constitución Política.”

Las formulaciones de la parte resolutive de las sentencias C-379 de 1996 y C-08 de 1997 son, en lo fundamental, idénticas.

Por todo lo anterior, consideramos que el giro jurisprudencial introducido por la Corte en la sentencia C-160 de 2002 es inadecuado pues conduce a una técnica constitucional barroca y poco eficaz para el control constitucional de los tratados bilaterales, por lo que la Corte debería retornar a los criterios mucho más claros y constitucionalmente apropiados que esta Corporación había desarrollado en las citadas sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996 y C-08 de 1997. Por ello es que entonces hemos solicitado la inexecutable de algunas cláusulas de este convenio bilateral.

IV. Solicitud

En virtud de todos los argumentos planteados en esta intervención, respetuosamente pedimos a la Honorable Corte Constitucional que tome las siguientes decisiones en relación con cada una de las cláusulas estudiadas:

1. Compensación por demoras injustificadas (art. 5A del Protocolo que modifica el art. 16.9.a y b de Tratado.)

Declarar exequible el artículo 16.9.6 como fue modificado por el Protocolo Modificadorio, pero sujeto a una declaración interpretativa que obligue al Gobierno y al Congreso a reglamentar dicha cláusula en pro, y nunca en contra, del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP). De lo contrario, la Corte deja abierta la posibilidad de que el Ejecutivo y el Legislativo reglamenten la cláusula de tal manera que en la práctica volvamos al texto original del Tratado.

2. Protección de datos de prueba (art. 5A del Protocolo que modifica el art. 16.10.1 del Tratado)

Declarar exequible el artículo 16.10.1, tal como fue enmendado por el Protocolo Modificadorio pero con una declaración interpretativa que exija al Gobierno y al Congreso a reglamentar dicha cláusula en pro, nunca en detrimento, del derecho a la salud (art. 44 y 49 CP).

En particular, esta reglamentación podría limitarse, entre otras, con las siguientes consideraciones:

Como el Protocolo no define lo que debe entenderse por “nuevas entidades químicas” (art. 16.10.2.a), la Corte le debería indicar que lo haga siguiendo los criterios de la Organización Mundial de la Salud.

Igualmente, como el Protocolo (art. 16.10.2.a) no especifica qué información debe presentarse para obtener el registro sanitario y por ende cuál será protegida, que reglamente de tal manera que impida privatizar información pública.

Por último, como el Protocolo establece que el “periodo razonable será normalmente de cinco años” (art. 16.10.2.b), que solo se admita excepcionalmente y con justificación períodos de protección mayores a 5 años.

3. Vínculo patente-registro (art. 5A del Protocolo que modifica art. 16.10.3 del Tratado)

Declarar exequible el artículo 16.10.3 como fue enmendado en el Protocolo Modificadorio, pero con una declaración interpretativa que exija al Gobierno y al Congreso reglamentar dicha cláusula en pro, nunca en contra, del derecho a la salud (arts. 44 y 49 CP).

4. Derechos laborales fundamentales (Art. 17.2.1 del Tratado)

Declarar exequible la norma con una declaración interpretativa que aclare se entiende que el derecho a la libertad sindical hace parte de la lista de derechos ahí enumerados, los cuales son denominados por la OIT derechos laborales fundamentales.

5. La solución de controversias en materia de inversiones (Artículos 10.16 a 10.27 del Tratado)

Declarar inconstitucional el mecanismo de solución de controversias del capítulo de inversiones, y en consecuencia, hacer uso de la figura de la reserva.

6. Expropiaciones indirectas (art. 10.7 del Tratado)

Declarar exequible el art. 10.7 del Tratado con una declaración interpretativa que especifique que la prohibición excluye la presentación de estos temas antes los tribunales inversionista-Estado.

7. Cláusulas de anulación o menoscabo (art. 21.2.1.c del Tratado)

Declarar exequible el art. 21.2.1.c del Tratado con una declaración interpretativa en la que aclare que las reclamaciones por anulación o menoscabo son inaplicables a las medidas necesarias para proteger la salud pública, el medio ambiente y el interés general, como se explicará en detalle en el tercer acápite de esta intervención.

De la Honorable Corte Constitucional,

Rodrigo Uprimny Yepes
Director
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 79.146.539 de Usaquén

César A. Rodríguez Garavito
Socio
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 79.555.322 de Bogotá

Maria Paula Saffon Sanín
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 52.862.641 de Bogotá

Diana Rodríguez Franco
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 52.716.626 de Bogotá