

Iván Vargas-Chaves

Daniel Alzate-Mora

Editores/compiladores

Derechos Humanos y Construcción de Paz N° V

Derecho y salud: Debates contemporáneos



CECAR
Corporación Universitaria del Caribe

Iván Vargas-Chaves
Daniel Alzate-Mora
Editores/compiladores

Derecho y salud: Debates contemporáneos

Derecho y salud: Debates contemporáneos

Iván Vargas-Chaves
Daniel Alzate-Mora
Editores/compiladores



2020

Este libro es resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DEL CARIBE – CECAR

Rector

Noel Morales Tuesca

Vicerrector Académico

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector de Ciencia Tecnología e Innovación

Jhon Víctor Vidal

Directora de Investigaciones

Luty Gomezcáceres

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

María Eugenia Vides Argel

Coordinador Editorial CECAR

Jorge Luis Barboza

© 2020, **Derecho y salud: Debates contemporáneos**. Daniel Alzate Mora, Iván Vargas-Chaves, José López-Oliva, Daniel Andrés Figueredo-De-Pérez, Jessica González-Tejeiro, Juan Felipe Solórzano Quintero, Juan Carlos Ramos Santamaría, Indy Nazir Lleneris, Liliana Páez Jurado, autores.

ISBN: 978-958-5547-29-2 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-66-7 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/978-958-5547-66-7>

Sincelejo, Sucre, Colombia.

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

Derecho y salud : debates contemporáneos / Iván Vargas-Chaves... [et al.]; Iván Vargas-Chaves y Daniel Alzate-Mora, editores. – Sincelejo : Editorial CECAR, 2020.

180 páginas; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-5547-29-2 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-66-7 (digital)

1. Servicios de salud 2. Derecho 3. Responsabilidad civil 4. Responsabilidad penal 5. Seguridad ciudadana I. Vargas-Chaves, Iván II. Alzate-Mora, Daniel III. Título.

362.1 D431d 2020

CDD 21 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Autores</i>	7
<i>Introducción</i>	9
1. La Constitución Política de 1991 el Estado Social de Derecho y la Salud: una relación compleja	15
Daniel Alzate Mora Iván Vargas-Chaves	
2. Justicia normal neoliberal en Salud: un análisis crítico de la sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional	37
Daniel Alzate Mora	
3. Understanding the pharmaceutical patent system: an essay about the need to take its protection-access tradeoff seriously	73
Iván Vargas-Chaves José López-Oliva	
4. <i>Habeas Data</i> sanitario	87
Daniel Andrés Figueredo-De-Pérez Jessica González-Tejeiro	
5. La responsabilidad médica y sus títulos de imputación a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado: un análisis de 1991 a 2017	103
Juan Felipe Solórzano Quintero	
6. Análisis de la carga de la prueba de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia	121
Juan Carlos Ramos Santamaría	

7. Ampliación progresiva de la cobertura vs. principio de sostenibilidad financiera en el Sistema General de Seguridad Social	155
--	------------

Indy Nazir Lleneris

8. Algunas reflexiones sobre el agua potable y el saneamiento en el marco del derecho a la salud	171
---	------------

Liliana Páez Jurado

Daniel Alzate Mora

Abogado de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho Comparado de las Universidades de Milán, Messina y Córdoba, Italia y España. Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario.

Iván Vargas-Chaves

Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, España. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Universidad de Palermo, Italia. Docente investigador de la Corporación Unversitaria del Caribe - CECAR.

José López Oliva

Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Máster en Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Educación de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Bioética de la Universidad Militar Nueva Granada.

Daniel Andrés Figueredo De Pérez

Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Master of Arts (M.A.) in International Law and Settlement of Disputes de United Nations-Mandated University for Peace, Costa Rica.

Jessica González-Tejeiro

Estudiante de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

Autores

Juan Felipe Solórzano Quintero

Abogado de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Juan Carlos Ramos Santamaría

Abogado de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Seguros de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Seguros y Gerencia de Riesgo de la Universidad Pontificia de Salamanca, España.

Indy Nazir Lleneris

Abogada de la Universidad de Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena.

Liliana Páez Jurado

Abogada de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

En Colombia el derecho a la salud fue incluido en la Constitución Política de 1991 dentro del capítulo de los Derechos sociales, económicos y culturales. No obstante, la evolución de su protección en el ámbito interno, se dio a partir de la influencia de su órbita en la doctrina y normatividad internacional para que, la Corte Constitucional, a partir de la lectura hermenéutica y articulada de la Carta Política reconociera en la Sentencia T 780 de 2006 que este es un derecho fundamental autónomo, por su calidad de derecho subjetivo de aplicación inmediata, esencialidad e inalienabilidad para la persona y su relación intrínseca con la dignidad humana.

Para este alto tribunal la salud es no solo la ausencia de afecciones y enfermedades de una persona, sino un estado de “bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona”. El derecho a la salud implica entonces, el nivel de salud más alto posible en un Estado. Aun así, este derecho no es unívoco o absoluto, en tanto responde a diferencias surgidas por factores sociales o ambientales de las diferentes comunidades que integran la Nación, lo que lo hace pluriétnico y multicultural (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008).

Dentro de este marco, la relación entre salud y derecho le ha planteado al ordenamiento jurídico un escenario complejo no solo por su alcance, sino por el número de obligaciones que se derivan de él, así como por la diversidad de acciones y omisiones que exige del Estado y la sociedad en general para su cumplimiento, además del hecho de que la garantía del goce efectivo del mismo depende en gran medida de los recursos materiales e institucionales disponibles.

En este sentido, el Estado tiene unas obligaciones suscritas en el marco de acuerdos internacionales relativas a este derecho que son: (i) el respeto, que requiere que los Estado se abstengan de injerir bien sea por acción u omisión en el disfrute del derecho a la salud; (ii) la protección, entendida como la adaptación de medidas y leyes por parte de los

Introducción

Estados para velar por el cumplimiento de la aplicación de las garantías y (iii) la garantía, esta exige que cada Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestales, judiciales o de cualquier otra índole con las cuales sea posible dar plena efectividad a tal derecho (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Así, se entiende que el derecho fundamental a la salud es limitable, pues el plan de beneficios no tiene que ser infinito, sino que debe ajustarse a cubrir las necesidades y prioridades de salud por los órganos competentes para la asignación eficiente de los recursos disponibles. De modo que, el derecho fundamental a la salud involucra la satisfacción de otros derechos conexos, como el de acceder a servicios de salud de forma oportuna, eficaz y con calidad (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008).

Así mismo, este derecho tiene una íntima relación con el derecho médico, que es un área de reciente creación, encargada de regular los deberes, derechos y responsabilidades de carácter público y privado que derivados del ejercicio de la profesión médica y su relación con el paciente, al igual que las consecuencias que pueden resultar de la misma, esto incluye temas de responsabilidad médica legal (Aguiar-Guevara, 1996). Sobre este último punto, en Colombia, las Altas Cortes han tenido diferentes interpretaciones frente a la imputación de responsabilidad del profesional de la salud, respecto a los daños causados a los pacientes durante el ejercicio profesional (Acosta, 2010).

Esta área del derecho surge como respuesta al fenómeno de responsabilidades que en el ejercicio profesional de la medicina derivan de su práctica, esto es, por su asociación con el riesgo que conlleva para el paciente (Ruiz, 2004), sobre todo cuando se trata de nuevos desafíos que involucran el desarrollo de la medicina, como lo son los avances científicos y tecnológicos que permiten la aparición de nuevas figuras, entre ellos la donación y el trasplante de órganos, la clonación, los datos clínicos, los nuevos medicamentos en el mercado, por mencionar algunos (Bernal, 2010).

El libro busca presentar puntos de convergencia entre salud y derecho, además de poner de relieve el rol del derecho médico en la evolución del derecho a la salud; una disciplina que ha estado a la vanguardia y ha respondido con suficiencia a las nuevas dinámicas y retos que el avance de la globalización trae consigo. Por lo anterior, el resultado final da cuenta

Introducción

del esfuerzo de los autores, al quedar evidenciado el rigor con el cual se abordan los temas propuestos.

Así, en el primer capítulo, Daniel Alzate Mora e Iván Vargas Chaves estudian la complejidad de la relación entre Estado Social de Derecho y Salud, partiendo del rol que para la dogmática ha tenido el proceso constitucional colombiano como uno de los principales ejemplos de la emergencia del «nuevo constitucionalismo» en América Latina.

La indagación se ha centrado en examinar la convergencia de las formas jurídicas y las configuraciones de «aparato estatal», que en sus análisis han dejado de lado los procesos sociales y políticos, e incluso los momentos históricos que han precedido cada cambio constitucional, los cuales responden a una serie de dinámicas propias de cada proceso, pero que también se relacionan con el momento neoliberal del capitalismo. En el capítulo, se realiza un estudio detallado del caso colombiano, discutiendo esta calificación a través de la configuración del campo de la salud y su relación con el Estado Social de Derecho.

Daniel Alzate Mora, en el capítulo dos, se encarga de abordar el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental autónomo en Colombia; en tal sentido, para lograr su cometido presenta un breve esquema del sistema de salud y la intervención de los jueces constitucionales en esta materia, seguidamente analiza desde una postura crítica la argumentación de la Corte Constitucional en la sentencia T 760 de 2008, en la cual se logra reconocer este derecho como fundamental, los planteamientos de Nancy Fraser en cuanto a la articulación de un discurso, constituyen el fundamento para establecer como los argumentos de la jurisprudencia reflejan la “justicia normal neoliberal en salud”.

A continuación, en el capítulo tercero, Iván Vargas Chaves, considerando los resultados de su tesis doctoral, identifica la evolución y perspectivas de la patente farmacéutica en el sistema del comercio internacional, asimismo, los futuros debates que deberán darse desde la investigación jurídica y socio-jurídica.

Adicional a lo anterior, el autor reseña una serie de problemas de salud pública en los cuales los mecanismos de extensión del plazo de la patente han producido una falta de acceso a los medicamentos. Con base a esas problemáticas el autor propone una discusión sobre las excepciones

Introducción

justificadas a los derechos de patente, pues el interés general en última instancia respondió a la salud pública, que es de suma importancia.

En el cuarto capítulo, los autores Daniel Figueredo de Pérez y Jessica González Tejeiro, abordan el tema de la habeas data sanitario en Colombia, teniendo en cuenta que el manejo de la información y la historia clínica regulado por la Resolución 1995 de 1999 y 0839 de 2017 está a cargo de las entidades prestadoras de salud; se establece que el paciente puede acceder a esta información cuando lo requiera y considere pertinente bajo la característica de inalienable de disponibilidad.

No obstante, pese a que es un derecho constitucional consagrado en el artículo 15, se ha visto vulnerado por las entidades prestadoras de salud, las cuales alegan ser las titulares de la información que se consigna en estos documentos. Por ello, los autores desarrollan el problema jurídico de establecer quién es el titular de la historia clínica y de la información que contiene.

En el capítulo cinco, Juan Felipe Solórzano Quintero, presenta un breve panorama de los títulos de imputación derivados de la actividad médica, en los casos que implique responsabilidad extracontractual del Estado, el autor desarrolla el tema en tres etapas basadas en las tendencias jurisprudenciales del Consejo de Estado, en un primer momento aborda el periodo de 1991 al 2000; en el segundo momento, la transición que introdujo como sistema de aligeramiento probatoria la carga dinámica de la prueba; y el periodo del año 2006 a la actualidad, por el retorno al título de imputación primigenio, es decir, la falla probada.

En el sexto capítulo, el autor Juan Carlos Ramos Santamaría, desarrolla el tema del análisis de la carga de la prueba de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia. Realiza un estudio a profundidad sobre la carga de la prueba en un campo tan complicado como lo son las acciones judiciales derivadas de la responsabilidad civil médica, sumado a la teoría de la pérdida de oportunidad para el paciente en la determinación de una mala praxis.

Para el capítulo séptimo, Indy Nazir Lleneris, sostiene que el objeto del Sistema General de Seguridad Social y el principio de sostenibilidad financiera no responden a intereses similares, por ello, la autora pretende establecer ciertos tópicos que fundamenten tal tesis, aunque sin agotar

Introducción

totalmente el tema por la complejidad que representa. No obstante, logra desarrollar reflexiones importantes sobre esta materia, con el fin de visibilizar cómo los principios orientadores de un sistema podrían estar en contravía con su sentido inicial.

Por último, en el capítulo octavo, la autora Liliana Páez, desarrolla un acercamiento a los conceptos y alcance del agua potable y saneamiento como intereses jurídicos tutelados por el Estado en el marco del derecho a la salud. Como se reseña en el apartado introductorio, la finalidad de este capítulo no es otra diferente a la de compilar algunos de los instrumentos más relevantes, con el fin de presentar el panorama actual, dada la necesidad acuciante para la especie humana de protegerla, en tanto que de su acceso efectivo derivan otros derechos como la salud, la alimentación, el desarrollo económico, la igualdad, la justicia y la libertad.

Referencias

- Acosta-Madiedo, Carolina Deik (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. Bogotá: Revista de Derecho Privado. No. 43
- Aguar-Guevara, Rafael (1996). Derecho Médico en Venezuela. Caracas: Livrosca
- Bernal-Crespo, Julia Sandra (2010). Bioética y los derechos humanos: Un reto para el Derecho del siglo XXI. En: Eds. Guzmán-Mendoza, Carlos & Insignares-Cera, Silvana (2010). Política y derecho: retos para el siglo XXI. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 3, N° 4, N° 5 y N° 6.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008
- Ruiz, Wilson (2004). La responsabilidad médica en Colombia. Santiago de Cali: Revista Criterio Jurídico. Vol. 4. Pp. 195-216

1. La Constitución Política de 1991 el Estado Social de Derecho y la Salud: una relación compleja

Daniel Alzate Mora¹
Iván Vargas-Chaves²

Introducción

Tras el fin de la guerra fría, en la década de los noventa, se generó un impulso global de (re)escribir textos constitucionales que dejaron atrás el pasado colonial, las extremas inequidades, los gobiernos autoritarios y la exclusión política, que se manifestó con fuerza en el sur global, en donde se destacan los casos de la India y Sudáfrica (Comaroff & Comaroff, 2006; Rodríguez-Garavito, 2011).

Este impulso renovador de las formas constitucionales ha sido caracterizado como la emergencia de un tipo de «constitucionalismo aspiracional», el cual se propone “alcanzar el progreso social y un futuro mejor para la sociedad” (García Villegas, 2013). Sin embargo, el desarrollo de estos textos constitucionales han dejado en evidencia el desconocimiento tanto de la letra de la ley, como de su espíritu, y a pesar de ello se mantiene una fe en que las constituciones van a traer cambios sociales, como una forma de fetichismo jurídico³ (Comaroff & Comaroff, 2006).

1 Abogado de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho Comparado de las Universidades de Milán, Messina y Córdoba, Italia y España. Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario.

2 Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, España. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Universidad de Palermo, Italia. Docente investigador de la Corporación Unversitaria del Caribe - CECAR.

3 El trabajo de Julieta Lemaitre Ripoll se enmarca en este contexto de un fetichismo jurídicos «aspiracional», en especial del texto de la Constitución de 1991. En su texto la autora analiza a fondo el proceso constitucional colombiano, y el uso de que han hecho del mismo por parte de movimientos sociales, concluyendo que a pesar de la violencia, la explotación y el despojo, se debe seguir apostando por la sociedad que se plasmó en el texto de la Constitución de 1991, que brinda las herramientas necesarias para el cambio

En Latinoamérica este impulso de procesos constitucionales se produce tras el fin de las dictaduras y los gobiernos autoritarios de las décadas de los setenta y ochenta, en medio de la transición hacia la cultura garantista de los procesos democráticos y el respeto a los derechos humanos (Jiménez, 2008).

Este movimiento constitucional se inició en Brasil (1988) seguido por Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) (Jiménez, 2008). Para el caso de Costa Rica (1989); México (1992) y Argentina (1994) se introdujeron reformas de amplio calado, semejantes a los demás cambios constitucionales (Uprimny, 2011).

Un caso interesante es la constitución de Venezuela (1999), considerada como puente entre las reformas de los años ochenta y noventa; modelo del socialismo del siglo XXI (Pisarello, 2010). Recientemente, el caso de Bolivia (2008) y el de Ecuador (2009), caracterizados como anticapitalistas y anticolonialistas, se presentaron planteando la superando del modelo liberal, para avanzar hacia otras formas experimentales como las plurinacionales, interculturales, aunque comparten algunos elementos del modelo aspiracional (Uprimny, 2011).

Esta emergencia de la categoría analítica del «nuevo constitucionalismo» se ha centrado en analizar la convergencia (Merryman, 1981) de las formas jurídicas y las configuraciones de «aparato estatal». Sin embargo, sus análisis han dejado de lado los procesos sociales y políticos, e incluso los momentos históricos que han precedido cada cambio constitucional, respondiendo a una serie de dinámicas propias de cada proceso, pero también al momento neoliberal del capitalismo. Es a partir de esta operación que procesos tan distantes y contrapuestos, como por ejemplo el caso de Venezuela y Colombia, sean cobijados bajo el análisis del «neoconstitucionalismo» (Rodríguez-Garavito, 2012).

En este sentido, nos ocupamos de analizar con mayor detalle el proceso constitucional colombiano en su conformación y su desarrollo sobre la salud. Explicamos distintos tratamientos al interior de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), y de allí, concluimos que la Constitución Política de 1991 de Colombia hace parte de la estrategia del «consenso posneoliberal» (Stolowicz, 2012), para la reestructuración del capitalismo;

social (Lemaitre, 2009).

manifestando con fuerza en materia de derechos sociales como la salud, y la fórmula de Estado Social de Derecho.

Para ello, el artículo parte por ubicar el contexto social y político en el que se enmarca el cambio constitucional de 1991 en Colombia, asimismo, sus antecedentes jurídicos-políticos, a fin de dar cuenta de las diversas estrategias utilizadas para su aprobación y desarrollo. Seguidamente, nos ocupamos de las discusiones que al interior de la ANC se dan sobre la salud, y la forma bajo la cual se configuran las políticas sociales bajo la nueva forma de Estado Social de Derecho, para presentar finalmente algunos elementos de discusión.

El consenso político y social hacia la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente

Desde finales de la década de los años setenta se venía ventilando la idea de un cambio constitucional en Colombia, a partir de diversos actores y con intereses no siempre convergentes. En 1984 los grupos guerrilleros y movimientos sociales proponían convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de llegar a un espacio amplio de discusión y concertación, que no pasara por el Congreso de la República. En 1987 el tema fue retomado por el presidente Carlos Lleras Restrepo ante la escalada de la violencia contra la justicia en el país (Dávila, 2002).

A inicios de los noventa se empiezan a decantar estas iniciativas del cambio constitucional que rompiera con la tradición republicana de reformas al texto constitucional por uno de los partidos políticos tradicionales, liberal o conservador, o por una coalición tras una guerra civil, golpe de Estado, cambios anticipados o dirigidos por la élite gobernante (Valencia, 2010).

Se fue generando un consenso amplio en la sociedad en donde convergían los partidos tradicionales, los movimientos sociales, políticos y populares, nuevos partidos políticos, grupos armados desmovilizados, la academia, los estudiantes, e igualmente, los medios de educación en torno a la idea de convocar al pueblo para proclamar una nueva constitución (González, 1989).

Los antecedentes jurídico-políticos del proceso constituyente: los intentos fallidos de una reforma constitucional en el gobierno Barco

La historia constitucional de Colombia ha estado caracterizada por un profuso cambio y reformismo constitucional desde su consolidación como Estado-nación. Según (Valencia 2010):

Colombia tuvo quince constituciones generales o nacionales: dos (en 1811) durante la guerra de independencia (1810-1819); cinco (en 1819, 1821, 1828 y 1830) durante la Gran Colombia (1819-1830); cuatro (en 1831, 1832, 1843 y 1853) durante la Nueva Granada (1830-1858); tres (en 1858, 1861 y 1863) durante la federación (1858-1886); y una, [...] la de 1886, en el umbral de la Regeneración (1886-1903).

Esta última Constitución de 1886 fue reformada en 67 oportunidades durante periodo comprendido entre 1894 y 1986. Pero tras este profuso cambio constitucional y el reformismo exacerbado no está el “genio jurídico” celebrado por los manuales de derecho constitucional, sino un “dispositivo ideológico enderezado a prevenir el cambio social y producir un consenso político” (Valencia, 2010).

Para el autor, la historia constitucional de Colombia se caracteriza como una sucesión de constituciones que describen como «cartas de batalla», en donde la facción triunfante se imponía por la fuerza de la ley. La guerra y violencia se libraba también en el campo jurídico y se evidencia la simultaneidad de ambos procesos.

Las cartas de batalla se erigen a modo de especie de culto a las formas republicanas, en tanto que las élites liberales y conservadoras lograban bloquear cualquier intento de la insurgencia por una transformación estructural. La hegemonía dominante ha construido un imaginario sobre el derecho como un medio para la organización de la sociedad capitalista, como proyecto ilustrado y, por lo tanto, racional, formal e impersonal, es decir, imparcial (Jiménez, 2008).

En el gobierno Barco se intentó en tres oportunidades una reforma adicional, la número 68 a la Carta de 1886, sin éxito. La primera reforma fue la convocatoria de un plebiscito, bloqueado por el bipartidismo para la construcción de un acuerdo con las fuerzas políticas tradicionales. Fruto de este acuerdo se propuso un referendo para adelantar la reforma, pero

fue declarado inconstitucional por el Consejo de Estado, porque era el Congreso el único facultado para reformar la Constitución.

El gobierno optó por presentar un proyecto de acto legislativo, compuesto por 181 artículos, denominado «Democracia participativa y justicia social» que buscaba una legitimación de las instituciones, así como cumplir con los cambios políticos, sociales y económicos asumidos por el gobierno Barco. Se trataba de una transformación del Estado a la reestructuración del capitalismo, sustentada en la democracia participativa y la búsqueda de la paz (Jiménez, 2008).

Estas propuestas de reformas fallidas fueron asesoradas por Fernando Cepeda y César Gaviria. Cepeda, politólogo de la Universidad Nacional que “se alejó de la enseñanza pública para meterse de lleno en la vida privada” (Semana, 1986), participó en la creación de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes y otros centros de investigación de dicha universidad, así como la docencia en la cátedra de ciencia política. En el gobierno Barco se desempeñó como ministro de Gobierno y de Comunicaciones, ligado a la élite intelectual norteamericana (Semana, 1986). César Gaviria también participó en los intentos de reforma, economista de la Universidad de los Andes, político profesional que ocupó los cargos de ministro de Hacienda y Crédito Público y ministro de Gobierno en la administración Barco (Estrada, 2005).

Ante este escenario, el gobierno de Barco y sus asesores se dieron a la búsqueda de un mecanismo que permitiera la reforma constitucional por vías diferentes a las dispuestas en la Carta Constitucional de 1886. En este contexto, la iniciativa de los estudiantes de las universidades privadas, «Todavía podemos salvar a Colombia», se alineaba a los objetivos del gobierno de un cambio constitucional. A pesar de sus diferencias ideológicas, «el movimiento estudiantil por la constituyente» también apoyó el proceso de la séptima papeleta (Lemaitre, 2009). Según Humberto de la Calle: “El movimiento estudiantil sirvió como detonante para mostrar que la forma de lograrlo era una especie de auto-convocatoria” (Jiménez, 2008). Con la particularidad de haber sido un movimiento estudiantil que no fue reprimido (Amaya, 2013) ni sufrió el terrorismo de Estado que por la misma época operaba en el exterminio de la Unión Patriótica (Calvo, 2008). El movimiento estudiantil se desintegró en 1990, antes de las elecciones de los constituyentes (Lemaitre, 2009).

El estudio jurídico para buscar la viabilidad del cambio constitucional, ante las vicisitudes de los intentos en el gobierno Barco y que, además, no tuviera que pasar por el control de la Corte Suprema de Justicia (Ahumada, 1996) fue elaborado por el ministro de Comunicaciones, Fernando Cepeda, el ministro de Gobierno, César Gaviria, con el apoyo de Manuel José Cepeda, hijo del ministro Fernando Cepeda, y uno de los miembros más jóvenes del kínder del presidente Gaviria (Estrada, 2005). Manuel José Cepeda es abogado de la Universidad de los Andes con estudios de posgrado en la Universidad de Harvard, y tiene un papel protagónico en la estrategia jurídica, una «astucia abogadil» (Valencia, 2010) que permitiría la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

De hecho, Cepeda, quien tenía una estrecha amistad con Fernando Carillo, profesor de la Universidad Javeriana y la Universidad del Rosario, participó activamente en el movimiento estudiantil, el cual abandonó para formar parte de la Asamblea Nacional Constituyente (Lemaitre, 2009), jugaron un papel importante de articulación entre la propuesta de los estudiantes y el gobierno para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente. El carácter pragmático del escrito para el cambio constitucional fue denominado «Plan de asalto» (Ahumada, 1996).

La «teoría constitucional» que permitió abrir el camino a la convocatoria de la Asamblea Constitucional se dio a través del decreto de estado de sitio 927 de 1990, durante el gobierno de Barco. Según Cepeda, “un pueblo que se auto-convoca y un estado de sitio que se puede utilizar para crear las bases políticas e institucionales para la paz: en esas dos frases se resume la teoría constitucional construida para abrirle un camino a la asamblea dentro del orden jurídico” (Cepeda 1993).

Esta declaración del estado de sitio abrió las puertas para que el próximo presidente, César Gaviria (1990-1994) liderara el proceso constituyente. Sin embargo, el procurador general de la nación, Alfonso Gómez Méndez alertó a la Corte Suprema de Justicia del camino jurídico que adoptaba el gobierno para avanzar en la reforma constitucional. En su criterio, Ahumada (1996), expresa:

Lo que se quiere presentar como la suprema manifestación de la democracia participativa puede quedar reducido a un cheque en blanco para que el próximo presidente, y sus asesores, veinte,

treinta o cuarenta individuos, sean quienes decidan cuál es el camino a seguir para convocar la «Constituyente»

La convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente

Dando continuidad a los avances de la administración Barco para una reforma constitucional, el gobierno de Gaviria se aseguró de lograr un acuerdo político con las fuerzas políticas tradicionales y el nuevo partido político Alianza Democrática M-19 (AD-M19), con el fin de llevar a buen término la reforma. De este acuerdo político fue excluida la Unión Patriótica y los estudiantes —a pesar de ser estos últimos los convocantes— (Dávila, 2002).

A través del decreto 1926 de 1990 se presentó a la opinión pública el acuerdo político sobre la Asamblea Nacional Constitucional, en donde se determinaron los elementos procedimentales de la Asamblea así como su alcance y temario a discutir (Jiménez, 2008). En una decisión controvertida, aprobada con 14 votos de 26 posibles (Ahumada, 1996; Cepeda, 2007a), La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la constitucionalidad del decreto. Sin embargo, consideró que la limitación temática era contraria a la convocatoria del constituyente primario, que no podía ser limitado en su soberanía. Con el fallo de la Corte, la que era una «Asamblea Nacional Constitucional» adquirió el carácter de «Constituyente», por lo que tenía plena libertad para avanzar en una reforma estructural del Estado y sus instituciones, y establecer un nuevo «pacto social» sin ninguna limitación. Esto presentaba un obstáculo para el proyecto del gobierno Gaviria, no obstante, como explicaremos el gobierno logró mantener su decálogo temático y metodológico como eje central sobre el cual va a ser desarrollado el proceso de la ANC (Jiménez, 2008).

El 9 de diciembre de 1990 se votó la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente. Con un total de 70 delegados, se conformó un foro de amplia pluralidad de actores: desde los partidos tradicionales, liberal con 25 constituyentes; 9 para conservador y 11 al Movimiento de Salvación Nacional formado por una división del partido conservador y liderado por Álvaro Gómez Hurtado. Por Alianza Democrática M-19 se contó con 19 constituyentes y los indígenas; la Unión Patriótica y los grupos evangélicos tuvieron cada uno dos delegados. El partido revolucionario de

los trabajadores (PRT) y el movimiento indígena Quintín Lame, tuvieron un representante cada uno, pero sin derecho a voto (Jiménez, 2008).

No obstante, la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente «nace muerta» (Mejía, 2002a, 2002b), pues el mismo día en que se produce la elección de los constituyentes, el gobierno lanza una ofensiva militar contra el principal campamento del secretariado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), ubicado en Casa Verde —este representaba el símbolo de los diálogos de paz durante diez años con esa guerrilla—. Los asesores del gobierno Gaviria, aplicando sus conocimientos técnicos adquiridos en Estados Unidos en los manuales de ciencia política, concluyeron que el ataque conduciría a un éxito político y militar, toda vez que las FARC-EP habían quedado sin ningún apoyo tras la caída del muro de Berlín y el ocaso de la Unión Soviética (Medina, Toloza, Beltrán, Romero, & Caicedo, 2009). El ataque no dejó ningún éxito militar y significó un fracaso político para el gobierno (Calvo, 2008).

Este ataque a la guerrilla tenía un poder simbólico importante, ya que la Asamblea Nacional Constituyente se convocó para construir un pacto de paz. Esta acción militar cerraba las posibilidades de diálogo con los grupos alzados en armas que no integraran el proceso de cambio constitucional (Mejía, 2002b). En ese sentido, la Constitución de 1991 no lograba romper del todo con la tradición constitucional de Colombia de «cartas de batalla» (Valencia, 2010).

Sin embargo, el proceso de la ANC produjo un cambio en la tradición constitucionalista del país que dio paso a una discusión sobre el sistema político y el fin del bipartidismo del Frente Nacional, los derechos fundamentales, la democracia, la forma de Estado entre otros aspectos introducidos por el pacto constitucional. “La Constitución de 1991 se nos ha presentado, no sin justas razones, como una Constitución progresista, antiformalista, el origen del nuevo derecho, de textura abierta, garantista, vanguardista, tanto por los derechos fundamentales que consagró, por la figura del Estado social de derecho que los respalda y por el esquema de democracia participativa que propiciaba” (Mejía, 2002a, 2002b).

La Constitución Política de 1991

La constitución tiene un papel central en la reconfiguración del capitalismo en Colombia, pues va a encubrir la dominación y explotación, en tanto que su introducción viene legitimada a través de la retórica de la democracia participativa y la búsqueda de la paz. Siguiendo los análisis críticos al cambio constitucional (Alzate, Oviedo, Velosa, & Abadia, 2013; Estrada, 2004, 2005; Jiménez, 2008; Mejía, 2002a, 2002b; Moncayo, 1990, 2002, 2004), dicha modificación dio legitimidad a la avanzada neoliberal tras las figuras progresistas de la ampliación de la democracia participativa, la definición del Estado como Social de Derecho y los derechos humanos.

Los elementos estructurales para la reestructuración del capitalismo quedaron intactos, y a través de la «ambigüedad calculada» (Calvo, 1994), la ductilidad de las formas constitucionales (Zagrebelsky, 1999) y la flexibilidad de enunciados del texto constitucional como: «economía de mercado»; «libertad de empresa»; «eficiencia», se ha permitido una interpretación y aplicación del texto constitucionales según los mandatos de la reestructuración capitalista.

Existe un consenso por parte de la dogmática del derecho constitucional de valorar la Constitución de 1991 en general como parte del nuevo constitucionalismo o «constitucionalismo aspiracional». Las renovadas formas constitucionales en América Latina se ubican en el tránsito a la democracia, que fue celebrado como una transformación radical de dichas sociedades. En especial la cláusula del Estado Social de Derecho se ha interpretado como un principio que irradia todo el texto constitucional en tanto que orienta la actividad del Estado en todos sus aspectos y que implica a su vez un compromiso fuerte con la justicia social y la libertad (Arango, 2004; Cepeda, 2007b; Lemaitre, 2009; Rodríguez-Garavito, 2011; Uprimny, 2001, 2011).

Contrario a este consenso, proponemos argumentar que el Estado Social de Derecho no puede analizarse de forma aislada al momento histórico en que se produce el cambio constitucional en Colombia y la reestructuración del capitalismo bajo la égida neoliberal. En este sentido, el Estado Social de Derecho lo identificamos, siguiendo a Stolowicz (Stolowicz 2012), como el elemento articulador que está operando en la era de los regímenes democráticos para América Latina. Con respecto al

caso específico de Colombia es la fórmula del Estado Social de Derecho la que condensa y sintetiza la reestructuración capitalista y su forma de legitimación, vaciando del contenido de justicia social que evoca la fórmula del Estado Social de Derecho.

El Estado Social de Derecho: el elemento articulador del neoliberalismo en Colombia

En cada país de América Latina la reestructuración capitalista del neoliberalismo se impone desde diversos ámbitos, en Colombia se denominó Estado Social de Derecho, y la reestructuración se centró en los mecanismos jurídico-políticos. A partir de los análisis de Beatriz Stolowicz (Stolowicz, 2012), en una perspectiva de larga duración, el Estado Social de Derecho no es antagónico ni está en contradicción con el modelo económico impuesto en Colombia de forma simultánea a su consagración, en la Constitución Política de 1991. Por el contrario, asumimos con la autora que el Estado Social de Derecho ha sido el elemento que permitió que a inicios de la década del noventa se legitimara la estrategia para la realización del ideal posneoliberal de «democracia de propietarios» y la política social de economía neoclásica.

Según Salomón Kalmanovitz, quien se arrepiente de no haber participado en la Asamblea Nacional Constituyente (El Espectador, 2010), el diseño de la Constitución de 1991 no es de corte neoliberal, pues no se desprendió de una concepción del Estado paternalista y caritativa, que fue el modelo de la Constitución de 1886. No obstante, el nuevo pacto político buscó fortalecer la esfera política y económica de la sociedad a través de un balance entre Estado-mercado-individuo. Para Kalmanovitz (2001):

El concepto de ciudadanos que surge de la soberanía popular es que tienen libertad política y económica. Tienen derechos y responsabilidades y pueden desplegar iniciativas para hacer negocios y para construir Estado. Pueden transar entre ellos como individuos iguales, y lo que voluntariamente decidan debe ser garantizado por la ley. Los individuos libres toman sus decisiones y deben asumir responsabilidades de sus actos. Todo lo que se especifique en un contrato firmado por ellos debe cumplirlo. Deben pagar sus deudas, responder por sus

obligaciones con su familiar y contribuir para construir un Estado fuerte y justo.

La dogmática constitucional ha establecido una interpretación del Estado Social de Derecho como forma de Estado, que evoca el Estado de Bienestar europeo, y en especial, el de la Constitución de Weimar (López, 2003), de un compromiso fuerte y decidido por la justicia social y la garantía asimismo protección de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución. Por otra parte, se ha establecido que las políticas económicas de la década de los noventa van en contravía de los postulados del Estado Social de Derecho, por no contemplar la «perspectiva de los derechos sociales» en su desarrollo y formulación, lo cual genera una contradicción entre los desarrollos de la política social con los postulados de la Constitución de 1991.

Esta contradicción se manifiesta de forma especial en el campo de la salud. Por una parte, la Constitución reconoce la salud como un derecho social, a cargo del Estado, y que representa una manifestación concreta de la forma Estado Social de Derecho debiendo ser garantizada según los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. Pero, por otra parte, el sistema de salud creado en la Ley 100 de 1993 no ha logrado garantizar los postulados de la Constitución, desarrollando una política pública que no alcanza a estar en plena sintonía con la Constitución (López, 2008a).

La Corte Constitucional en su desarrollo jurisprudencial ha desarrollado una amplia dogmática sobre el Estado Social de Derecho para la interpretación de los postulados de la Constitución. Sin embargo, sus argumentaciones coherentistas (Pérez, 2006) han logrado establecer que existe una política pública de salud, contenida en la Ley 100 de 1993, dirigida a la satisfacción del derecho constitucional a la salud, por lo tanto, no encuentra contradicción en ambos procesos.

Lo que aquí queremos argumentar es que la coherencia y el vínculo entre la Constitución y el sistema de salud no se deriva de un procedimiento interpretativo, por el contrario, hace parte de una estrategia cuyo propósito es legitimar la avanzada neoliberal y la creación de nuevos mercados, como el de la salud, para la acumulación capitalista. En este sentido, el Estado Social de Derecho y la política de salud de la Ley 100 de 1993 resultan coherentes como parte del mismo proyecto por la acumulación del capital,

desde dispositivos muy finos, que ideológicamente están contruidos con el objeto de dar la garantía de la vida, pero que sus desarrollos evidencian una política de muerte.

Al respecto, nos explica Pablo Dávalos: “un régimen que se arroga el derecho a la vida, también lo hace con el derecho a la muerte. La biopolítica tiene una contraparte con la tanatopolítica. La legitimación del derecho a la vida abre el espacio político e histórico para justificar y legitimar el derecho a la muerte” (Dávalos, 2011).

De esta forma entendemos que no existe contradicción entre el Estado Social de Derecho y las políticas sociales, sino que, por el contrario, son las formas novedosas en que se legitima la disposición de la vida y la muerte. La dialéctica entre la biopolítica y la tanatopolítica se refleja en el sistema de salud, y la tensión que produce conceptualizar la salud como un derecho, vinculado estrechamente con la vida o como un servicio público, asociado a la acumulación capitalista de los mercaderes de la salud, a su vez, relacionado con la muerte ante la falta de recursos para pagar los servicios necesarios. A continuación, exponemos de qué manera se planteó esta tensión al interior de la ANC.

La salud entre derecho y servicio público en la Constituyente de 1991

Una de las transformaciones más importantes de la Constitución Política de 1991 es la amplia carta de derechos constitucionales consagrados en el Título II, De los derechos, las garantías y los deberes. No obstante, en el texto de la Constitución y el proceso constituyente se dejó abierto el debate de la configuración de la salud ya sea como derecho o servicio público.

La salud recibió diversas categorizaciones en la ANC, en principio como derecho, y luego, de forma ambigua que oscilaba entre un servicio público al que se accede a través del mercado, pero al mismo tiempo, se le define de forma gaseosa como parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

La configuración de la salud en términos de derecho se debatió entre los constituyentes que afirmaban su naturaleza de derecho social, el cual está limitado a los desarrollos legislativos sobre su contenido y alcance; mientras que, por otra parte, otros constituyentes argumentan que la salud

se definió a modo de servicio público, bajo la nueva noción de servicio volcada al mercado y asimismo a la acumulación de capital por parte de empresas privadas.

Para analizar la configuración de la salud, ya sea como derecho o servicio público, se toma como punto de partida el informe-ponencia remitido a la subcomisión segunda de la Asamblea Nacional Constituyente, titulado: *Proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades*.

Explican los constituyentes en su informe que para la determinación de los derechos a incluir en la nueva Carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución histórica del concepto de derechos fundamentales. En esta evolución se han diferenciado la concepción liberal clásica y los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, más allá de las discusiones ideológicas entre grupos de derechos, la ponencia concluye que ambos deben ser reconocidos en tanto se complementa y amplía el marco de protección constitucional que les permita contar con las condiciones materiales para el disfrute de los derechos individuales de la tradición liberal.

Otro aspecto importante del informe es la discusión que se planteó acerca del valor normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de considerarlos como derechos justiciables y tener plena exigibilidad jurídica; o por el contrario, serían marcos de sentido de orientación en el desarrollo del Estado. Al respecto, el informe definió que estos derechos son considerados: “Como situaciones jurídicas constitutivas de verdaderos derechos”, en tanto algunos ya están regulados por el Estado o las condiciones de desarrollo del país no pueden constituir un impedimento para el reconocimiento de esta clase de derechos; mientras se espera en un futuro que las condiciones sociales, económicas, políticas, al igual que las jurídicas, cambien y se dé plena realización a los derechos sociales.

El informe incluyó dentro de su propuesta de la nueva carta de derechos, el de la salud y la seguridad social en los siguientes mencionados a continuación.

Artículo 37°. De la salud y la seguridad social: La protección de la salud y la seguridad social son deberes del Estado y derechos de las personas, garantizados mediante políticas económicas y sociales que a través de un adecuado sistema de seguridad

social, reduzca el riesgo de enfermedad y aseguren el acceso igualitario a los servicios de salud para su prevención, protección y recuperación.

Una ley marco determinará el desarrollo progresivo del régimen de la seguridad social integral, incluyendo la asistencia pública, el subsidio al desempleo y la licencia de maternidad. Estos derechos se extienden a los trabajadores de la cultura” (Const., 1991, art. 37).

Sin embargo, en este mismo articulado aparece la noción contrapuesta a la de derecho a la salud, la de servicio público. Al respecto, el artículo 44 dispuso:

Artículo 44°. De los servicios públicos básicos: El Estado tiene el deber de satisfacer las necesidades básicas de la comunidad, tales como servicios públicos, de salud, educación, vivienda, comunicaciones, agua potable, luz, recreación y deporte, mediante políticas económicas y sociales eficaces” (Const., 1991, art. 44).

La comisión codificadora de la ANC, para julio de 1991, definía, en el artículo 49, la salud como servicio público y derecho fundamental. No obstante, en la Gaceta Constitucional del 10 de octubre de 1991 la Plenaria reajustó los artículos 48 y 49 en donde la definición de la salud como derecho fundamental fue suprimida de la redacción final. En el artículo 49 se incorporó la mención sobre los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad como orientadores y sustento para la prestación de los servicios de salud. El artículo 49 también fue modificado pues establecía que el servicio público de salud debía ser organizado, dirigido y reglamentado “por medio de entidades públicas”; éste último elemento de entidades públicas fue eliminado en la plenaria (Lamprea, 2011).

Según Lamprea estas modificaciones no le restaron valor a la salud como derecho. El autor llega a esta conclusión retomando las discusiones de plenaria y la intervención de Navarro Wolff, constituyente por la AD-M-19, que propuso un artículo independiente para la salud. Por ello, explica que debe hacerse una lectura conjunta del primer inciso del artículo 49 que estableció: “*la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado*” con el primer inciso del artículo 48:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley” (Const., 1991, art. 48).

Lo que el autor plantea es una interpretación “coherentista” (Pérez, 2006) de la discusión al interior de la ANC, y su resultado final en la Constitución, la cual puede ser una lectura posible sobre el espíritu constituyente, tendiente a ocultar la holgura hermenéutica (Calvo, 1994) de la imprecisión constitucional en la definición de la salud.

Pero cuando se complementa el análisis del tratamiento de la salud en la ANC, con la discusión de los asuntos económicos en la Constitución, emerge la ambigüedad calculada, ductilidad, amplitud y flexibilidad de las formas en que el capital privado se introduce en el texto para configurar la definición de la salud, así como los servicios públicos, que van a legitimarse desde el modelo de Estado Social de Derecho.

Las discusiones de los asuntos económicos, siguiendo a Jiménez (Jiménez, 2008), fueron muy reducidas, en parte a los pocos proyectos presentados para discusión al interior de las comisiones económicas de la ANC, pero también reflejan el férreo control que ejerció el gobierno sobre esta, con el fin de mantener su desarrollo en el marco del proyecto temático y procedimental que había fijado en su propuesta de reforma.

El desarrollo de las deliberaciones se dio en el marco de consensos por fuera de la ANC¹. Según Perry se propuso un principio orientador de las discusiones en asuntos económicos que permitió zanjar el debate entre

¹ Sobre el particular señala Guillermo Perry, quien participó como Constituyente en la comisión V de asuntos económicos en donde explica que la discusión del Banco de la República se caracterizó porque: “[...] El Banco no se limitó a preparar la propuesta original, incorporada con pocas modificaciones en el proyecto de reforma constitucional que presentó el gobierno, sino que condujo en todo momento el más activo y efectivo lobby al interior de la Asamblea. Cómo no recordar los finos desayunos y almuerzos, servicios en los salones del Banco, a los que fuimos invitados, por turnos, todos los miembros de la Comisión Quinta para escuchar la explicación y justificación de esta importante propuesta; o el completo dossier que nos fue entregado, muy bien compuesto y editado por cierto; o la efectividad de los artículos, gráficos y cálculos con los que se convenció a mis colegas en la Asamblea de que al otorgar autonomía al Banco se derrotaría la inflación Perry, G. (1995). “La autonomía del Banco de la República.” Debates de coyuntura económica Septiembre(36).

neoliberalismo, en un extremo, contra intervencionismo del Estado en la economía, al otro extremo. Desde una concepción moderna de la economía el grupo de constituyentes liberales presentó un texto a la Asamblea en donde se planteó como guía para las deliberaciones, la fórmula: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario” (Perry, 2011).

Desde esta óptica la lectura sobre la salud, la seguridad social los servicios públicos y la fórmula de Estado Social de Derecho adquieren una connotación distinta, en tanto que su amplitud y flexibilidad da cabida a la incorporación de las lógicas del mercado: “tanto mercado como sea posible”, en donde se instala el lucro-mercado privado, pero que está complementado con “tanto Estado como sea necesario”, que radica en sus funciones de control, regulación, inspección y vigilancia al igual que políticas sociales de focalización.

Es preciso anotar cómo el artículo 48 que consagra el derecho irrenunciable a la seguridad social, al mismo tiempo dispone que:

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”. El artículo 49, sobre la salud en este mismo sentido establece: “Corresponde al Estado [...] establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (Const., 1991, art. 48-49)

Por su parte, el artículo 365 define los servicios públicos, su prestación y el papel del Estado en los siguientes términos:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso,

el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Pero la estrategia neoliberal no se limitó al texto constitucional, sino que permeó todo el ordenamiento jurídico, en la configuración que Jairo Estrada caracteriza como “la construcción de un orden [de derecho positivo] neoliberal” (Estrada, 2004). El proyecto político neoliberal ha sido revestido por una dulcificación jurídica, al ajustarse a las “reglas del juego” democrático, en donde las iniciativas gubernamentales han surtido todos los trámites legales por el Congreso de la República y han contado con la bendición del poder judicial al encontrarse ajustadas a la Constitución.

La inserción de todos los individuos al mercado, ahora como propietarios, sin distingo de raza, etnia, religión, clase social, es una de las manifestaciones del derecho a la igualdad (Const., 1991, art. 13), en su carácter formal, fundamental al funcionamiento del mercado capitalista, en donde no se tienen en cuenta este tipo de distinciones. Sin embargo, también se consagra la igualdad material y efectiva, como manifestación del modelo de Estado Social de Derecho, en donde se tomarán medidas a favor de grupos históricamente discriminados o en situación de debilidad manifiesta, sin que ello implique el establecimiento del “igualitarismo”. El Estado Social de Derecho se ha venido desarrollando desde el paradigma de las oportunidades para el goce de derechos a través del mercado. Esta forma de Estado aparece ya desde los proyectos de reforma a la Constitución. Sobre el particular el proyecto planteaba:

El Estado social, entendido como idea regulativa, significaría que para el Estado existiría una obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones. Éste debería promover la igualdad de los diferentes grupos sociales, lo cual no significa la implantación del “igualitarismo” sino que todos los sectores de la población deberían tener igualdad de posibilidades para el pleno goce de sus derechos.

En este planteamiento se sintetiza el enfoque desde el cual se abordan las políticas sociales, en especial el caso de salud que nos ocupa. En este sentido, la fórmula Estado Social de Derecho se despoja de todo condicionamiento histórico que marca las reivindicaciones sociales de la clase trabajadora. De esta manera, el Estado Social de Derecho se puede acomodar de tal forma que resulta funcional a la reestructuración capitalista, manteniendo intacto el modelo de lucro-mercado capitalista que la Constitución de 1991 legitima y justifica.

Discusión

El consenso sobre la Constitución Política de 1991 como un «pacto revolucionario» (Cepeda, 2007b), como fue catalogada por el presidente César Gaviria, ha sido la calificación que también ha recibido por los análisis jurídicos sobre la Constitución y la propia Corte Constitucional, que coinciden en el carácter progresista, antiformalista y de compromiso social (López, 2008b).

Sin embargo, un análisis detallado del proceso constitucional, el contexto histórico en que se desarrolló y el tratamiento dado en especial a la salud en su interior, develan que el carácter progresista y garantista de derechos estaba encaminado a la legitimación de un ajuste del modelo neoliberal.

El Estado Social de Derecho se limitó a que las políticas sociales y la prestación de los servicios públicos, ahora a cargo de los operadores privados en los nuevos mercados, se lleven bajo condiciones de equidad y solidaridad. En ese sentido, se legitima la división de clases al interior de la sociedad, en tanto que quienes tengan capacidad de pago tendrán que acudir al mercado para la satisfacción de sus derechos, y a quienes no tengan los recursos económicos, el Estado Social de Derecho les suplirá dichos servicios por la vía de subsidios,-

A través de esta forma los derechos sociales adquieren un carácter patrimonial (Giraldo, 2013; Giraldo, 2007), ya que es el patrimonio individual el que determina si el Estado debe o no garantizar la satisfacción de dichos derechos. De esta manera, el Estado Social de Derecho adquiere un carácter discursivo con una fuerte carga retórica, que no logra trascender

las políticas de exclusión, discriminación, explotación y despojo, que han caracterizado al Estado colombiano, en especial el caso de la salud (Alzate *et al.*, 2013).

Referencias

- Ahumada, C. (1996). *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Alzate, M. D., Oviedo, M. D. G., Velosa, L. P., & Abadia, C. E. (2013). Derecho lucro-destructivo: vivencias de la ideología posneoliberal en salud. In C. E. Abadia, A. Góngora, M. A. Melo Moreno & C. Platarueda (Eds.), *Salud, normalización y capitalismo en Colombia*. Bogotá: Univesidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Centro de Estudios Sociales (CES). Grupo de Antropología Médica Crítica. Ediciones Desde Abajo. Universidad del Rosario.
- Amaya, R. (2013). Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la séptima papeleta o *todavía podemos salvar a Colombia*. *Revista de Derecho Público*, Enero-Junio(30).
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Vol. 33). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calvo, G. M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- Calvo, O. H. (2008). *Colombia, laboratorio de embrujos. Democracia y terrorismo de Estado*. Madrid: Foca ediciones.
- Cepeda, E. M. J. (2007a). La Constitución y sus orígenes: de la política constitucional al derecho constitucional *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Cepeda, E. M. J. (2007b). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Comaroff, J. L., & Comaroff, J. (2006). Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction. In J. Comaroff & J. L. Comaroff (Eds.), *Law and Disorder in the Postcolony* (pp. 1-56). Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 13. 2da Ed. Legis.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 37. 2da Ed. Legis.

- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 44. 2da Ed. Legis.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 48. 2da Ed. Legis.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 49. 2da Ed. Legis.
- Dávalos, P. (2011). *La democracia disciplinaria. El proyecto posneoliberal para América Latina*. Bogotá: Educaciones desde Abajo.
- Dávila, L. d. G. A. (2002). *Democracia pactada. El frente nacional y el proceso constituyente del 91*. Bogotá: Uniandes.
- Elespectador.com. (2010). “Soy una madre”: Salomón Kalmanovitz. *El Espectador*.
- Estrada, Á. J. (2004). *Construcción del modelo neoliberal en Colombia. 1970-2004*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Estrada, Á. J. (2005). Elementos preliminares para una caracterización de la elite intelectual de las reformas estructurales en Colombia. *Ensayos críticos, septiembre* (1).
- García Villegas, M. (2013). Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria*, 15(129), 77-97.
- Giraldo, C. (2013). Política social contemporánea. In C. Giraldo (Ed.), *Política social contemporánea en América Latina. Entre el asistencialismo y el mercado*. Bogotá D.C.: Fundación escuela para el desarrollo; Ediciones Desde Abajo; Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas. Grupo de socioeconomía, instituciones y desarrollo.
- Giraldo, G. C. A. (2007). ¿Protección o desprotección social? Bogotá: Desde abajo.
- González, P. C. (1989). ¿El plebiscito para qué? *Cien días vistos por Cinep, septiembre* (7).
- Jiménez, A. C. (2008). *Democracia y neoliberalismo. Divergencias y convergencias en la construcción de la Carta Política de 1991*. Medellín: La carreta Editores; IEPRI, Universidad Nacional de Colombia.
- Kalmanovitz, S. (2001). Constitución y modelo económico. In J. A. Suárez (Ed.), *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; ILSA; Unibiblos.

- Lamprea, M. E. (2011). *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud: encrucijadas y salidas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lemaitre, R. J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- López, M. D. E. (2003). El constitucionalismo social: genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales a partir de la Constitución colombiana de 1991. In B. C. M. Molina (Ed.), *Corte Constitucional. 10 años balances y perspectivas*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- López, M. D. E. (2008a). “Sistema de salud” y “derecho a la salud”: Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional. Bogotá: Informe preparado para ACEMI.
- López, M. D. E. (2008b). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis Editores ed.). Bogotá: Legis; Ediciones Universidad de los Andes; Universidad Nacional de Colombia.
- Medina, G. C., Toloza, F., Beltrán, A., Romero, P., & Caicedo, M. (2009). *FARC-EP. Temas y problemas nacionales 1958-2008*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación de Seguridad y Defensa Actores Armados.
- Mejía, Q. O. (2002a). La Constitución de 1991 como proyecto inacabado. *El otro derecho*, Julio (28).
- Mejía, Q. O. (2002b). La constitucionalización de la mentira. Dominación y exclusión en la Constitución del 91. *Espaciocrítico*.
- Merryman, J. H. (1981). On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law. *Stanford Journal Of International Law*, 17(2), 357-388.
- Moncayo, C. V. M. (1990). La crítica del discurso constitucional una urgencia política *Asamblea Constitucional. ¿dilema jurídico o político?* Bogotá: ILSA.
- Moncayo, C. V. M. (2002). La Constitución de 1991 y el Estado de la nueva era del capitalismo *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- Moncayo, C. V. M. (2004). *El Leviatán Derrotado*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

- Pérez, B. J. M. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Perry, G. (2011). Economía y Constitución. In F. d. C. S. Departamento de Ciencia Política, Universidad de los Andes (Ed.), *Constitución de 1991, 20 años logros y pendientes*. Bogotá: Universidad de los Andes; El Tiempo. .
- Pisarello, G. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década. *Sin permiso*, 6.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(1669), 1669-1698.
- Rodríguez-Garavito, C. (2012). The Globalization of the Rule of Law: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law*. New York: Routledge.
- Semana. (1986, septiembre). LOS HOMBRES DEL PRESIDENTE. Recuperado el 20 de julio de 2019, de <https://www.semana.com/especiales/articulo/los-hombres-del-presidente/8063-3>
- Stolowicz, B. (2012). *A contracorriente de la hegemonía conservadora*. Bogotá: Espacio Crítico-Centro de Estudios.
- Uprimny, Y. R. (2001). *Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas* Paper presented at the Seminario de Evaluación Diez Años de la Constitución Colombiana 1991-2001, Bogotá.
- Uprimny, Y. R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In G. C. Rodríguez (Ed.), *El derecho en América Latina. Un mal para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Valencia, V. H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

2. Justicia normal neoliberal en Salud: un análisis crítico de la sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional¹

Daniel Alzate Mora²

Introducción

A inicio de los años noventa, el gobierno de César Gaviria reformó en Colombia el sistema de salud para superar las falencias del anterior Sistema Nacional de Salud. Esta reforma quedó consignada en la Ley 100 de 1993, en consonancia con la Constitución Política de 1991, instaurando un esquema sustentado en el aseguramiento individual y privado, con estratificaciones en cuanto a los servicios prestados según la capacidad de pago, con la participación del Estado y el mercado (Uribe, 2009).

La puesta en marcha del nuevo sistema de salud ha estado acompañada por un mecanismo ajeno al sistema: la acción de tutela (Uribe, 2009). Este mecanismo, creado por la Constituyente de 1991, es una acción judicial de carácter subsidiario y residual para el control constitucional de las autoridades públicas y excepcionalmente, de los particulares (Botero, 2006). Según la Defensoría del Pueblo, para el año 2008 el incremento del número de acciones de tutela en salud fue del 300% en comparación con las tutelas desde 1999, año a partir del cual dicha entidad tiene registros³.

El uso masivo y constante de la tutela para resolver los conflictos con el sistema de salud y sus consecuencias asociadas, entre ellas la congestión

1 Una versión preliminar de este trabajo investigativo fue divulgada con anterioridad en: Alzate Mora, D. (2012) Justicia normal neoliberal en salud: el caso de la sentencia T-760/08. Revista Convergencia Crítica: Dossié: Teoria Critica Na Atualidade, 1(2). La presente versión es una revisión aumentada y modificada.

2 Abogado de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho Comparado de las Universidades de Milán, Messina y Córdoba, Italia y España. Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario.

3 Equipo investigativo del programa de salud y seguridad social de la Defensoría del Pueblo, La tutela y el derecho a la salud. Periodo 2006-2008 (Defensoría del Pueblo 2009).

judicial, no fueron ajenos a la Corte Constitucional. En efecto, el Tribunal no se limitó a fijar pautas interpretativas sobre el derecho a la salud, sino que ordenó un conjunto de medidas para resolver los problemas de justicia con el sistema de salud, contenidas en la sentencia T-760 del 2008. En esa decisión la Corte recogió el amplio desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la salud, y dictó una serie de órdenes de carácter general dirigidas a superar las fallas recurrentes identificadas para la garantía del «goce universal, equitativo y efectivo» el derecho a la salud.

Uno de los aspectos más sobresalientes de esta decisión es el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental autónomo. En este artículo nos proponemos ofrecer un análisis crítico sobre este reconocimiento que hace la Corte Constitucional, rastreando la construcción de la fundamentabilidad del derecho a la salud. Primero, presentamos un breve esquema del sistema de salud y la intervención de los jueces constitucionales, para luego analizar a profundidad la argumentación de la Corte Constitucional en la sentencia T-760/08. Retomando los planteamientos teóricos de Nancy Fraser, argumentamos que la jurisprudencia constitucional articula un discurso de «justicia normal neoliberal en salud».

1. La organización del sistema de salud en Colombia

Antes de la Ley 100 de 1993, en Colombia operaba el Sistema Nacional de Salud encabezado por el Ministerio de la Salud y fragmentado en tres subsistemas: (i) la seguridad social que afiliaba de forma obligatoria a los trabajadores del sector formal y la burocracia del Estado; (ii) el privado compuesto por planes de medicina prepagada según la capacidad de pago o el gasto de bolsillo para comprar los servicios requeridos; y (iii) el resto de la población o era atendida por los hospitales públicos y las entidades sin ánimo de lucro, o no podían acceder a los servicios de salud (Pinto, 2002; Yepes, Ramírez, Sánchez, Ramírez, & Jaramillo, 2010). Los servicios de salud estaban financiados por las transferencias directas que hacía el Estado hacia los hospitales públicos, modelo conocido como subsidios a la oferta (Franco, 2002).

En su momento, diversos estudios evidenciaron que este Sistema Nacional de Salud era altamente segmentado, con enormes inequidades e ineficiente en la utilización de los recursos disponibles (Jaramillo, 1999), lo cual motivó que a inicio de la década de los noventa se implementara en Colombia una reforma estructural al sistema de salud (Yepes *et al.*, 2010).

Este diagnóstico del Sistema Nacional de Salud, así como la orientación de su reforma estructural reflejan el contexto de la crisis de acumulación capitalista que se registró a nivel mundial en la década de los años setenta —en donde se combinaron altas tasas de desempleo y la aceleración de la inflación, que anunciaban un periodo de estancamiento económico a nivel global—. Tendencia que fue agravada con la crisis petrolera de 1973 producto del embargo de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), que profundizó la caída de la paridad oro-moneda dispuesta en Bretton Woods (Harvey, 2007).

Ante el desgaste de las políticas keynesianas para hacer frente a esta crisis, las ideas de un reducido grupo de académicos, liderados por Friedrich von Hayek, fueron retomar un enfoque económico neoclásico de la mano invisible del mercado, que para el momento era minoritario, ante el auge de las políticas de intervención de Keynes en el contexto internacional. Sin embargo, son estas las premisas que van a dar paso al desmonte del Estado de Bienestar, cuando logran la influencia práctica en diversos ámbitos políticos. Esta corriente va a adquirir mayor fuerza con el otorgamiento del Premio Nobel de economía a Milton Friedman en 1976, profesor de la Universidad de Chicago, y su mentor, Hayek quien recibió el mismo premio en 1974 (Harvey, 2007).

La consolidación definitiva del neoliberalismo como ortodoxia político-económica en la dirección del Estado se dará con el ascenso al poder de Margaret Thatcher en Gran Bretaña y de Ronald Reagan en Estados Unidos en 1979. Ambas administraciones proporcionaron el apoyo político para desmontar los pactos del Estado de Bienestar entre el capital y los trabajadores para dar paso a la reducción de los impuestos que estimularan la creación de empresa, crear entornos de confianza inversionista, privatizar las empresas públicas, desregular los mercados y crear nuevos, en aquellas áreas que eran exclusivas del Estado, como la seguridad social y la atención sanitaria (Harvey, 2007).

En esta lógica, el Estado como proveedor y centro de la salud pública y los servicios de salud, como lo era Colombia con el anterior Sistema Nacional de Salud, debe ser reemplazado por la privatización y la descentralización (World Bank, 1988), procesos que van a estar jalonados por instituciones multilaterales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (Useche, 2008). En la región de América Latina, las reformas (Stocker, Waitzkin, & Iriart, 1999).

Entre 1985-1993 se desarrolló la reforma estructural al sistema de salud en Colombia. Inició con la Ley 10 de 1990 que introdujo la descentralización en el campo de la salud. Posteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 profundizó la descentralización y estableció la salud como servicio público cuya prestación la haría el sector privado. Este proceso finalizó con la Ley 100 de 1993, que organizó el esquema del aseguramiento en regímenes según la capacidad de pago, y las reglas del acceso a la póliza de salud. Este modelo se sustenta a partir de dos elementos: el aseguramiento y la competencia regulada.

2. El aseguramiento

Por mandato de la Constitución de 1991, al Estado colombiano le corresponde garantizar el acceso universal al servicio público de salud. La Ley 100/93 establece dos regímenes de aseguramiento: el contributivo y el subsidiado, que estratifican a la población de acuerdo con su capacidad de pago. Mientras se alcanza el aseguramiento universal se prevé que la población que está por fuera de estos regímenes reciba atención como “vinculados al sistema”.

En el régimen contributivo se encuentran afiliados los trabajadores con contrato laboral o los independientes que tengan un ingreso de por lo menos un salario mínimo. La financiación proviene de los aportes de las personas que compran este seguro de salud sin recibir aportes del Estado. La prima que se debe pagar por este seguro corresponde al 12.5% del ingreso básico del trabajador. Quienes cuentan con un contrato laboral, el empleador aporta el 8.5% y los empleados el 4% restante, mientras que los «trabajadores independientes» deben aportar la totalidad del 12.5%.

El 1.5% del aporte de los afiliados al régimen contributivo se transfiere al régimen subsidiado para ayudar a su financiamiento (Yepes *et al.*, 2010).

En el régimen subsidiado están todas las personas sin capacidad de pago. Este régimen es producto del cambio estructural en la organización del sistema de salud que reemplaza los subsidios a la oferta, asignación presupuestal a los hospitales, por el subsidio de la demanda, sustentado en la compra de seguros de salud por parte de los diferentes gobiernos locales a las empresas aseguradoras (Gaviria, Medina, & Mejía, 2006).

3. La competencia regulada

El nuevo sistema de salud puso fin al monopolio estatal del aseguramiento y separó los procesos administrativos de la prestación de los servicios de salud. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), en su mayoría de carácter privado, tienen a su cargo la gestión administrativa del aseguramiento. Las EPS conforman redes de servicios de salud, las cuales pueden ser propias o contratadas, conformadas por Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que también pueden ser de carácter público o privado (Yepes *et al.*, 2010).

Las funciones del Estado son principalmente de regulación, dirigida a corregir las imperfecciones del mercado. Para ello, se creó la Comisión de Regulación en Salud (CRES)⁴, conformada por el Ministro de la Protección Social, quién la preside, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y cinco comisionados expertos designados por el Presidente de la República.

La CRES tiene a su cargo, entre otras funciones, promover un modelo de competencia regulada a través del Plan Obligatorio de Salud (POS) que es aquel conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones, servicios, insumos y medicamentos al que tiene derecho cada persona asegurada. El POS fue concebido como un listado cerrado y fijo de procedimientos y medicamentos, con una serie de exclusiones explícitas que en ningún caso estarían cubiertas por el seguro médico. Para financiar el POS se diseñó la

4 Esta comisión fue creada con la ley 1122/07, estas mismas funciones estaban a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) que estaba compuesto por representantes de diversos actores del sistema, gobierno, aseguradoras, prestadores de servicios, sindicatos, empleadores, pensionados (Yepes, *et al.*, 2010).

Unidad de Pago por Capitación (UPC), valor que se le reconoce a las EPS por cada persona que tenga asegurada, y que debe cubrir los costos de atención del POS.

A través de la regulación, el Estado debe fomentar la competencia entre las distintas empresas aseguradoras (EPS) y redes de servicios (IPS) por la calidad y la eficiencia en las gestiones administrativas y la prestación de los servicios de salud, en donde el mercado, como gran telón de fondo, debe optimizar el uso de los recursos disponibles. Sin embargo, quince años después de la reforma y ante un aumento considerable del gasto en salud los balances sobre los resultados alcanzados son contradictorios. Por una parte, los reformistas y el gobierno coinciden en afirmar el importante avance en la cobertura de aseguramiento, el mayor acceso a la primera consulta de la población asegurada y la reducción del gasto de bolsillo.

No obstante, otros estudios señalan que estos resultados positivos deben ser analizados críticamente, por ejemplo, el avance en la cobertura del aseguramiento debe examinarse frente al contenido del POS, el cual está estratificado según la capacidad de pago. Por otra parte, estudios indican que el aseguramiento no garantiza la calidad de la atención y los servicios. También se ha reportado el deterioro en los indicadores de mortalidad evitable, en el programa de control de la tuberculosis y el incremento en la mortalidad materna y perinatal (Yepes *et al.*, 2010).

Otros estudios evidencian las diversas barreras de acceso a los servicios de salud, ello ha sido uno de los principales motivos por los cuales la ciudadanía ha acudido a la acción de tutela, con el fin de que le sea garantizado su derecho a la salud (Abadía & Oviedo, 2009).

4. La intervención de los jueces constitucionales y la implementación del sistema de salud

Desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional ha sostenido una postura amplia respecto a los derechos fundamentales, en contra de las posiciones tradicionales de considerar únicamente como fundamentales aquellos derechos contenidos en el capítulo I título 2 “De los derechos fundamentales” de la Constitución. Tampoco aceptó la Corte la interpretación restrictiva de la Constitución de reducir los derechos fundamentales al

catálogo cerrado de derechos de aplicación inmediata del artículo 85 de la Constitución de 1991 (Arbelaez, 2006).

En una de las primeras decisiones de la Corte sobre el derecho a la salud, en la sentencia T-406/92 la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por la falta de terminación del alcantarillado a cargo del Estado. La Corte consideró que el saneamiento público y la salud pueden ser derechos fundamentales por su conexidad con principios esenciales dentro de un Estado Social de Derecho tales como la vida y la dignidad humana.

Esta interpretación de la conexidad entre la salud y otros derechos fundamentales abre una línea jurisprudencial múltiples veces reiterada por la Corte; en especial, cuando aborda problemas específicos con el sistema de salud: tratamientos médicos a una persona enferma de sida, mora en la prestación de los servicios para enfermedades graves o la desprotección de grupos específicos como los ancianos o los niños, entre otros (Arbelaez, 2006).

La mayoría de conflictos de acceso al sistema de salud giran en torno al POS y los servicios que están por fuera de dicho paquete⁵. La comprensión original del POS excluía a las enfermedades ruinosas o catastróficas, a los enfermos de SIDA y otro tipo de malestares que no alcanzaba los estándares de costo-eficiencia con que se reglamentó dicho instrumento. Al respecto, la Corte indicó que esta concepción excluyente del POS no es compatible con el derecho a la salud dentro de un Estado Social de Derecho, en especial, cuando se trata de «sujetos de especial protección constitucional», para quienes la salud es un derecho fundamental. En consecuencia, la Corte aplicó la excepción de inconstitucionalidad del POS y ordenó los tratamientos, medicamentos y demás servicios requeridos.

Dado que estos servicios se encuentran por fuera del esquema de financiación (POS – UPC), la Corte definió que la carga financiera no podía ser trasladada a la EPS que negó el servicio, ya que no se debía a una actuación negligente, sino una falla de todo el sistema. En consecuencia, los costos financieros de los servicios tutelados por fuera del POS debían ser

⁵ Equipo investigativo del programa de salud y seguridad social de la Defensoría del Pueblo, op. Cit. Nota 5.

reembolsados a la EPS, confiando en la capacidad de ahorro del sistema de salud a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA⁶.

No obstante, el criterio de la conexidad para la tutela del derecho a la salud resultaba demasiado amplio, generando que cualquier demanda en salud fuera protegida por la Constitución. Esto incrementó las acciones de tutelas y la formación de un POS jurisprudencial, compuesto por aquellos procedimientos que de forma reiterada eran negados por las EPS y que la Corte ordenaba su prestación.

En la sentencia SU-111/97 la Corte Constitucional tecnicizó su jurisprudencia y adoptó criterios precisos para determinar cuándo la salud puede ser considerada como un derecho fundamental. En dicha oportunidad la Corte redefinió la interpretación de la conexidad con un criterio más exigente, el del “mínimo vital”.

De esta forma se pretendió reducir la tutela para aquellos casos en donde la pretensión era absolutamente imprescindible para la conservación de la vida, en palabras de la Corte: “El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad” (sentencia T-426, 1992).

A partir de la sentencia SU-480/97 la Corte inició a sistematizar el conjunto de condiciones que debía verificar cada juez constitucional para que de forma legítima y moderada se justificara la intervención judicial en el sistema de salud. Para ello, la Corte estableció una serie de reglas precisas con el propósito de acceder al POS jurisprudencial sin afectar el equilibrio financiero del sistema. A su vez, el CNSSS intentó que los conflictos del sistema fueran resueltos internamente, para lo cual expidió la resolución 5061 de 1997 que reglamentaron los Comités Técnico Científicos (CTC)

6 El Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni plante de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud. Artículo 218 ley 100/93; artículo 1 Decreto 1283/96. www.fosyga.gov.co

con el objeto de “establecer las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado (POS), con criterios de costo-efectividad” (Arbelaez, 2006, p. 3).

Sin embargo, la introducción de los CTC no fue suficiente, y el número de acciones de tutela desde 1999 hasta el año 2006 se profundizó⁷. Esto genera una masificación de la jurisprudencia de la Corte a través de los “fallos de reiteración”. Los jueces de tutela se limitan a citar la regla fijada por la Corte para acceder a servicios no POS y verificar el cumplimiento de dichas condiciones en el caso concreto.

En un texto que “ha llegado a ser canónico” (Arbelaez, 2006, p. 3) la Corte encuentra que se vulnera al derecho a la salud en conexidad con el mínimo vital cuando en el caso concreto se verifican las siguientes condiciones, regla que se mantiene aún vigente:

- a) que la falta de tratamiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos fundamentales a la vida, el mínimo vital; b) que no exista un medicamento o tratamiento sustituto dentro del POS, o que de existir, no tenga la misma efectividad; c) que el paciente esté en incapacidad económica de sufragar el costo del medicamento o tratamiento o que no pueda acceder a dicho tratamiento por medio de otro plan o seguro médico; d) que medicamento hubiere sido prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS a la que está afiliado el paciente.

5. La sentencia T-760/08: el derecho a la salud como fundamental autónomo

La Corte Constitucional a través de su Sala Segunda de Revisión de Acciones de Tutela, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil dictó la sentencia número T-760 de 2008. La ponencia de esta sentencia estuvo a cargo del juez Manuel José Cepeda, quién para la época estaba por dejar su cargo de juez

⁷ El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud (Procuraduría General de la Nación 2008).

constitucional. La sentencia es emitida por una sala de revisión compuesta por solo tres magistrados y no por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Según el reglamento de la Corte Constitucional una decisión de tan amplia trascendencia y dirigida a la unificación del precedente jurisprudencial en materia de salud, debe ser adoptada por el pleno de los magistrados que componen la Corte Constitucional. Si bien, algunos análisis sobre esta decisión han resaltado el carácter democrático que caracteriza a las órdenes de la sentencia, enmarcada en una “democracia dialógica” con los otros entes del Estado involucrados, tal parece que al interior de la propia Corte Constitucional no se evidenció el mismo carácter democrático por la forma en la cual fue adoptada la decisión.

Este hecho da cuenta de las agendas políticas que se articulan al interior de la Corte Constitucional por parte de ciertos magistrados y su visión particular sobre el papel del juez constitucional, que no necesariamente responden a una concepción unitaria de todos los jueces que componen la Corte en un momento determinado. En esa medida la trayectoria del juez Cepeda no puede pasarse por alto al momento de analizar esta sentencia, quien fue el ponente y el encargado de impulsar esta decisión al interior de la sala de revisión.

Manuel José Cepeda hizo parte del kínder de Gaviria, fue quien ideó y participó en la estrategia jurídica para el cambio constitucional —Abogado de la Universidad de los Andes, con estudios de posgrado en derecho en la Universidad de Harvard—, lo ponen en contacto con la teoría jurídica estadounidense y el papel del juez constitucional en ese país. Tras dejar su cargo como Magistrado, Cepeda fungió en el gobierno Santos (2010-2014) como asesor a la reforma a la salud, a través de la ley estatutaria.

Retomando los planteamientos de la Corte Warren, el juez Cepeda implementó decisiones de amplia trascendencia a nivel nacional, entre las que se destaca la sentencia T-025 de 2004. En dicha decisión, también producto de una sala de revisión se declaró “*el estado de cosas de inconstitucionalidad*” en materia de desplazamiento forzado y dictó una serie de órdenes generales con el fin de superar dicha situación.

Tras esta decisión, la sala de revisión, bajo el liderazgo de Cepeda, inició un complejo proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes de la sentencia. En un importante esfuerzo, con el fin de establecer si

el indicador de “*goce efectivo de derechos*” se garantizaba a través de las acciones de asistencia a la población desplazada. Luego de diversos autos sobre el desarrollo de la sentencia, audiencias públicas, y sin que se diera una declaración de la superación del estado de cosas de inconstitucionalidad. Tras la salida del juez Cepeda de la Corte Constitucional se conformó una sala de seguimiento especial para el cumplimiento de las órdenes de la sentencia T-025/04.

En una presentación de la sentencia T-760/08, en medio de un espacio académico, el magistrado auxiliar que participó en su elaboración, Aquiles Arrieta, anunció como una importante novedad que esta era la primera sentencia de la Corte Constitucional que incorporaba un índice, con el fin de llamar la atención sobre la extensión de la decisión. La sentencia T-760 tiene un total de 431 páginas, 35 órdenes, de las cuales 16 son de carácter general, además de dos anexos sobre los antecedentes de los casos acumulados y un recuento histórico del desarrollo de los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud.

El magistrado ponente decidió acumular un conjunto amplio de acciones de tutela, todas relacionadas con barreras en el acceso a los servicios de salud y en su mayoría referido a casos anteriormente resueltos de forma reiterativa por la jurisprudencia constitucional. La sentencia contiene un amplio y detallado análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud cuando se implementa el sistema de salud de la Ley 100 de 1993.

En esta sentencia se avanzó en dar una detallada radiografía de la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud que da cuenta de las dificultades con el sistema de salud expuestas ante los jueces constitucionales, sin que la solución de cada caso concreto permitiera corregir las fallas de regulación que según la Corte no había sido objeto de análisis hasta dicho momento.

La acumulación de casos tenía como fin obtener una muestra representativa de los conflictos que se plantean entre los usuarios y el sistema de salud. A su vez, estos casos permiten, en criterio de la Corte, analizar las distintas “*facetas*” del derecho a la salud, para así valorar sus efectos, con el fin de garantizar el “*goce universal, equitativo y efectivo de este derecho*”.

Para su análisis, la Corte dividió los problemas jurídicos en concretos y generales. En los concretos resolvió los conflictos puntuales y avanzó en la construcción dogmática del derecho a la salud para definirlo como un derecho fundamental autónomo.

En los problemas jurídicos generales se ocupó de los elementos de regulación para la protección del derecho a la salud. En la Corte los problemas generales se resumen en la siguiente pregunta: ¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación a las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo?

La respuesta de la Corte es afirmativa, por lo que dictó una serie de órdenes de alcance general con el fin de corregir las fallas de regulación.

5.1 La salud como derecho fundamental autónomo: simplificación argumentativa

El punto de partida para este análisis es la noción de salud. Para la Corte Constitucional es necesario superar la visión de la salud como ausencia de enfermedad. En este sentido, adopta la conceptualización de la OMS que entiende por la salud: “un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona”. Acudiendo al bloque de constitucionalidad y los instrumentos internacionales que desarrollan este derecho precisó: “el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva”.

Advirtió que la sentencia no pretende zanjar el debate en torno a los “derechos fundamentales”, no obstante, la jurisprudencia constitucional ha logrado un consenso sobre dos criterios que permiten establecer cuándo se está ante un «derecho fundamental»: “i) que existe un consenso en la dogmática constitucional sobre su fundamentabilidad y ii) que el derecho constitucional esté funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

La Sala de Revisión encontró, en el amplio precedente judicial sobre el derecho a la salud, que las anteriores dos condiciones estaban acreditadas,

por lo que concluyó que la estrategia de la conexidad que había acuñado la jurisprudencia sobre este derecho había caído en desuso dado que, de forma cada vez más frecuente, se han reconocido situaciones especiales en donde el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental de forma autónoma y por lo tanto, dicha estrategia para proteger el derecho constitucional a la salud resulta “artificiosa”.

Se destaca que esta decisión de la Corte Constitucional abandone la doctrina de la conexidad para la protección del derecho a la salud, lo cual permite una importante simplificación en la argumentación de la persona que acude a la acción de tutela para la protección de su derecho a la salud, dado que, ya no tendrá que demostrar, en su caso concreto, que la amenaza o vulneración de su derecho a la salud presenta una conexidad verificable con otros derechos fundamentales, en especial, con el mínimo vital.

Otro aspecto que vale la pena resaltar de esta doctrina jurisprudencial es que el accionante tampoco tendrá que recurrir a la doctrina de los “sujetos de especial protección constitucional”, argumentando ser parte de este grupo que ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte para lograr que la salud sea considerada como un derecho fundamental. Actualmente, con la nueva jurisprudencia de la Corte, en principio, basta simplemente con alegar la vulneración u amenaza del derecho a la salud, ahora considerado como fundamental autónomo.

Sin embargo, asignarle el carácter de fundamental al derecho a la salud no significa que siempre que sea invocado este derecho, automáticamente se cumpla con el requisito de la “fundamentabilidad” para la procedencia de la acción de tutela, y que este reconocimiento implique que se tiene derecho a cualquier atención o servicio de salud. Al respecto, la Corte ha sido enfática en indicar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, por el contrario, son susceptibles de ser limitados, siempre y cuando se respeten unos límites de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia constitucional.

De lo anterior emerge la siguiente pregunta: ¿Cuál es el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud?, es decir, ¿cuál es el contenido de este derecho y qué tipo de demandas sobre el derecho a la salud pueden ser consideradas como constitucionalmente legítimas? Al respecto, de la revisión jurisprudencial antes reseñada se evidencia que

existe un amplio margen de interpretación por parte de la Corte, incluso en la sentencia T-760/08 se afirma explícitamente que: *“la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud”,* y más adelante explica que *“el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo”*.

En este sentido la Corte superando la división ideológica de generaciones de derechos, explica que hablar de “derechos prestacionales” como usualmente se califican a los “derechos sociales” es un error categorial. En su concepto, todos los derechos fundamentales son prestacionales, en el sentido que demandan del Estado una serie de obligaciones de acción u omisión. Por ello adopta la visión más técnica de “facetas” de los derechos, que divide en positivas y negativas.

Estas facetas prestacionales del derecho a la salud deben cumplir con tres requisitos previos, a saber: i) la existencia efectiva de una política pública; ii) que dicha política esté orientada a garantizar el goce efectivo del derecho; iii) que contemple mecanismos de participación de los interesados. Al encontrar verificadas estas condiciones para el caso del derecho a la salud, la Corte Constitucional se abstiene de declarar que en materia de salud se está ante un estado de cosas de inconstitucionalidad, como lo hizo para el desplazamiento forzado. Este resulta ser un elemento clave sobre el real alcance de la sentencia y las posibilidades que ofrece para la defensa del derecho a la salud.

En la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional definió una regla general con el fin de establecer si existe o no un estado de cosas de inconstitucionalidad⁸. A primera vista, las cinco condiciones que expone la

⁸ “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que de-

Corte Constitucional son verificables de forma evidente para el caso de la salud. Pero la Corte Constitucional no solo se abstiene de una declaración de este tipo, sino que su diagnóstico sobre la situación de la salud es producto de la falta de regulación, así como de una regulación incorrecta. Una lectura política posible de esta decisión es que abstenerse de declarar un «estado de cosas de inconstitucionalidad en salud» es el apoyo que la Corte Constitucional da al modelo de la Ley 100 de 1993, que tanto en sus diversas decisiones de constitucionalidad ha considerado que la Ley 100 de 1993 y sus reformas se ajustan a la Constitución. El mensaje de la Corte fue claro: era necesario dar cabal cumplimiento a los mandatos de la Ley 100 de 1993.

La Corte analiza el bloque de constitucionalidad y el desarrollo que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha tenido el derecho a la salud sustentado en la obligación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En un estudio detallado de las obligaciones de i) respeto; ii) protección y iii) cumplimiento (garantizar), aunque para el tercer bloque de obligaciones la Corte puntualiza que existe un debate doctrinal sobre su contenido.

La Corte indicó que resulta constitucionalmente legítimo no incluir ciertos servicios médicos dentro del POS, dado que el derecho a la salud es limitable y la Constitución no ordena su autorización dado que: “*su exclusión no desconoce aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado*”. De esta forma la Corte en su jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud debe estar ajustado a las prioridades que los órganos competentes del sistema dispongan, con el fin de “*asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles*”.

De igual manera, la Corte reseñó un amplio conjunto de decisiones judiciales anteriores que negaron la procedencia de la acción de tutela por tratarse de servicios médicos por fuera del POS que no desconocen el derecho a la salud. Al respecto, la Corte enumera los siguientes servicios de salud, constitucionalmente legítimos para ser excluidos de su garantía por el Estado: i) servicio de salud estéticos, ii) gafas y cirugías de ojos; iii)

manda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

tratamientos de fertilidad; iv) tratamiento de desintoxicación; v) prótesis; vi) bypass gástrico; vii) servicios de odontología; y viii) alergias, entre otros.

Por su parte, la Corte identificó una serie de situaciones específicas en donde el derecho a la salud adquiere la condición de fundamental autónomo y en caso de amenaza o vulneración puede ser protegido por el juez de tutela; acerca de ello, la Corte señaló los siguientes eventos:

i) Acceso a los servicios de salud que se requieran contemplados en los planes obligatorios POS; ii) Los contenidos de la ley 972/05 sobre la atención de enfermedades ruinosas o catastróficas, según el art. 2 de la citada ley; iii) Cuando no se garantiza a todos los seres humanos igualmente dignos y se establecen exclusiones discriminatorias, como el caso de parejas homosexuales cuando la pareja era excluida del régimen de salud; iv) cuando se afecte de forma grave y directa un mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal.

5.2 Consolidación de la regla para el acceso a los servicios no POS. Un cambio en la gramática constitucional

En la sentencia la Corte Constitucional va a reiterar «la regla útil al capital» formulada para el acceso a los servicios de salud y que ya fue reseñada. Sin embargo, en la ratificación de la regla se hace una simplificación “gramatical”, pero que en el fondo intenta avanzar en una interpretación estricta de la condición económica del quién acude a la acción de tutela.

Para resumir la Corte Constitucional consideró que una EPS viola el derecho a la salud cuando no autoriza un servicio de salud que no está en el POS cuando el accionante “requiera” del mismo. Para la Corte, se entiende que se “requiere” un determinado servicio de salud cuando se reúnen las siguientes características:

1. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
2. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio

3. El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

En el caso concreto, además de requerir dicho servicio, se evidencia su “necesidad”, lo cual se cumple, en criterio de la Corte, cuando:

El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie

La Corte Constitucional concluye que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud “*que requiera*”, según las reglas fijadas para acceder a esos servicios por el sistema de salud. Cuando ese servicio que se “requiere” no está incluido dentro del plan de beneficios POS, la persona deberá asumir el costo adicional de dicho servicio. Sin embargo, si se logra comprobar que la persona carece de los medios económicos para acceder a los servicios, y se logra verificar esta condición, es posible autorizar los servicios que “*requiere con necesidad*”, para que sean prestados por la EPS y a esta luego le sea reembolsado el valor de los mismos ante el Fosyga.

6. Las órdenes generales de la T-760/08: fallas regulatorias y cumplimiento de la ley 100 de 1993

El elemento más sobresaliente de la sentencia es el conjunto de órdenes generales que dictó la Corte Constitucional. Este ha sido el aspecto más resaltado por la dogmática constitucional como innovador en el desarrollo de los Tribunales Constitucionales, de superar los límites que impone el caso concreto estudiado por los jueces, con el fin de avanzar en una mirada más amplia y que engloba la problemática social reiterativa, para identificar las causas y atacar el problema desde la raíz, y no brindar soluciones temporales y tendientes a casos puntuales.

La Corte Constitucional realizó un diagnóstico sobre el sistema de salud con el fin de identificar las causas que están generando el incremento desproporcionado en la utilización de la acción de tutela. La Corte retomó su análisis jurisprudencial con el fin de identificar las fallas recurrentes que eran expuestas en las acciones de tutela.

A partir de estos elementos, la Corte Constitucional consideró que las fallas estructurales del sistema de salud se debían a fallas de regulación, las cuales pretendió corregir a partir de sus órdenes generales. Dichas órdenes se enmarcan dentro del sistema de la Ley 100 y la mayoría de sus medidas están obligando a cumplir con lo dispuesto en la ley. En este sentido, la sentencia de la Corte está exigiendo que se dé cabal aplicación al sistema de salud, corrigiendo las distorsiones que han desembocado en el uso reiterativo de la acción de tutela.

Las 16 órdenes generales las agrupó la Corte Constitucional en: 1) medidas relacionadas con el plan de beneficios; 2) medidas con el derecho al recobro de servicios no POS; 3) medidas para la protección del derecho a la información en salud; carta de derechos y carta de desempeño. En este orden de ideas, la Corte Constitucional en su sentencia intenta enderezar el derecho practicado hacia los mandatos del derecho letrado y superar su separación por la vía de la regulación.

En los análisis que se han realizado sobre la sentencia se ha concluido que estas órdenes generales están enmarcadas y siguen de cerca los límites que el modelo de la Ley 100/93 y sus posteriores reformas. Para la Corte Constitucional el modelo de la Ley 100 de 1993, que ha sido analizado en detalle, debe ser considerado como una política pública en salud pues cumple con las condiciones definidas para la garantía y protección del derecho a la salud.

Por lo tanto, lo que evidenció la Corte fue la falta de cumplimiento de lo estipulado en la ley, como el conjunto de órdenes sobre el plan de beneficios para su unificación, definición puntual, abandono de las zonas grises, y la regulación precisa para que fuera a través de los procedimientos definidos al interior del sistema de salud, y no a través de la acción de tutela como se resolvieran los conflictos que plantean los usuarios.

Las medidas sobre los recobros estaban dirigidas a mejorar el flujo de los recursos en el sistema de salud, ante las reclamaciones de las EPS por las demoras, los engorrosos procedimientos para obtener los recursos que fueron utilizados para cubrir los costos de atención ordenados por los CTC o una orden judicial.

Tras la emisión de la sentencia T-760 de 2008 se institucionalizó el proceso de seguimiento a sus órdenes generales. En la sesión de la Sala Plena

de la Corte Constitucional del 1 de abril de 2009 se decidió conformar una sala especial para esta tarea compuesta por tres magistrados, a saber: Jorge Iván Palacio Palacio, Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

7. El cumplimiento de las órdenes generales de la sentencia T-760/08: la emergencia social en salud

La propuesta de la Corte Constitucional al diálogo deliberativo para resolver la crisis en el sistema de salud, a partir de sus órdenes generales, recibió una respuesta autoritaria, vertical y de fuerza, característica del gobierno Uribe. Por coincidencia o como hecho simbólico, 16 años después de ser aprobada la Ley 100 de 1993 un 23 de diciembre, en ese mismo día, pero del año 2009 el presidente Álvaro Uribe Vélez, que ya había liderado la aprobación de la Ley 100 en el Congreso, decretó un estado de excepción haciendo uso de las facultades extraordinarias consignadas en la Constitución.

El decreto 4975 de 2009 declaró el estado de emergencia social en salud. Aunque no apareció explícito en las consideraciones del decreto para su expedición, en reiteradas oportunidades el presidente Uribe indicó en su momento que la emergencia social tenía como propósito cumplir con las órdenes generales que fueron emitidas en la sentencia T-760/08 por la Corte Constitucional.

En las consideraciones del decreto de declaratoria de la emergencia social se consignaron las razones jurídicas que motivaron la declaratoria de la emergencia social y que desarrollan a grandes rasgos las medidas que fueron adoptadas para conjurar la crisis, estas luego fueron plasmadas en 15 decretos. La razón fundamental que invoca el gobierno para la declaratoria de la emergencia social radica en la prestación de servicios no POS, esto es, el que llamamos POS jurisprudencial.

En ese sentido, la emergencia social busca responder con una “terapia de choque” como la calificó el diario inglés *The Economist*, con el objeto de frenar los altos costos que representa para el sistema de salud la prestación de servicios no contemplados en el plan obligatorio de salud, en una afrenta

directa en contra de la labor de los jueces constitucionales en la defensa y garantía del derecho a la salud a través de su jurisprudencia.

Aunque la emergencia social en salud solo hace referencia a la Corte Constitucional y únicamente a la sentencia T-760 de 2008, toda la argumentación está dirigida al amplio desarrollo jurisprudencial de la Corte, y las decisiones de todos los jueces constitucionales del país en su jurisprudencia consolidada sobre el derecho a la salud, para que sea el ciudadano el que tenga que cubrir los costos de su atención por fuera del POS de forma individual y no tenga que ser asumido dicho valor por el Estado.

La argumentación del gobierno parte por reconocer la salud como un derecho fundamental, según lo dispuesto por la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, explica que es un derecho que cuenta con limitaciones de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, dignidad humana, así como la realidad socio-económica y la capacidad financiera del Estado.

En la argumentación fáctica para sustentar la declaratoria de la emergencia social, el gobierno presentó cuatro argumentos. El argumento principal, que tiene mayor desarrollo, es el alto costo del POS jurisprudencial; debido al mecanismo del recobro. Como no es responsabilidad de la EPS la negación del servicio no POS, sino del diseño del sistema, deben ser con estos recursos que se paguen dichos servicios. Para el caso de régimen contributivo dichos recursos son pagados con los recursos de la cuenta de solidaridad del FOSYGA, y en el régimen subsidiado dicha suma es cubierta por el ente territorial. Estas fueron las reglas establecidas por la Corte Constitucional ante el vacío regulativo de la Ley 100 de 1993, que no previó cuál sería el procedimiento y los mecanismos para la financiación de servicios de salud por fuera del paquete de beneficios (POS).

El gobierno constata un crecimiento “*abrupto y acelerado*” en la demanda de servicios de salud por fuera del plan obligatorio, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. A su vez, ha podido verificar que algunos agentes del sistema de salud y reguladores están induciendo la oferta y la demanda de este tipo de servicios, sin tener en cuenta “(...) *criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el*

*uso de los servicios y recursos, como **tampoco a la propia capacidad socio-económica de los pacientes** (...)*” [énfasis nuestro].

Además de ejemplificar con cifras el aumento en el número de cobros en el año 2009, se tomó el estudio que elaborara la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, Afidro. Según ese estudio se encontró que el cobro de medicamentos se estaba haciendo al FOSYGA por valores mayores al costo de esos medicamentos en relación con el precio de venta del laboratorio.

En otros casos el número de medicamentos cobrados superaba al número de medicamentos que el laboratorio reportaba como vendidos, y otro tipo de prácticas, así como actividades fraudulentas que venían siendo denunciadas de tiempo atrás por el observatorio del medicamento de la Federación Médica Colombiana, pero que solo fue hasta este momento en que el gobierno lo utilizaba para justificar la declaratoria de la emergencia social en salud.

Esta dinámica del sistema estaba generando un círculo vicioso de falta de recursos, en tanto que se estaría frente a una quiebra inminente de las entidades territoriales que no están pagando a las EPS, del régimen subsidiado, por los servicios prestados, lo que se replicaba en las IPS que no tenía recursos para poder seguir prestando sus servicios ante la falta de recursos económicos, al no recibir el costo de los servicios prestados que estaban por fuera del plan obligatorio en salud.

Las EPS del régimen contributivo aumentaban su cartera de deuda con las IPS, en tanto dichos servicios están por fuera de esquema de financiamiento de la UPC. Por ello, el argumento explica que, de mantenerse ese nivel de demanda de servicios del POS jurisprudencial para el primer semestre del año 2010, se acabaría con los excedentes del FOSYGA, con los que se han cubierto dichos servicios.

El segundo presupuesto fáctico para justificar la emergencia social fue el problema del flujo de los recursos, que ante las dinámicas del sistema y su “*mayor complejidad*” se ha evidenciado que los procedimientos establecidos para el giro, pago y distribución dispuestos en la ley son insuficientes al momento de mantener un flujo constante de los recursos entre los actores del sistema. Esto ha degenerado en un uso ineficiente, desvíos de los

dineros, promoviendo un incremento en los costos financieros para el funcionamiento del sistema.

Sobre el flujo de recursos también se explicó que hacen falta mecanismos expeditos que permitan solucionar las controversias entre los actores, y tampoco se han podido incorporar al flujo recursos disponibles para el financiamiento del sistema. El tercer aspecto, es el de las barreras de acceso a los servicios de salud como consecuencia de la “territorialidad del aseguramiento”. Finalmente, el cuarto elemento es que en algunos casos los recursos destinados a la salud no han tenido esa destinación específica, sino que se han desviado.

Frente a este panorama, el gobierno argumentó que se desborda la capacidad de respuesta del Estado ante esta compleja situación, por lo que las medidas administrativas, e incluso la reforma de la Ley 1122 de 2007, son insuficientes en respuesta a la superación de la crisis. También argumentó que los ingresos del Estado son exiguos, si se quiere mantener el esquema de aseguramiento alcanzado y lograr cumplir con el mandato de la universalidad y la unificación en el paquete de servicios, esto es, que exista un mismo POS para el régimen contributivo y el régimen subsidiado, como fue ordenado por la Corte Constitucional, que sin mencionarlo, se está refiriendo a una parte de las órdenes generales dictadas en la sentencia T-760/08, obligaciones que estaban contenidas en el texto de la Ley 100 de 1993 inciso segundo artículo 113.

En este orden de ideas, el gobierno derivó graves consecuencias para la protección y garantía del derecho a la salud. Explica que el POS jurisprudencial en ambos regímenes está afectando el esquema de aseguramiento, generando dificultades para mantener los niveles alcanzados y ampliar la cobertura a fin de cumplir con la meta de la universalización.

En su criterio, también se ponen en riesgo a los actores del sistema, en especial, a las Empresas Promotoras de Salud, EPS, las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y las Entidades Territoriales, que sufren una grave crisis financiera y de liquidez, lo que genera dificultades para el financiamiento global del sistema, -asimismo la equidad en el acceso a los servicios de salud. Otros riesgos inminentes según el gobierno es el cierre de hospitales públicos, el cese de pago al “*talento humano*” en salud y hasta una parálisis en la prestación del servicio público.

Por lo tanto, a lo largo de su argumentación y en repetidas oportunidades el gobierno explicó que se trata de una grave amenaza contra el derecho a la salud ante el deterioro de la sostenibilidad financiera del sistema de salud.

Entre las medidas urgentes a tomar para superar la crisis del sistema explicó que se apropiarían más recursos para el año 2009 y en el presupuesto del año 2010; se definirían las condiciones para la unificación del plan de beneficios POS y sus condiciones de acceso; se implementarían instrumentos que permitan avanzar en la equidad y oportunidad en el flujo de los recursos; dar “*más transparencia*” y eficiencia en el uso de los recursos económicos, así como corregir sus fallas, demoras y desviaciones; fortalecer los mecanismos de inspección, vigilancia y control para atacar la evasión de los recursos del sistema; conseguir nuevas fuentes de financiación al incrementar los impuestos en la explotación de los juegos de azar y ciertos bienes como los cigarrillos, el tabaco y la cerveza; fortalecimiento a la Comisión de Regulación en Salud; diseñar esquemas para la racionalización en la actuación de actores del sistema como los médicos tratantes, los usuarios, empleadores, EPS, IPS en materia de acceso a medicamentos y medidas preventivas para la recuperación de recursos, e incluso punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas.

Frente a los servicios no POS, denominados por los decretos como “*prestaciones excepcionales en salud*”, se propuso que las personas compren seguros como planes adicionales y complementarios o de medicina prepagada con el propósito de cubrir dichos servicios. Para el gobierno, los servicios que excedían el POS debían ser considerados como servicios suntuosos, pues el plan de beneficios contendría todos los servicios mínimos requeridos.

A su vez, se dispusieron medidas para que los trabajadores puedan acceder a sus cesantías a fin de cubrir los costos en esa situación. En caso de carecer de recursos, las personas deben someterse a un riguroso escrutinio que determine con exactitud su capacidad de pago para cubrir dichos servicios y poder acceder a fórmulas de préstamo por el sistema bancario. Solo cuando quede demostrada su incapacidad económica, se podrá ser acreedor de un subsidio en salud, en casos excepcionales y luego del estricto escrutinio de la capacidad patrimonial del paciente.

Ante la avalancha de críticas al gobierno por estas decisiones, que demandó una defensa a ultranza no solo de las medidas, sino del sistema de salud, se suman las denuncias por corrupción en el desarrollo de los decretos, pues quienes participaron en la redacción tenían en su momento estrechas relaciones con las EPS. Entre ellos estaba el médico Augusto Galán, expresidente de ACEMI, quien, tres años atrás, fue denunciado por recibir honorarios al mismo tiempo como presidente de ACEMI y consultor del Ministerio de Salud; de igual modo participó, Teresa Tono, médico, miembro de la Junta Directiva de la EPS que representa a la compañía aseguradora Positiva.

Resultaba paradójico que ante la “crisis financiera” del sistema de salud se contratara para asesorías multimillonarias a médicos con conflicto de intereses. Otro aspecto que salió a debate fue el de los nuevos impuestos a los licores, que excluyen a licores de alta gama como el whisky y el vodka para favorecer a familiares del Ministro de Hacienda, Oscar Iván Zuluaga, dedicados a ese negocio.

A través de la red social “Facebook” se convocó a una marcha en contra de los decretos de la emergencia social. A dicha convocatoria se sumaron las diversas organizaciones sociales y colectivos que luchan por la defensa del derecho a la salud. Con una masiva participación los diversos sectores sociales manifestaron su rechazo a las medidas del gobierno. La academia también apoyó a las organizaciones sociales expresando su desaprobación con respecto a las medidas y explicando cómo se trataba de una crisis financiera para salvar el negocio de las EPS, y no una reforma estructural del sistema de salud.

Esta movilización brindó el apoyo necesario para que la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2010 determinara que la declaratoria de la emergencia social era inconstitucional y por lo tanto, las medidas adoptadas con ocasión de dicha norma quedaban viciadas de inconstitucionalidad. Sin embargo, en una interpretación controvertida, mantuvo las medidas adoptadas en la emergencia de nuevos impuestos por considerarlos vitales para solventar la crisis en salud.

8. Posibilidades, límites y peligros de la sentencia T-760/08

La sentencia T-760/08 ha generado un amplio debate público en el país sobre la salud como derecho fundamental y el sistema de salud para su garantía real y efectiva. No obstante, los análisis disponibles han tendido más hacia la celebración del fallo de la Corte Constitucional, y su examen crítico ha sido poco.

En este sentido, recogemos la invitación del profesor Óscar José Dueñas, quien hace un llamado a la prudencia y a no sacralizar algunas sentencias de la Corte Constitucional, como la sentencia que se analiza y el caso del desplazamiento forzado (T-025/04). Según Dueñas, este tipo de sentencias “*es conveniente discutir las, ya que incluyen temas que no se pueden aceptar a la ligera*”. Ambas decisiones, la T-760/08 y la T-025/04, ameritan un análisis sereno, indica el autor, dado que “*admiten algunas críticas*” (Ruiz-Rodriguez, Wirtz, & Nigenda, 2009).

En primer lugar, la sentencia T-760/08 ofrece varias posibilidades sobre la discusión pública de la salud. En su momento, la sentencia reactivó el debate sobre la salud en Colombia y el modelo implementado con la Ley 100, ya que tras la expedición de la Ley 1122 de 2007 se había reducido a la implementación de la reforma y darle un compás de espera al modelo de la Ley 100 de 1993. Con la sentencia se posicionó la salud como un tema de la agenda política, ello permitió proponer nuevamente la discusión entre defensores y contradictores del sistema de salud. Esta es una posibilidad que ofrece la sentencia de abrir el debate y discutir en la agenda pública la configuración del modelo de salud para la garantía real y efectiva del derecho fundamental a la salud.

Las órdenes generales dictadas por la Corte Constitucional en cierta medida podrían ofrecer algunas alternativas con el fin de lograr la garantía del derecho a la salud, sin que los usuarios tengan que enfrentarse en una batalla legal contra las aseguradoras privadas por los servicios de salud no prestados. Además, la posibilidad de que las organizaciones sociales se logran articular en torno al seguimiento y cumplimiento de las órdenes generales dictadas por la Corte Constitucional, que les permitiera mantener el debate sobre el sistema de salud.

Sin embargo, como ya indicábamos, dichas órdenes estaban circunscritas con estricto apego al modelo de la Ley 100 de 1993. Ante el desconocimiento palmario de la ley, la Corte Constitucional establece en su sentencia que las autoridades encargadas del Sistema de Salud deben dedicarse a cumplir la ley. La literatura ha resaltado de forma excesiva la postura progresista de la Corte Constitucional al exigir el cumplimiento de la ley, al considerar el potencial emancipador de las decisiones de la Corte y la construcción de una contra-hegemonía al interior del Estado, de un aliado para los movimientos sociales y sus reivindicaciones. En este sentido, la sentencia queda limitada al modelo de la Ley 100 de 1993, que como hemos analizado en detalle, no está diseñado para la garantía de la salud como derecho, sino hacia el negocio de la salud y la acumulación por parte de los captadores de renta del sistema de salud.

En este sentido, las decisiones de la Corte Constitucional no atacaban las causas estructurales de la crisis de la salud en Colombia, sino que a partir de unas órdenes generales, intentaban que se diera cumplimiento a la Ley 100 de 1993, sin que lograra trascender los estrechos márgenes del sistema de salud, y avanzar hacia una construcción de un nuevo modelo de salud, ante el congelamiento político que mantiene una reforma estructural por parte del Congreso de la República y el Gobierno que seguía insistiendo que la Ley 100 de 1993 es la mejor alternativa para organizar los servicios de salud.

La Corte tampoco consideró otros elementos, que como juez constitucional tenía conocimiento. Entre estos, se encuentra el requisito que impusieron las EPS de interponer una acción de tutela a los usuarios para acceder a los servicios de salud; tampoco hizo referencia al incumplimiento de las acciones de tutela que obliga a las personas a acudir a la interposición de varios desacatos o incluso interponer una nueva tutela para obtener el cumplimiento del fallo a favor; la discriminación de la que son sujetos los usuarios que interponen una acción de tutela ante las EPS y las IPS, en donde reciben un tratamiento especial por ser pacientes “con tutela”, las instituciones aplican al extremo los «itinerarios burocráticos» y hacen más engorroso todos los trámites y procedimientos para el acceso a los servicios; la selección adversa frente a las enfermedades de alto costo, enfermedades huérfanas y varias clases de pacientes que eran rechazados o tenían mayores cargas administrativas para acceder a los servicios, que para la Corte hacen

parte de la categoría “sujetos de especial protección constitucional”; los excesivos trámites ante las EPS y la práctica del “paseo de la muerte” no eran abordados de forma directa y sistemática por el fallo de la Corte.

De hecho, se resaltó que del conjunto de órdenes de la Corte ninguna estaba dirigida a las EPS y su enfoque fue solo en la regulación y las funciones de inspección, vigilancia y control por parte del Estado.

El peligro de la sentencia T-760/08 y los análisis que la celebran es que distraen la discusión fundamental sobre la salud en Colombia en los elementos puntuales y técnicos del sistema de salud. Por ejemplo, el tamaño del POS; los mecanismos para los recobros; la estructura de los regímenes contributivo y subsidiado, etc., que hace perder de vista el sistema de salud en su conjunto, el modelo de aseguramiento, el papel de la intermediación financiera, la mercantilización de la salud, y el modelo de negocio para la captación de rentas del sistema.

La Corte Constitucional escamotea este debate central, concentrándose en los elementos técnicos del sistema, la construcción de finas argumentaciones constitucionales y doctrinarias, pero que de forma concreta no logran realizar la salud como un derecho fundamental autónomo como fue declarado por la Corte Constitucional.

Según el último estudio de la Defensoría del Pueblo sobre el uso de la acción de tutela para la defensa del derecho a la salud, en sus conclusiones señala que: *“Las tutelas en salud continúan en aumento, a pesar de que el objetivo primordial de la sentencia T-760/08 era la disminución de estas acciones”*. Esto significa que las órdenes generales dictadas por la Corte Constitucional no están logrando el efecto buscado, y por el contrario, se está evidenciando cada vez más una mayor vulneración del derecho a la salud.

9. La Justicia normal en salud: otra forma útil al capital

¿Cómo interpretar la configuración del derecho a la salud desde las decisiones de los jueces constitucionales, así como la definición de su contenido y ámbito de protección? Para una interpretación que supere los márgenes de la dogmática jurídica tradicional, se utilizaran los

planteamientos de Nancy Fraser acerca de las discusiones sobre justicia y la construcción del paradigma de la «justicia normal», que complementamos con un análisis marxista sobre la justicia (Fraser, 2008).

Los planteamiento de Nancy Fraser ofrecen una reflexión sobre el horizonte de la teorización política contemporánea, que para la autora está enmarcado en la «condición postsocialista», la cual se encuentra caracterizada por: i) la inexistencia de una alternativa omnicompreensiva, como lo fue en su momento el socialismo; ii) las nuevas exigencias de justicia ancladas en el reconocimiento de las diferencias y el abandono de las cuestiones sobre la redistribución; y iii) el surgimiento del neoliberalismo globalizante, que incorpora una agresiva mercantilización y un crecimiento desmesurado de las desigualdades materiales. Si bien Fraser reconoce estar inmersa en este horizonte «postsocialista», su propuesta teórica apunta a desmarcarse de ella para exponer una reflexión crítica sobre la misma.

Nancy Fraser explica que cuando se discute sobre cuestiones de justicia, como por ejemplo la erradicación de la pobreza, las diversas posiciones comparten un conjunto de supuestos subyacentes a pesar de las radicales diferencias que puedan darse entre las distintas visiones de la justicia que evoca este debate. Siguiendo con el ejemplo, la erradicación de la pobreza está regularmente enmarcada en el campo económico, especialmente en la distribución de la riqueza. Lo mismo sucede cuando se discute la discriminación de las minorías étnicas, se comparte de forma habitual que este tipo de injusticias responden al ámbito cultural, por falta de reconocimiento de las diferencias.

En los anteriores ejemplos sobre formas de injusticia, desigualdades sociales y discriminación, subyace un supuesto de teoría social compartido: las injusticias de la pobreza son un asunto de redistribución, casi siempre económica, mientras que las injusticias culturales son un problema de reconocimiento, relacionado con las identidades. También se suele aceptar, sin que haga parte del debate, quiénes son los actores que pueden hacer reivindicaciones de justicia, que por lo general son individuales, y el tipo de instituciones a las que se deben dirigir, generalmente los Estados territoriales. Estos presupuestos compartidos sobre el marco en que se deben desenvolver las reivindicaciones de justicia constituyen en su conjunto el punto de partida de la discusión y en esa medida, no hacen parte del debate sobre la justicia.

A pesar de la dificultad de encontrar discusiones que compartan todos los presupuestos descritos, Fraser argumenta que al estar por fuera del debate y tener algún grado de aceptación, permiten la construcción de un paradigma de «justicia normal», en donde la justicia se discute desde los presupuestos dados, sin salirse de dichos márgenes. En esa medida y retomando los planteamientos de Kuhn de ciencia normal, para Fraser, es posible considerar que también la justicia es normal: *“siempre y cuando las discrepancias públicas o la desobediencia respecto a sus supuestos constitutivos se mantengan bajo control”*.

El conjunto de principios subyacentes en la discusión sobre la justicia admite construir una “gramática discernible” que permita establecer el paradigma de la «justicia normal». Cualquier desviación de dicha gramática será relevada a la esfera privada o será tachada como «anomalías» que no tienen lugar. Esta expulsión del marco de discusión pretende evitar la acumulación de anormalidades y desviaciones que puedan conducir a una posible desestructuración del discurso. En consecuencia, la gramática de la «justicia normal» permite reconocer cuándo se está ante reclamaciones legítimas de justicia, dado que responden al marco normalizador definido.

Las primeras decisiones de la Corte Constitucional privilegiaron una interpretación orientada hacia al carácter de «fundamental» del derecho a la salud, para lo cual elaboró diversas construcciones dogmáticas, en especial la doctrina de la «conexidad». En principio, esta interpretación de la Corte puede ser considerada como «anormal», dado que el contexto está ordenado por una gramática distinta, que considera la salud como un derecho aspiracional, de carácter prestacional que debe ser desarrollado por el Legislador. A su vez, se sostiene que la prestación de los servicios de salud involucra importantes recursos públicos que no permiten su aplicación inmediata y por lo tanto, no puede ser considerado como fundamental.

También en estas primeras decisiones la Corte sostuvo una postura crítica ante la implementación de las políticas (pos)neoliberales en salud, por ejemplo, sobre la definición del POS. En criterio de la Corte las consideraciones de costo-eficiencia con que se formula el conjunto de servicios de la póliza resultaba incompatible con el derecho constitucional a la salud, dado que la exclusión de ciertos servicios podía afectar de forma grave derechos fundamentales como la vida o la integridad personal, como sucedió en el caso de las personas con VIH-SIDA. Bajo esta interpretación,

desde un criterio amplio de conexidad del derecho a la salud como la dignidad humana, la vida, la integridad personal en el marco del Estado Social de Derecho, la Corte logró desarrollar una justicia «anormal» que cuestionara los presupuestos del sistema de salud y a su vez fuera crítica de las políticas «neoliberales», reducidas a un examen de costo-eficiencia.

Ante el incremento de acciones de tutela sobre el derecho a la salud y las presiones por el creciente activismo de la Corte, la «anormalidad» de concebir la salud como un derecho fundamental por conexidad con criterios amplios, se va a ir reduciendo paulatinamente, para terminar normalizando la justicia en salud de forma funcional al modelo (pos)neoliberal de la Ley 100 de 1993.

La justicia normal neoliberal en salud va a consolidarse en la sentencia T-760/08, al sistematizar sus presupuestos y su forma de funcionamiento. Según esta decisión existen dos consensos de dogmática constitucional sobre el ámbito del derecho fundamental a la salud: i) cuando de la aplicación de la regulación en salud se deriva un derecho subjetivo; ii) cuando es necesaria la excepción de inconstitucionalidad ante la vulneración o amenaza del derecho a la salud.

El primer supuesto, para considerar la salud como derecho fundamental, parte de la normativa que rige el derecho a la salud, esto es, la Constitución, el bloque de constitucionalidad, las leyes y demás normas de inferior jerarquía que desarrollen este derecho, siempre y cuando sea posible concretar una garantía subjetiva. Por ejemplo, las normas que rigen el POS, establecen una garantía subjetiva, dado que este paquete de servicios debe ser garantizado a toda persona asegurada, según el régimen al que corresponda. La normalización opera al dar por sentada la reglamentación del derecho a la salud, por lo que las reclamaciones deben ajustarse a las reglas del sistema, siguiendo en el ejemplo, su demanda debe ser de algún medicamento, servicio o intervención incluida en el POS.

A su vez, la justicia de la Corte se alinea con el discurso (pos) neoliberal en la medida en que no cuestiona la lógica del aseguramiento y su circuito financiero, sino que por el contrario, encuentra que en este caso el derecho a la salud es fundamental, dado que cuando interviene en este tipo de casos encuentra que sus medidas no afectan el equilibrio financiero

del sistema, lo que permite que la “fundamentabilidad” de la salud sea fácilmente reconocible.

El segundo consenso es que pueden existir servicios que están excluidos por la normatividad que desarrolla el derecho a la salud, pero que son requeridos con necesidad por comprometer gravemente diversos bienes jurídicos protegidos constitucionalmente como la salud, la dignidad humana o la integridad personal. Este segundo supuesto permite un espacio para una justicia «anormal» que cuestione sus presupuestos, como a su vez oponerse a las lógicas del orden (pos)neoliberal de la salud. Pero, por el contrario, en este caso también se evidencia un reforzamiento por la normalidad y el (pos)neoliberalismo.

El acceso a los servicios excluidos del POS está sometido a un estricto escrutinio y control, ejercido por los diversos actores del sistema. Se empieza por el personal médico que debe realizar su ejercicio profesional en diagnósticos a partir de la medicina basada en la evidencia, esto es, el contenido del POS, concebido como un catálogo cerrado y rígido; a su vez las EPS tienden a desincentivar los diagnósticos por fuera del POS, y establecen diversas estrategias para que los servicios médicos se mantengan dentro de dicho marco; en caso de que un médico ordene procedimientos por fuera del POS, se debe pasar a la evaluación del CTC, que con criterios de costo-eficiencia, debe establecer si la EPS autoriza el tratamiento no POS. La ley 1438 de 2011 profundizó en los procedimientos burocráticos para el acceso a los servicios de salud, que además de reformar las funciones de los CTC, introdujo las Juntas Técnico Científicas (JTC), a las cuales el Ministerio de Salud asigna las especialidades tecnológicas competentes. En caso de estar en desacuerdo con la decisión del CTC y la JTC se podrá recurrir ante la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) para la revisión de la decisión.

Si la negación persiste, se puede acudir a la acción de tutela, previo el agotamiento del anterior trámite administrativo, y el juez constitucional debe realizar un estricto escrutinio de las condiciones que ha definido la Corte Constitucional para acceder a medicamentos o tratamientos excluidos del POS: amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o el mínimo vital; que no exista otro tratamiento dentro del POS con la “misma efectividad”; que la persona no esté en capacidad económica de comprar el medicamento o acceder a

él mediante otro esquema de aseguramiento (medicina prepagada o plan complementario); que el médico tratante se encuentre adscrito a la EPS a la que está afiliado el paciente; y constatar que los servicios de salud no estén expresamente excluidos del POS.

Después de este riguroso examen el juez constitucional puede conceder el amparo constitucional y además, ordenar que el costo de los servicios prestados sea recobrado ante el FOSYGA. Estos constituyen los requisitos para que una persona pueda acceder a servicios de salud que se encuentren excluidos del POS, complejos trámites burocráticos tanto al interior del sistema de salud como de la rama judicial, por el que deben pasar las personas para acceder a este tipo de servicios.

Esto se traduce en la normalización de la justicia en salud, al establecer cuáles son los parámetros que deben reunir las demandas por servicios de salud para ser considerada como constitucionalmente legítima. Estos parámetros, tanto los del sistema de salud como los judiciales no hacen parte del debate, y se erigen como los presupuestos desde los cuales se parte para hacer uso de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud.

Por su parte, el activismo judicial de la Corte busca no alterar el equilibrio financiero del sistema, exime a las EPS de cubrir los costos de servicios por fuera del modelo de financiación POS – UPC. Esto garantiza la integralidad, brindando seguridad jurídica que permite el cálculo capitalista que requieren las EPS para implementar diversas estrategias de contención de costos, por lo que la Corte incentiva la acumulación de capital de las EPS.

A partir del consenso de la Ley 100 de 1993 y el derecho útil al capital, tanto letrado como practicado, quedan configurados los presupuestos de la «justicia normal neoliberal» en salud, en la medida en que las reivindicaciones de la salud, cuando se acude a la acción de tutela, deben estar enmarcadas en este contexto, y responder a estos parámetros, ya que las desviaciones van a ser consideradas como «anormales» y por fuera del ámbito de protección del derecho fundamental a la salud. La justicia de la Corte Constitucional en materia de salud termina colonizada por el discurso (pos)neoliberal, garantizando los derechos de propiedad privada de las EPS que bajo las fórmulas contractuales están blindadas para

no interferir en la acumulación de capital, que la Corte permite con las órdenes de sus sentencias.

De lo anterior, se concluye que el reconocimiento de la salud como derecho fundamental que ha sido considerado como un importante avance en la protección de este derecho, tiene un alcance reducido, dado que su contenido y ámbito de protección se limita a: i) las políticas neoliberales en salud a partir de la Ley 100/93 y sus desarrollos normativos, orientados por los principios de costo/eficiencia; y ii) a ciertas excepciones que están sometidas a un estricto y riguroso escrutinio caso por caso, en donde solo ciertos servicios de salud están legítimamente protegidos por la Constitución, siempre y cuando no se afecte el equilibrio financiero del sistema y no haga parte de las exclusiones explícitas del POS.

De lo expuesto argumentamos que la definición del derecho a la salud como fundamental, configura un discurso de «justicia normal neoliberal en salud». Las reivindicaciones del derecho a la salud deben someterse a este marco normalizador para que sean protegidas por la acción de tutela, mientras que esta justicia garantiza la acumulación de capital a los entes privados que intervienen en el mercado de la salud.

Referencias

- Abadía, C. E., & Oviedo, D. G. (2009). Bureaucratic Itineraries in Colombia. A theoretical and methodological tool to assess managed-care health care systems. *Social Science & Medicine*, 68(6), 1153-1160.
- Arango, R. (2008). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional. En Alexei, J., *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arbeláez, R. M. (2006). La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Derecho y Salud*, 14(2), 205-240.
- Botero, M. C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Defensoría del Pueblo. (2009). *La tutela y el derecho a la salud. Periodo 2006-2008*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

- Franco, A. S. (2002). *La salud pública hoy: enfoques y dilemas contemporáneos en salud pública*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Gaviria, A., Medina, C., & Mejía, C. (2006). *Evaluating The Impact Of Health Care Reform In Colombia: From Theory To Practice* (No. 002647). *Documentos CEDE*. Universidad de los Andes - CEDE. Recuperado de <https://ideas.repec.org/p/col/000089/002647.html>
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal S.A.
- Jaramillo, I. (1999). *El futuro de la salud en Colombia: ley 100 de 1993 cinco años después*. Santa Fe de Bogotá: Fundación Friedrich Ebert de Colombia – Fescol – Fundación Corona, Fundación para la Educación Superior –FES–, Fundación Antonio Restrepo Barco.
- Pinto, M. D. M. (2002). *La competencia regulada y la atención desde la perspectiva del usuario. Evidencia del sistema de salud colombiano*. Mimeo, Boston: Harvard School of Public Health.
- Ruiz-Rodríguez, M., Wirtz, V. J., & Nigenda, G. (2009). Organizational elements of health service related to a reduction in maternal mortality: The cases of Chile and Colombia. *Health Policy*, 90(2–3), 149–155. <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2008.09.006>
- Stocker, K., Waitzkin, H., & Iriart, C. (1999). The Exportation of Managed Care to Latin America. *N Engl J Med* 340,(14), 1131-1136. <https://doi.org/10.1056/NEJM199904083401425>
- Uribe, G. M. (2009). La dinámica de los actores en la implementación de la reforma del sistema de salud en Colombia: exclusiones y resistencias (1995-2003). *Revista de Gerencia y Políticas de la Salud*, 8(17), 44-68.
- Useche, A. B. (2008). De la salud pública a la salud privada: una perspectiva global sobre la reforma al Sistema de Salud en Colombia. *Revista Palimpsestus*, 6, 123-131.
- World Bank (1988). *Financing health services in developing countries: an agenda for reform (English)*. A World Bank policy study. Washington DC; World Bank. Recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/468091468137379607/Financing-health-services-in-developing-countries-an-agenda-for-reform>

Yepes, J. F., Ramírez, M., Sánchez, L.H., Ramírez, M.L., & Jaramillo (2010).
Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia. Ley 100 de
1993. Bogotá: Mayol Ediciones.

3. Understanding the pharmaceutical patent system: an essay about the need to take its protection-access tradeoff seriously

Iván Vargas-Chaves¹
José López-Oliva²

As a result of the doctoral research developed by the main author (Vargas-Chaves, 2017), it was identified the evolution and perspectives of the pharmaceutical patent in the international trade system, as well as its future legal research needs in this topic, both immediate and long-term. Furthermore, a number of problems of public health were highlighted in which the patent-term-extension mechanisms have produced a lack of access to medicines.

These reflections are presented in this report, in order to propose a discussion from the issue of justified exceptions to patent rights, since such general interest ultimately responded to public health, which is of paramount importance. As reported in the doctoral thesis, the patent regime for pharmaceutical inventions often finds this priority a source of seemingly irreconcilable tensions between the right of access to medicines and the fostering of pharmaceutical innovation through the exclusivity provided by the patent.

As far as policy is concerned, this reality poses a significant challenge to the Spanish State by regulating the pharmaceutical sector so that it might fit into the newly emerging scenario. Thus, the Higher Governing Board of Pharmacy was created as a body for decision-making on scientific and administrative issues related to drugs. An example of this is the pharmacy ordinances issued by Royal Decree of 18 April 1860, granting pharmacists drug production exclusivity throughout the Spanish territory.

¹ Dott. Ric. (Ph.D.), University of Palermo, Italy; Doctor of Juridical Science, University of Barcelona, Spain. Docente investigador de la Corporación Unversitaria del Caribe - CE-CAR.

² Ph.D. in Bioethics, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.

However, returning to the mentioned tensions, on the issue of (i.) innovation support through exclusivity, the Law of 30 July 1878 first adopted the acceptance of patent to replace the so-called privileges; and in terms of (ii.) guarded general interest concerning public health, it was with the Industrial Property Statute, Royal Decree-Law of 26 July 1929 until it became Republic Law of 16 September 1931, that the compulsory license for the exploitation of a patent in favor of a third party was conceived as a mechanism to facilitate access to inventions when their owners lacked technical or economic capacities to develop the patented product or process on their own.

As may be inferred, both regulatory initiatives are strongly focused on the need to promote the development of new drugs and facilitate access to them, at least in specific situations, establishing a precedent in the general interest and social role of inventions.

Nonetheless, regarding pharmaceutical inventions, it should be noted that Article 20 of the Law of 16 May 1902 and the Paris Convention of 1883 had by then excluded the protection granted by patents to medicines of all kinds, understood as pharmaceutical products themselves. For these purposes, as can be gathered from the text, Royal Decree of 7 December 1933 drew a dividing line between medicinal products for human use and those for veterinary use.

The importance of this regulation lies in the fact that the Order of 14 May 1934 left the door open for the Spanish pharmaceutical industry to establish its own regulations regarding the production and distribution of drugs, vaccines, serums, and disinfectants. Indeed, the foregoing set the bases for the strengthening of policy-making in the pharmaceutical industry, alongside the consolidation of the industrial aspect itself, since, as yielded by research estimates, there were nearly a thousand drug manufacturing laboratories with export capacity at the time.

And even though the patent on pharmaceutical products had not yet been conceived under Spanish law, our findings and the events addressed here lead us to believe that the need to protect this type of innovations was a fact.

Accordingly, (i.) in the late forties, by establishing guidelines and rules for the management of the research results obtained by institutes

and under their sponsorship, public bodies such as the Spanish National Research Council (CSIC) expressed the major role-played by patents in terms of protecting industry and national interest, where health is indeed a crucial concern;

(ii.) the activity of the pharmaceutical industry begins to be taken seriously, since by implementing new requirements for this industry in the fifties and sixties and demanding that, alongside safety parameters, laboratories comply with efficacy standards proven through controlled clinical trials for the approval of new drugs, medicinal substances and proprietary medicines. This opens the door to the protection of the data obtained from such trials in the form of a sui generis patent-related right;

(iii.) from a theoretical perspective, a new era begins where new technologies become a strategic axis in the increase of aspects such as a country's gross domestic product, as was proposed in The Solow Residual, from which the need to urge governors to foster policies for the protection of new creations was inferred, and, according to the conclusions drawn from Robert Solow's theory by certain experts in the area, especially in the field of pharmaceuticals.

In fact, moving beyond theory, our findings show that, in practice, the pharmaceutical industry had a powerful start followed by a rapid rise, on the one hand thanks to investment in it, which allowed laboratories to conduct numerous clinical trials that led to the production of once unimaginable medicines such as antibiotics, diuretics and antidiabetic drugs, among many others and, on the other hand, because, with the rise of molecular biology and biotechnology, the sector intensified research for the production of new drugs, becoming a referent among the rest of innovative sectors in intensive technological R&D. In short, patent protection of these inventions was already a pressing need, thereafter becoming the great challenge to be faced by the Spanish legal system.

However, this was not the only challenge to be faced by Spanish law in this area, since the issues addressed to adjust the forthcoming patent system to the demands of a society immersed in a process of globalization and regional integration were also diverse and complex. Law 11/1986 on patents ended a process that had involved intensive discussions and failures.

Not for nothing were initiatives such as the legislative draft presented on 3 April 1982 before the Spanish Parliament rejected.

Patent law was finally introduced in Spain as part of a standardized patent regime by which states approved procedures to enable a future flow of inventions among them within an effective protection framework. Furthermore, such 'future flow' was actually the main goal of regulatory initiatives such as the Patent Cooperation Treaty or the 1973 Munich Convention and, certainly, the desired objective of the new European Community scenario that advocated effective free movement of goods as a premise for the achievement of true economic union in Europe.

Likewise, this background proved very positive for the pharmaceutical sector, as revealed by the doctoral research analysis of the measures that were becoming implemented to safeguard the interests of a growing economic and industrial engine, part of which was a powerful industry that was benefited by the commitment of the member States to include pharmaceutical products as patent-eligible inventions.

Spain was no exception and, as observed, during the transition period that preceded its entry into the European Economic Community, the commitment to integrate the protection of chemical and pharmaceutical inventions in its regulatory framework was undertaken more than a matter of political and social economy than as a technical and legal issue. The reason, as mentioned, is that until then, Spain's pharmaceutical industry had been clearly subject to other markets, depending upon them to obtain supplies of substances required to produce its drugs.

It is also unquestionable that this background provides a whole new setting for the research objective since, besides the above, the measures that were taken to reconcile Spain's patent system included both substantial changes in compulsory licenses, and procedural changes, envisaging for the first time the reversal of the burden of the suspected infringer in patent infringement lawsuits.

Another conclusion drawn from the historical analysis conducted is that the above gave rise to a major challenge for the Spanish State, which was faced with the need to adjust a new and significantly complex element such as a new patent law to a system designed to fit into the, at the time,

new landscape of private international law and European Community patent law.

Proof of this are the consequences that revolved around Spain's accession to the 1973 Munich Convention, one of them being the problem posed by the periods established to invoke the reservations referred to in article 167 of such instrument, and only for chemical and pharmaceutical products.

Regarding the recognition of pharmaceutical products as patentable inventions, the 1973 Munich Convention was the instrument that paved the way to this new reality where the economic exploitation of these inventions in member states was accepted as attached to their owners, although this was already an acknowledged fact in countries such as Ireland and Germany.

However, whereas, beyond the opening it involved, this Convention was not the instrument that achieved the goal –which was accomplished by the TRIPS Agreement, which will be addressed below-, it was the next logical step to adjust Spanish law to fit into the new international scenario and the solution to the problem posed by the Spanish pharmaceutical industry's dependence on other markets.

We have so far highlighted the main conclusions as far as the evolutionary process of pharmaceutical patent protection is concerned. We will hereafter look closer into the reflections drawn from the time when pharmaceutical patent protection entered into force in the Spanish legal system onwards. This covers the time after the stage of transition, which lasted until 7 October 1992, even though Spain's reservation was expected to operate for only one year, that is, until 7 October 1987.

Nonetheless, and as observed, the decision to exert the right to reserve was not only made by Spain, but also by other states that could be cataloged among the “least technologically advanced”. Turkey and Portugal, for example, took the decision to express their disapproval of the rigid monopoly that the coming European patent system would entail.

Accordingly, in Spain, where the protection plan used for pharmaceutical products had been thus far based on process patents, certain common practices such as the vindication of the so-called analogous procedures, or the purchase of intermediate products by Spanish

laboratories, could be detected on the international markets where the exclusivity provided by patents was nonexistent.

This brings us back to the circumstances that led to the above mentioned 'pressing need' to protect pharmaceutical product inventions in Spain through a system that, despite criticism for its rigidity, was, we insist, essential to ensure effective protection of the interests of innovative pharmaceutical laboratories, both in those countries that were reluctant to contemplate this channel, and in the rest of countries, non-European in this case, that signed the TRIPS Agreement, which is the international document that finally consolidated pharmaceutical patents as a requirement to become part of a new scenario in WTO driven international commerce.

Against this background, by the adjustment of pharmaceutical patent protection to the Spanish legal system through the TRIPS Agreement (WTO, 1994), Spanish patent law manages to finally align with that of developed countries at the time. And this was possible because the legal solution that enabled it, envisaged the modification within the Agreement of the section listing the circumstances that prevented the patentability of pharmaceutical products, as reflected in Law 11/1980 on patents, and despite the fact that the Munich Convention, to which Spain was already a party, also envisaged this channel, although with a later implementation date due to the right to reservation.

Another highlight is the Agreement's role as a global milestone in the field of intellectual protection and its development in its various spheres of action, on the one hand, and as an instrument with considerable impact on the internal legislation of the acceding states, on the other hand.

The declared aim of all this was to widen the scope and improve the international trade scene, overcoming many of the barriers that prevented its progress, such as a patent system that was not globally standardized and required common bases to foster R&D and assert owners' rights against a series of practices that infringed them, such as the activities of the non-innovative pharmaceutical industry.

Within this framework, it seems clear that by laying the foundations to govern pharmaceutical patents in terms of international trade and internal regulations, the Agreement provided for a broader protection of innovative laboratories' rights that, in the case of European patents claiming chemical

and pharmaceutical products –naming Spain– were applied for before 7 October 1992, or with equal claims with priority deadlines before such date, or pending granting according to the date of implementation of the Agreement in this country, becoming validated under article 70.7 of the Agreement.

In fact, the implementation of pharmaceutical patent protection through the TRIPS agreement posed a real challenge for Spain's legal system because of its retroactive effect on a scenario already built from formerly consolidated conditions. In particular, these include the legal and practical effects of the application of articles 27, 70.2 and 70.7 of the Agreement on rights established under the previous regulation. It all finally comes down to the tension caused by preventing new laboratories to enter the market as competitors supported by the implementation of the mentioned rules, versus infringement upon the interests of laboratories that were already operating on the market.

Nevertheless, beyond this tension and the evolution of the jurisprudential precedent that deserved full attention as part of the historical review of pharmaceutical patents in Spain, emphasis should be placed on the trade openness that, as underlined, was introduced in the case of pharmaceutical products through the TRIPS Agreement (WTO, 1994).

As well as being one of the many globalization processes driven by the WTO, this openness was a framework of reference for the formulation of pharmaceutical R&D policies based on multilateral trade regulations. It is not surprising that the analysis of the jurisprudential precedent and casuistry leads to the conclusion that a state's market size and the nature of its R&D capacities largely determine the potential effect of intellectual property rights on policies aimed at fostering strategic areas of innovation and development.

Along these lines, governments themselves, mainly in the countries mentioned in chapter five as belonging to the 'economic north', are more inclined to strengthen their intellectual property regimes when their industries' intangible assets contribute substantially to maximizing national wealth. However, it is also clear that each sector's structural characteristics and the nature of their respective scopes of activity are decisive in the shaping of the policies to be made, since the needs and expectations of an

industry such as the pharmaceutical are not always the same as those of others devoted to the production of intangible assets, such as the cultural content industry, to mention but one example.

While at this stage we maintain that the TRIPS Agreement (WTO, 1994) has been a fundamental axis for the pharmaceutical sector and, most especially, for innovative laboratories whose R&D processes are supported by the exclusive rights granted by patents both at the domestic level and at that of international trade, we must also draw attention to the issue of the Agreement's impact on laboratories that produce generic drugs, not as a sector that necessarily intends to benefit from the former, but as suppliers of the domestic market of developing countries, since the low prices of these drugs make them accessible to the general population, safeguarding such right and thereby the right to health care.

With their entry into the international trade market, it was no surprise that developing countries had reasonable expectations about taking a leap and moving into the new medication market. Currently, decades after the promulgation of the Agreement, this is yet to become a reality in most of these countries, leaving open whether patents, at the macro level, are appropriate for fostering pharmaceutical R&D in such countries. Nevertheless, without the intention of generalizing, we believe that the impact of intellectual property rights on the processes involved in the development of new inventions is indeed always subject to a number of factors –such as the availability of raw materials or local government incentives, among others– that goes beyond mere exclusivity in production and marketing.

Nonetheless, the major problem is the hovering tension between access to drugs versus the mentioned exclusivity. This is why the WTO issued the 2001 Doha Declaration on public health and trade-related aspects of intellectual property rights. The decision is based on two axes: (i.) the preamble to the TRIPS Agreement (WTO, 1994) stating the desire to reduce distortions and impediments to international trade, promoting effective and adequate protection of the interests of the holders of intellectual property rights and (ii.) recognition of the specific needs of the least developed member states, such as improvement of patients' social and economic well-being.

As far as we are concerned, the Declaration takes into account the concerns of the early 2000s about anticipated consequences in terms of access to medicines, several of which still persist to date. Thus, Colombia, a country where equal access to drugs, a reality in the economic north, is still a utopia, became the arena for a conflict between the government and the global healthcare company Novartis over declaring the drug product Glivec of public interest with a view of issuing a compulsory license on it, not to mention other high-profile cases in countries such as South Africa, India or Brazil.

Thus, the concerns taken into account in the Declaration revolved around the adoption of measures to safeguard public health interests, creating a very favorable panorama for hundreds of millions of patients in the world who do not have equal access to medication. Noteworthy among the measures adopted is the right of member states to use the Agreement's flexibilities, particularly in terms of parallel imports and compulsory licenses.

In our opinion, this is the very foundation of the recognition in international trade of the power of member states' governments to take such measures as may be deemed appropriate to protect public health in the event of a coalition with the interests of patent holders. An analysis of the Agreement's provisions shows that it pays close attention to (i.) economic disparities among member states, while also (ii.) providing for exemptions and limitations to rights, in accordance with the public interest, for cases such as a predictable national emergency.

Regarding the international trade system, member states have a certain degree of freedom of choice to redirect their public policies in terms of access to drugs, since neither the concept itself nor the scope of what may constitute a patentable invention is defined in the body of the TRIPS Agreement (WTO, 1994). The margins for interpreting the requirements for the granting or refusal to grant patent rights are not defined either. This gives states some discretion to adjust both their own definitions and their legal scope to social and economic considerations.

Additionally, as noted in the study, this allows states to design their regulations so that they may include different methods, such as the establishment of specific requirements of the standardization of domestic

regulations to those of a state signatory to a TRIPS-Plus Agreement, so that only 'justified patents' are granted. However, one of the implications of this is that it could produce the opposite of the desired effect by tilting the balance between access to medication and the owner's rights in favor of the latter. This is the case with the mentioned extended terms of protection to compensate for undue delay in the patenting process.

We believe that this not only infringes the right of access to medicines but that it is also detrimental to growing innovative pharmaceutical industries at the local level. And, returning to the case of Spanish laboratories, whether it is plausible or not to develop a strong local pharmaceutical industry should be the subject of future discussion. It is important to bear in mind that a strong regulatory regime in terms of intellectual property is crucial to structure national capacities in innovative sectors such as the pharmaceutical, which is, besides, highly competitive.

Historical evidence of this can be found in the fact that leading countries in this field, such as Germany, Switzerland or the USA, have greatly benefited from having an intellectual property system conceived to strengthen such capacities. While not intending to wander off the topic, the case of Germany is especially interesting because its patent system contributed to boosting local innovative industries through reverse engineering and by absorbing emerging technologies from abroad.

Nevertheless, the mentioned balance finally tilts against patients when the adoption of ever-greening strategies and other practices for extension of the exclusivity period that, taking advantage of regulatory gaps, divert exclusivity away from its role of fostering R&D to a playing field where patented products and processes, being minor changes, do not contribute to the state of the art nor to the fulfillment of the social function of intellectual property rights.

Indeed, the real goal is to keep competitors, in this case, generic medicine laboratories, out of the market to maintain prices at levels that suit laboratories engaged in these practices, prices above those that would be set in competitive scenarios. This is where the measure of autonomy and room to manoeuvre that states might have come into play to prevent the proliferation of applications for pharmaceutical patents on molecules that do not constitute a true innovation.

This is one of the reasons why in this study we chose to emphasize the feasibility of adopting certain national measures that, though equally compatible with the TRIPS Agreement (WTO, 1994), may correct this type of practices. Thus, the international trade system, through the WTO, provides for the authorization of its member states to design and apply their own regulations concerning patent rights on pharmaceutical inventions.

In the light of this research, and aside from the legal controversies addressed in it, the recent reality of certain generic medicine laboratories in Spain has been far from encouraging, since the trend in the area has shifted towards the innovative sector. More striking, however, is the case of some of these laboratories that, having been authorized to produce and commercialize by the Spanish Agency of Medicinal and Healthcare Products (AEMPS), were forced to stop doing so when the right existing since the 1973 Munich Convention was acknowledged by precedent in favor of innovative laboratories.

This new landscape led to the submission to the Court of several legal controversies regarding pharmaceutical product inventions that, per the claimants, should not be patent-protected, or at least this should be the case with those registered before 7 October 1992. However, beyond the legal aspects of the carefully analyzed case studies included in the previous chapter, we believe that a reflexive approach requires close attention to pharmaceutical patents in relation to access to medication rather than considering the future of pharmaceutical patents only as an incentive mechanism for R&D *per se*.

This is even more significant if both case-law and the normative area guarantee the innovative pharmaceutical industry such incentive. We should bear in mind the law's commitment to strengthen the different innovative sectors, which is pursued through the creation of rights such as supplementary protection certificates or test data protection. Both are mechanisms to extend the exclusivity of pharmaceutical inventions after a patent has expired. Our concern in this regard is that they are barriers that block access to medication, especially in developing countries.

Indeed, after activating these two mechanisms by granting either of the rights, innovative laboratories would become qualified to prevent generic drug laboratories from producing the drugs whose patents expired. First

because the effective patent term becomes extended and, second, because by claiming ownership of the test data yielded by medicine validation research they can force generic drug laboratories to produce their own data and, as mentioned, this could even lead to opposing the transfer of these data by regulatory agencies to other public entities.

Over the course of the research, these situations gave rise to several questions: what would happen if the body in charge of assessing the safety of a drug was denied access to the relevant clinical data? Would the right to health and, therefore, the right to life of patients taking drugs that have not been properly assessed be guaranteed? In a second scenario: would this same right be guaranteed in a setting where hundreds of millions of patients every day are unable to access drugs or healthcare because of the high prices of medicinal products?

When analyzing such issue in the light of the international trade system, and of the TRIPS Agreement in particular, our questions are a shared issue with Ortega-Gómez (2016), who believes that this instrument does not improve the picture since, after the entry into force of the TRIPS Agreement in a large number of developing countries, the high cost of medicinal products under patent protection has become an almost insurmountable barrier to the citizens of these countries' access to essential, new and high-quality drugs.

Since the Agreement fails to include clauses and mechanisms that should serve to mitigate the negative effects of the agreement, and this is exacerbated by the fact that we insist, the burden of drug acquisition costs is borne by patients themselves or otherwise by public healthcare systems that are on the verge of financial collapse due to these high costs.

Added to this, we must also mention the blocking of compulsory licenses with data exclusivity since, as we stated, even when approval of a generic drug has been obtained, it is beyond the question that the laboratories in charge of producing them should also hold the data recorded by the local healthcare regulatory agency. Let us also remember that compulsory licenses are the mechanism par excellence that allows drugs under patent protection either to be produced as generic products or to be imported, without the need to obtain the owner's permission for the effects of mitigating health emergency situations.

To close this section, we acknowledge the fact that the 2001 Doha Declaration (WTO, 2001) marked a significant step towards laying the foundations for access to medicines, although statistics indicate that, since then, the mentioned reality faced by hundreds of millions of patients that die while waiting for timely and proper treatment has not particularly improved. This concern was addressed in the Sixty-Seventh World Health Assembly held in 2014, where some of the guidelines for implementing the Doha Declaration postulates were discussed, although this is not a short- or even mid-term perspective, but still a utopia.

Therefore, we believe that the responsibility to solve the situation should rest with governments, because of their power to actively intervene in the pharmaceutical market. Thus, policies on access should be redirected, without infringing patent owners' rights, towards securing due remuneration for the efforts invested in the development of new medicinal products.

This could be achieved, for example, through a coordinated strategy by University, business sector and state with a view to intensifying in-house research and the development of new drugs by building alliances between these sectors. In the end, it is about these other two sectors accepting their social responsibility and redesigning their role in society to proactively search for solutions to the problem.

References

- Ortega Gómez, M. (2016). The right of Access to Medicines and the right to a patent in developing countries. *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioética*, 37, 23-36. Retrieved from <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n37/articulo1.pdf>
- Vargas-Chaves, I. (2017) Patentes farmacéuticas: balances desde la evolución en su regulación, realidades en el comercio internacional y perspectivas en materia de salud pública [Tesis doctoral]. Universidad de Barcelona: Barcelona.
- WTO. (1994). *AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS*. París. Retrieved from https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

WTO. (2001). DECLARATION ON THE TRIPS AGREEMENT AND PUBLIC HEALTH. En *Ministerial Conference*. Doha: World Health Organization. Retrieved from <https://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf?ua=1>

4. *Habeas Data* sanitario

Daniel Andrés Figueredo-De-Pérez³
Jessica González-Tejeiro⁴

Introducción

En Colombia, la custodia, manejo de la información y el acceso a la historia clínica está a cargo de las entidades prestadoras de salud. Esto regulado por la resolución 1995 de 1999 y 0839 de 2017 en donde se establece que bajo la característica inalienable de disponibilidad, el paciente puede acceder a dicha información cuando lo requiera o lo considere pertinente; no obstante, en la actualidad este derecho a la información contenido en la Constitución Política en su artículo 15, se ha visto vulnerado por parte de las entidades prestadoras de salud, alegando que ellas son las titulares de la información que se consigna en tales documentos, a su vez, negando el acceso a las personas y pacientes que la solicitan. En este orden de ideas, este trabajo tiene como finalidad establecer quién es el titular de la historia clínica y de la información contenida en ella.

1. Historia Clínica

La historia clínica es un documento privado, de obligatorio diligenciamiento para el cuerpo de salud encargado de prestar la atención médica que se le brinda al paciente, el cual contiene todos los datos sobre su salud física y psíquica estructurados de manera ordenada, detallada y cronológica; en este entendido, también es obligación del personal de la entidad prestadora de salud consignar la relación de los eventos de la vida del paciente, así como los procedimientos y acontecimientos que se realizan durante la atención que se le brinda al usuario del sistema de salud;

³ Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Master of Arts (M.A.) in International Law and Settlement of Disputes de United Nations-Mandated University for Peace, Costa Rica.

⁴ Asistente de investigación.

además, se registran datos de una extrema intimidad, pues el enfermo sabe que cualquier distorsión en la información que contenga la historia clínica puede redundar en su propio perjuicio, sumado a esto, se registran datos familiares que puedan responder o cuidar de manera auxiliar o subsidiaria en el momento en que se requiera de su intervención en el proceso médico (Castro & Gámez, 2014, p. 296).

En relación con lo anterior, la principal referencia normativa colombiana en la materia la constituye la resolución 0839 de 2017, que en su artículo 1º define la historia clínica como un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. Pues, la información del paciente que se registra está conformada por los datos acerca de su condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden afectarlo de manera directa.

En relación con esto, los componentes de la historia clínica son, entonces, la identificación del usuario, los registros específicos y los anexos; la identificación del usuario se obtiene a través de los datos personales de identificación del usuario, apellidos y nombres completos, estado civil, documento de identidad, fecha de nacimiento, edad, sexo, ocupación, dirección y teléfono del domicilio y lugar de residencia, nombre y teléfono; con respecto al acompañante o familiares, se solicitan los datos del nombre, teléfono y parentesco de la persona responsable del usuario, según el caso; aseguradora y tipo de vinculación.

En relación con el Registro específico, se entiende como un documento en el cual se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención, el prestador de servicios de salud debe seleccionar y consignar la información correspondiente a la atención en salud brindada al usuario, además de los registros específicos que correspondan a la naturaleza del servicio que esta presta (Ruiz, 2006, p. 68).

Con respecto a los contenidos mínimos de información de la atención prestada al usuario que debe contener el registro específico, son los mismos contemplados en la Resolución 2546 de 1998 y las normas

que la modifiquen o adicionen, así como los generalmente aceptados en la práctica de las disciplinas del área de la salud.

En este orden de ideas, doctrinantes como Alcaraz, Nápoles, Chaveco, Martínez y Coello (2010), instituyeron las principales características de la historia clínica de la siguiente manera: se establece el carácter de obligatoriedad, pues, ningún acto médico y hospitalario debe efectuarse sin el correspondiente registro en la historia clínica, la ausencia del registro es inexcusable por parte del personal médico a cargo de realizar esta labor.

Además, es un documento de carácter irremplazable, en tanto que la escritura de la historia clínica no puede ser sustituida por la memoria del médico, por cuanto, es necesario y razonable que se realice el registro en un medio escrito, ya sea de forma manual o magnética.

Seguidamente, se especifica el carácter privado de la historia clínica, pues en esta se contiene un grado de confidencialidad de su contenido, no obstante, se pueden realizar excepciones al paciente, a los familiares del enfermo, si la revelación ayuda al tratamiento, a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o personas mentalmente incapaces, a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley y a los interesados, cuando por defectos físicos irremediabiles o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, peligre la vida del cónyuge o de su descendencia.

Finalmente, se estipula como requisito fundamental que la historia clínica debe ser objetiva y veraz, ya que se basa en hechos reales, asimismo describe las situaciones de salud como son, y libre de especulaciones, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

De igual forma, Guzmán y Arias (2012) agregan la integralidad como otra característica fundamental de la historia clínica, pues esta debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social,

e interrelacionado con la dimensión personal, familiar y comunitaria del paciente (p. 24).

Además de esto, plantea que debe ser un documento que se desarrolle con secuencialidad, pues los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención, de igual forma, adiciona la oportunidad, entendida como el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio.

Posteriormente, se plantea como una de las principales características la disponibilidad de la historia clínica, pues es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la ley.

Ahora bien, con respecto a la custodia de la historia clínica, está a cargo de la entidad prestadora del servicio de salud la cual es la encargada de generar y alimentar el expediente en el curso de la atención, los soportes correspondientes a los trámites y servicios que recibió el paciente, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la ley, de igual forma, la normatividad estipula que la entidad puede entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en la ley.

De igual manera, es responsabilidad de estas entidades conservar las historias clínicas en un área restringida, con acceso solo al personal de salud necesario, archivándola en condiciones que garanticen su integridad física, técnica y sin adulteraciones.

Las entidades prestadoras de servicios de salud son responsables de su cuidado, y de ello depende que se establezcan o no, presunciones de responsabilidad en un eventual proceso judicial, ya que una historia clínica alterada o ilegible, no es una prueba que favorezca a la entidad como demandados. Para su conservación, se deben seguir los parámetros establecidos por el Archivo General de la Nación en el Acuerdo 07 de 1994.

Así mismo, respecto a la custodia de la historia clínica la resolución 1995 de 1999 en su artículo 13, determinó que esta es una obligación a cargo del prestador del servicio de salud y que se debe entregar una copia del correspondiente expediente al usuario o a su representante legal

cuando lo solicite. En este sentido, se establecieron tres hipótesis que se pueden presentar en la custodia de del documento; en primer lugar, el traslado entre prestadores de servicios de salud, en segunda instancia se evaluó la posibilidad de la existencia de múltiples historias clínicas, es decir, en el evento en el que el prestador que requiera información contenida en ellas, podrá solicitar copia al prestador a cargo de las mismas, previa autorización del usuario o su representante legal.

En último lugar, se estudió la posibilidad de la liquidación de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, caso en el cual se deberá realizar la entrega al usuario o a su representante legal. Ante la imposibilidad de su entrega al usuario o a su representante legal, el liquidador de la empresa designará a cargo de quién estará la custodia de la historia clínica, hasta por el término de conservación previsto legalmente o se pueden remitir a la última Entidades Promotoras de Salud (EPS) a la que estuvo afiliado el usuario, esto modificado por la resolución 0839 de 2017.

De igual manera, la corte constitucional en la sentencia t-580 de 2018, en relación con su organización y manejo determinó que todos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico y la retención al igual que la conservación se estableció por un periodo mínimo de 15 años contados a partir de la fecha de la última atención.

Por otro lado, en lo que refiere a la confidencialidad de la historia clínica, según el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, establece que es un documento de naturaleza reservada y, por consiguiente, puede ser conocido únicamente por su titular y, excepcionalmente, por terceros en los casos previstos por la ley o previa autorización del usuario, por ende, este documento constituye prueba idónea sobre los tratamientos médicos recibidos por el usuario, al punto que se ha descrito como “el único archivo o banco de datos donde legítimamente reposan, todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente”.

Consecuentemente, se entiende que el paciente que acude a un centro sanitario establece una relación *quid pro quo* en la que deberá ceder información a cambio de una adecuada atención. Atendiendo a su principio de autonomía es libre de revelar la cantidad de datos que estime oportuna,

pero esta autonomía se ve limitada por el deber de dar información veraz y suficiente.

La única protección de su intimidad que el paciente tiene ante esta obligación es la discreción del profesional. Se entiende que hay un acuerdo tácito que obliga moralmente al silencio y que también lo recoge la ley, aquí nos encontramos ante una doble obligación, ética y legal.

Es así, como debemos considerar la información privada del paciente en cierto modo único y ha de ser tratada con lealtad sin compartirla con otros, pues, es solo el propio interesado y dueño de la información quien puede decidir qué información pertenece a su más estricta intimidad de acuerdo a sus propios criterios.

Existe además un deber moral de fidelidad para con el paciente, pues, se deben respetar los acuerdos a que se llegan y esto incluye el acuerdo implícito acerca de la confidencialidad de la información que se maneja en la actuación sanitaria (Antomás y Huarte, 2011, p. 75).

La relación de los pacientes con los profesionales de la salud se basa necesariamente en la confianza, ya que, el usuario debe revelar datos que pertenecen al plano de la intimidad personal para que el profesional de la salud que le brinda su servicio cuente con la información necesaria para abordar su proceso. Esta es la razón básica de carácter práctico que nos impele a mantener el secreto profesional, pues debe existir un grado de confianza entre paciente y médico, en el entendido de que debe tenerse en cuenta que la obligación de secreto no solo abarca la información referente al estado de salud del paciente, sino a cualquier dato sobre su vida personal que se conozca durante la atención brindada.

2. *Habeas Data*

El *Habeas Data* es un mecanismo constitucional creado con el fin de proteger la seguridad y veracidad de los datos e información personal aportados en entidades públicas y privadas, que por su naturaleza recopilan datos de sus clientes y usuarios, es decir, que el *Habeas Data* supone una garantía sobre la manipulación adecuada de la información (Flórez, 2011, p. 195).

De igual forma, la Constitución de 1991 concibe el *Habeas Data* como un derecho fundamental autónomo, claramente diferenciado de derechos fundamentales y como un mecanismo de protección de otros derechos, es decir, los derechos que por conexidad resultan directamente afectados, frente a la negligencia o los excesos en el manejo de la información en bancos de datos manuales o sistematizados.

Así mismo, doctrinantes como Liévano (s.f) establecen que el *Habeas Data* presupone la existencia de cinco objetivos principales, en primer lugar, que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos; que se actualicen los datos atrasados; que se rectifiquen los inexactos; que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y supresión en los procesos de obtención de información del requisito de la llamada información sensible entre la que cabe mencionar la vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales (pág. 71).

Es así como Pérez (2016, p. 12) establece que este, al ser un derecho fundamental autónomo se convierte en un medio constitucional y garantista para el desarrollo de los demás derechos fundamentales, pues, tiene alto grado de conexidad con los derechos; al buen nombre, a la privacidad y a la intimidad.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991, tuvo presente la importancia y trascendencia de la información y su regulación para proteger los derechos fundamentales y evitar su vulneración, de tal manera que dispuso en su artículo 15: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...”

De igual forma, en lo que concierne al derecho a la intimidad, la Corte expuso en la sentencia C-489 de 2002 que el derecho a la intimidad, está orientado a garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias del Estado o de terceros que tengan acceso a los bancos de información; es decir, que comprende de manera particular la protección frente a la divulgación no autorizada de los datos personales que conciernen a ese ámbito de privacidad, regulado por la ley de *habeas data*.

En este sentido, Herrán (2002) realiza una descripción de la intimidad como un bien personal al que, en modo alguno, puede renunciar el individuo sin tener repercusiones en el ámbito de la dignidad humana, de igual modo, desde una perspectiva sociológica establece que si bien el ser humano es social, necesita de espacio para realizar una vida interior, ajena a las relaciones que mantiene con otros individuos y que le permiten identificarse como ser humano (pp. 16-18).

El derecho a la intimidad busca proteger la vida privada en todo sentido, y se encuentra ligada al *Habeas Data*, toda vez que la persona tiene derecho a ejercer el control del uso de sus propios datos en las bases de datos, donde puede limitar la información que quiere que no sea divulgada, pues es de acotar, que esta, forma parte de lo más personal que puede conservar el individuo, de ahí un valor personalísimo y un fuerte vínculo con la dignidad humana; un significado de lo íntimo, como lo profundo y propio de la estructura de la persona.

De esta manera la intimidad se proyecta a proteger otros derechos, como lo son el honor, la dignidad, el anonimato autoral y el secreto profesional; en el caso de los seudónimos la protección es a la identidad individual.

La protección de este derecho se sustenta en cinco principios constitucionales y de la protección de datos; el principio de libertad, según el cual, los datos personales de un individuo, solo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas.

Por otro lado, el principio de finalidad, es aquel que impide obligar a los ciudadanos a relevar datos íntimos de su vida personal, por medio de mandatos constitucionales, casos en donde se encuentren de forma expresa en la ley o se vean afectadas terceras personas o la comunidad en general.

De conformidad con el principio de necesidad, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida

mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo y para el cual se solicitó la información recolectada.

Adicionalmente, el principio de veracidad, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. Por último, el principio de integridad, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados.

El núcleo esencial del derecho a la intimidad, supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural.

En relación con la naturaleza de la intimidad de la información, la Corte Constitucional en sentencia T-787 de 2004 dispuso una primera conclusión al estudio de la intimidad; permite fijar la siguiente regla: salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público.

Ahora bien, con respecto a la clasificación de los datos en Colombia la Ley 1581 de 2012 por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, estipula que estos se catalogan categorías especiales de datos, la cual están compuesta por datos sensibles y los datos de las niñas, niños y adolescentes.

En lo que respecta a los datos sensibles, la mencionada ley estatutaria establece que estos son todos aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de

oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos (artículo 5).

De igual forma, el artículo 6 de la ley estatutaria 1581 de 2012 establece el tratamiento que se le debe dar a estos datos, pues es ilícito su trato o divulgación, exceptuando la situación en que el Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización; además, en los casos en que este tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización, así mismo, cuando el Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación u otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular; finalmente en los casos en que el tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.

En este orden de ideas, es pertinente hacer énfasis en los derechos que tiene el titular de la información sobre esta, pues, en el artículo 8 de la mencionada ley, se hace referencia de manera expresa al derecho de conocer, actualizar y rectificar sus datos personales frente a los Responsables del Tratamiento o Encargados del Tratamiento, este derecho se podrá ejercer, entre otros, frente a datos parciales, inexactos, incompletos, fraccionados, que induzcan a error, o aquellos cuyo tratamiento esté expresamente prohibido o no haya sido autorizado.

Otro de los derechos es el de solicitar prueba de la autorización otorgada al responsable del tratamiento salvo cuando lo requiera o considere necesario, además, es derecho del titular el ser informado por el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento, previa solicitud, respecto del uso que le ha dado a sus datos personales, así como de revocar la autorización y/o solicitar la supresión del dato cuando en el tratamiento no se respeten los principios, derechos y garantías constitucionales y legales; finalmente, acceder en forma gratuita a sus datos personales que hayan sido objeto de tratamiento.

En relación con lo antes mencionado, la sentencia T-408 del 2014 realiza una aclaración con respecto a la facultad que tienen los familiares de acceder a la historia clínica, pues, la Corte ha señalado que este documento de un paciente fallecido o en estado de invalidez, en principio, tiene carácter reservado. Sin embargo, dicha reserva no es oponible a su núcleo familiar, cuando: se demuestre el fallecimiento del paciente, acredite la calidad de padre, madre, hijo, hija, cónyuge, compañero o compañera permanente del titular de la historia clínica; exprese los motivos por los cuales demanda el conocimiento del documento en mención y cumple con el deber de no hacer pública la historia clínica del paciente.

Por otro lado, esta jurisprudencia estableció la posibilidad de levantar la reserva de la historia clínica a favor de los familiares del paciente fallecido, en situaciones en donde estos requieran acceso a dicho documento para acceder al derecho a la administración de justicia, establecer la verdad de los hechos dependiendo del caso en concreto y finalmente determinar el responsable del deceso siempre y cuando haya un interés legítimo, real, concreto y directo de quienes fueron muy cercanos al paciente.

En consecuencia, si alguien distinto, así se trate de un familiar cercano del paciente, pretende obtener información contenida en la historia clínica del titular, deberá contar con su aquiescencia y, en su defecto, solicitar a la autoridad judicial competente el levantamiento de la reserva o tener una autorización expresa del paciente, otorgada antes de su fallecimiento o de su estado de invalidez.

De lo anterior, se tiene que una vez cumplidos los requisitos enunciados, los familiares cercanos de los pacientes que fallecieron que se encuentran en estado mental o de salud que les impida pedir por sí mismos la historia clínica o autorizar a uno de sus familiares para obtenerla, tienen derecho a acceder al contenido de dicho documento, lo que obliga a los centros hospitalarios y a las respectivas autoridades de salud a suministrarla, de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho de información y amenaza el acceso a la administración de justicia.

3. Acceso a la Historia Clínica

Conforme se enunció, la historia clínica es un documento contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurado de manera ordenada, detallada y cronológica, en consecuencia, acceder a este documento implica la posibilidad de conocer información privada contenida en una base de datos y por consiguiente la jurisprudencia constitucional ha relacionado el derecho de acceder a este documento con el derecho fundamental de *Habeas Data* (artículo 15 CN) y de acceso a información privada (artículo 20 CN).

En relación con el derecho de *habeas data*, se señaló que en la historia clínica se consignan datos de naturaleza médica relacionados con el derecho a la salud, lo que se explicó en los siguientes términos: “El titular del derecho fundamental al *habeas data* goza del derecho a acceder al conocimiento de la información recogida sobre él en bancos de datos o archivos, controlar razonablemente su transmisión, limitar el período de tiempo en el que puede conservarse, definir los objetivos para los que puede ser utilizada, actualizar su vigencia o rectificar su contenido. Por su parte, las entidades que recogen información personal están obligadas a ponerla a disposición de sus titulares, actualizarla y rectificarla cuando consideren que razonablemente deben hacerlo.

Con respecto al acceso a la historia clínica por parte del paciente o el titular, de la información la Sentencia T-212 de 2015 indicó que existe un deber constitucional de administrar correctamente, de proteger los archivos, así como las bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante, empero, de este deber también se deriva la posición de garante por parte de la institución prestadora de salud; si se determina que la información contenida en el documento solicitado es decisiva para una persona, la entidad responderá por la prohibición de impedir sin justa causa el goce efectivo de los derechos fundamentales o de tornar imposible dicho goce.

En ese sentido, este Tribunal ha sido enfático en resaltar la importancia de dicha protección, pues podría incidir en la violación o afectación directa a algunos derechos fundamentales del titular de los derechos, como el acceso a la administración de justicia.

Es así como de forma análoga, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la historia clínica se aplica lo anteriormente expuesto, pues en aquellos casos en los que se requiere con urgencia como ocurre con quienes solicitan el restablecimiento de sus derechos fundamentales, es importante que la entidad encargada de su archivo, cuidado y manejo, procure su recuperación o reconstrucción de manera pronta, evitando todo tipo de dilación injustificada en detrimento de los derechos del afiliado y, por ende, no se le puede imponer tal tarea, implica adjudicarle una carga que es propia de la entidad responsable de la información”.

La resolución 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud permite concluir que es responsabilidad de los prestadores del servicio de salud tener un archivo único de las historias clínicas de todos los usuarios, el cual tiene como finalidad recopilar toda la información del estado de salud de los pacientes, con el objeto de poder brindar información oportuna de las mismas cuando así se requiera.

De igual forma, el artículo 11 de la Ley 1581 de 2012 contempla que, con respecto al suministro de la información, esta puede ser solicitada y podrá ser suministrada por cualquier medio, incluyendo los electrónicos, según lo requiera el Titular, además, la información deberá ser de fácil lectura, sin barreras técnicas que impidan su acceso y deberá corresponder en un todo a aquella que repose en la base de datos.

De lo anterior se concluye que la historia clínica es un documento privado conformado por los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurados de manera ordenada, detallada y cronológicamente, el cual constituye prueba idónea sobre los tratamientos médicos recibidos por su titular.

Además de esto, se colige que cuando el usuario de una entidad prestadora de salud requiera copia de la historia clínica, la entidad a cargo de su cuidado debe responder de fondo, clara, precisa, congruente, así como consecuentemente con la solicitud, sin poderse excusar en argumentos superfluos y carentes de sustento legal. En caso de extravío del documento, son las entidades encargadas de su cuidado, y no el usuario quien tiene la obligación de adelantar las gestiones pertinentes para establecer con certeza la ubicación.

Es decir, se debe garantizar la disponibilidad de la historia clínica para su titular según lo plantea la resolución 1999 de 1995 en su artículo 3° en el inciso 5°, por ende, tras la presentación de una solicitud, la respuesta que no atienda a los parámetros constitucionales y legales, no solo puede implicar la vulneración del derecho fundamental de Petición, sino también en la transgresión de otros derechos fundamentales, cuya garantía depende de la documentación requerida, como la salud, el *habeas data*, el acceso a la información, la seguridad social o el acceso a la administración de justicia, según el caso que lo requiera.

Igualmente, el usuario tiene derecho a conocer en qué entidad reposa la historia clínica y la información que se encuentra contenida en esta, en el momento en que esta lo requiera o considere pertinente tener conocimiento de esta información, por ende, es deber de las entidades encargadas de la organización, conservación y custodia de la historia clínica garantizar el acceso a esta por parte de sus titulares.

Referencias

- Alcaraz, M., Nápoles, Y., Chaveco, I., Martínez, M., & Coello, J. (2010). *The medical record: a basic document for the medical staff*. Santiago de Cuba. Cuba.
- Antomás, J., & Huarte del Barrio, S.. (2011). Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 34(1), 73-82. Recuperado en 01 de agosto de 2019, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272011000100008&lng=es&tlng=es.
- Archivo General de la Nación (29 de junio de 1994) Acuerdos 07. Recuperado de: http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/colombia/colombia_acuerdo_archivo_general_7_29_06_1994_spa_orof.pdf
- Castro, I., & Gámez, M. (2014). La Historia Clínica. *Farmacia hospitalaria*. Madrid. España.
- Flórez, R. (2011). *La protección de la intimidad económica con relación al dato financiero: en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Bogotá: Ediciones. Unuála.

- Guzmán, F., & Arias, C. (2012). *La historia clínica: elemento fundamental del acto médico*. Bogotá. Colombia.
- Herrán, A. (2002). *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- Liévano, J. (s.f). *Amparo e Inconstitucionalidad. Sugerencia para una nueva normativall*. ONUSAL El Salvador, Procuraduría para la Defensa de Derechos Humanos.
- Pérez, O. (2016). *El habeas data en Colombia: su desarrollo y conexidad con los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia. Universidad Católica de Colombia
- República de Colombia. Congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981). Ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm
- República de Colombia. Congreso de Colombia. (17 de octubre de 2012). Ley estatutaria 1581 de 2012 por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Recuperado de: http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1581_2012.pdf
- República de Colombia. Constitución Política de Colombia. (1991). Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-489 del 26 de junio de 2002.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-048 del 26 de junio de 2014.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-058 del 22 de febrero de 2018.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-212 del 20 de abril de 2015
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-787 del 18 de agosto de 2004.
- República de Colombia. Ministerio de Salud. (8 de julio de 1999). *Resolución número 1995 de 1999*. Recuperado de: <http://www.archivo>

palmira.unal.edu.co/paginas/documentos/normatividad/RESOLUCION_1995_1999.pdf

República de Colombia. Ministerio de Salud. (2 de julio de 1998). *Resolución número 2546 de 1998 por la cual se determinan los datos mínimos, las responsabilidades y los flujos de la información de prestaciones de salud en el sistema general de seguridad social en salud*. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%202546%20DE%201998.pdf

República de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (23 de marzo de 2017). *Resolución número 0839 de 2017 Por la cual se modifica la Resolución 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de: <http://achc.org.co/documentos/prensa/Resolucion%20No%20839%20de%202017.pdf>

Ruiz, W. (2006). Historia Clínica. *Responsabilidad medica estatal*. Bogotá. Colombia

5. La responsabilidad médica y sus títulos de imputación a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado: un análisis de 1991 a 2017¹

Juan Felipe Solórzano Quintero²

Introducción

El presente escrito pretende mostrar de manera introductoria los títulos de imputación derivados de la actividad médica, en los casos que implique responsabilidad extracontractual del Estado.

Para la realización de este documento se tuvieron en cuenta las sentencias proferidas por el Consejo de Estado desde el año 1991, momento en que se expidió la Constitución, hasta el primer trimestre de 2017. El propósito del artículo se centra en poder evaluar si el Consejo de Estado ha tenido una línea jurisprudencial sólida y fundamentada en materia del acto médico.

Sin embargo, evidenciaremos que en los primeros 16 años el Consejo de Estado varió constantemente, situación que impedía tener claro el título de imputación que debía ser alegado por la parte demandante. Incluso, en la actualidad se encuentran fallos en los cuales la parte demandante alude aún al régimen de la falla presunta.

Esto es reflejo de las constantes oscilaciones del máximo tribunal contencioso administrativo en Colombia. Si bien, es cierto que en materia de responsabilidad médica desde el año 2006 se habla de la aplicación del régimen de la falla probada, denotaremos que los cambios del Consejo son

1 El escrito que se presenta es un aparte actualizado y mejorado del trabajo de tesis para optar por el título de Magíster en Derecho administrativo por la Universidad del Rosario titulado “Elementos jurídicos para una política de prevención del daño antijurídico: consentimiento informado”.

2 Abogado de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

repentinos, por lo cual, no podremos estar seguros que será este el régimen aplicable por un largo período.

El trabajo presentado se desarrolla en tres etapas que pueden ser divididas de acuerdo a las transformaciones que el Consejo de Estado generó. Tenemos como primer periodo el comprendido entre los años 1991 a 2000. Posteriormente, hubo una transición en la cual se introdujo como sistema de aligeramiento probatoria la carga dinámica de la prueba, y finalmente desde el año 2006 a la actualidad existe propiamente un retorno al título de imputación primigenio, es decir, la falla probada.

1. Los títulos de imputación en materia de responsabilidad médica

El tema de responsabilidad extracontractual en Colombia generó controversia luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. El artículo 90 de la Carta estableció el principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado y excluyó aparentemente el régimen de culpa. En la medida que solo se estableció el daño antijurídico y se consagró únicamente un régimen objetivo (Fernández Muñoz, 2008).

Al respecto, Fernández Muñoz (2008, p. 82)³ sostiene: “Según los defensores de esta doctrina, sólo el daño constituye la fuente de la obligación indemnizatoria, desplazándose el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la conducta, al concepto objetivo de antijuridicidad del daño”.

Así, parte de la doctrina reaccionó y arguyó que todos los actos que impliquen responsabilidad estatal no pueden encuadrarse únicamente dentro del régimen de responsabilidad objetiva. Si se aplica el régimen objetivo en todas las actividades desarrolladas por la Administración implicaría, por ejemplo, que en el ámbito de la responsabilidad médica

³ Serrano Escobar (2007) sostiene al respecto que “el Consejo de Estado, en una primera etapa, interpretó que la noción de daño antijurídico daba lugar a una responsabilidad objetiva, pero como no encontró la manera de aplicar tal criterio de imputación a la responsabilidad médica estatal, que para el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo se debía seguir gobernando por criterios de imputación subjetivos, como la falla del servicio, utilizó la tradicional clasificación de la obligaciones de medio y resultado, sosteniendo que esta noción de daño antijurídico no se aplica a la obligación de medio, en la cual se ha catalogado tradicionalmente a la medicina, para seguir radicando la responsabilidad médica en criterios de imputación subjetivos, atenuándolo con la noción de falla del servicio presunta”. En el mismo sentido véase Sarmiento García (2001 p.47-48).

todas las intervenciones que reporten un perjuicio para el paciente tendrían que indemnizarse.

De esta forma, se eliminaría el concepto de obligación de medios que tiene el profesional de la salud. De manera concomitante y al no contarse con la falla del servicio como elemento constitutivo de responsabilidad el fisco sufriría grandes perjuicios, ya que únicamente la Administración podría exonerarse de culpa demostrando la causa extraña. Por lo anterior, se consideró que la intención del constituyente fue la de darle rango constitucional a la cláusula de responsabilidad del Estado.

En consecuencia, el Consejo de Estado hizo una clasificación que suplió las necesidades actuales de la responsabilidad extracontractual del Estado. Según Fernández Muñoz (2008).Dicho tribunal sostuvo:

Por un lado, se hablará de daño antijurídico subjetivo, al involucrar la noción de falla del servicio (antijuridicidad de la conducta de la administración) y donde el daño resulta antijurídico en la medida que el particular no está obligado a soportar un daño antijurídico objetivo, equivalente a los eventos de responsabilidad objetiva(antijuridicidad del daño), cuando el daño resulta causado no obstante la administración haya obrado adecuadamente (sin falla) y debe ser indemnizado por cuanto el particular no está obligado a soportarlo sólo en su patrimonio.

Ahora bien, el desarrollo que ha tenido la jurisdicción contencioso administrativa desde el año 1991 en relación con el tema de la responsabilidad médica, ha sido enfocado bajo la falla médica⁴ dentro del régimen subjetivo, cambiando de falla probada a presunta y usando por un lapso el régimen de cargas dinámicas de la prueba en su línea jurisprudencial.

Gil Botero (2011) manifiesta que el máximo tribunal contencioso administrativo en materia de títulos de imputación y del régimen

4 La falla del servicio incluye tres elementos los cuales son: “1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio porque no funcionó cuando ha debido hacerlo o lo hizo de manera tardía o equivocada, y, finalmente. 3) Una relación de causalidad entre dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio” (Ruíz Orejuela, 2006).

probatorio en la responsabilidad médica no ha elaborado una línea jurisprudencial rigurosa. Para nosotros, como adelante lo demostraremos, el Consejo de Estado analiza sus providencias bajo la denominada figura de jurisprudencia indicativa⁵. Se trata de una situación que permite cambios jurisprudenciales repentinos, los cuales van en contravía de la seguridad jurídica que los poderes públicos deben garantizar.

Entrando en la materia debemos manifestar que la falla del servicio tiene por objeto imputar responsabilidad a la Administración cuando su actuar no es prudente o diligente y como resultado se genera un daño que la persona (administrado) no debe soportar (Consejo de Estado de Colombia, 1989). En este régimen la ausencia de culpa es un elemento primordial que exonera de responsabilidad. Así, encontramos que existe una diferencia con el régimen objetivo, por cuanto en este último la conducta no es determinante en la exoneración de responsabilidad. Igualmente, no es necesario individualizar el sujeto que causa el daño, basta con demostrar que la Administración fue la causante del perjuicio.

Pero como manifestamos anteriormente, el máximo tribunal contencioso administrativo ha utilizado como títulos de imputación la falla en el servicio probada o presunta, lo cual repercute directamente en los elementos probatorios que el demandante debe demostrar al momento de la demanda. De esta manera se pueden evidenciar tres grandes etapas en la línea seguida por el Consejo de Estado:

- i) Desde el año 1990 al 2000, momento en el cual cambio el título de imputación de falla probada a presunta.
- ii) En el año 2000 cuando se incorporó la carga dinámica de la prueba.

⁵ López Medina (2009) define este concepto como: “bajo esta última las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de conceptos jurídicos hecha en las sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la Ley y con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por su hechos y circunstancias; finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos” (p.109 – 110).

- iii) El retorno a la falla presunta a partir de 2000, pero reafirmado en 2006. Es menester mencionar que este régimen se encuentra vigente en la actualidad.

2. Cambio de la falla probada a la falla presunta (1990-2000)

En 1990, la falla probada era el título de imputación aplicable a la actividad médica. No obstante, la falla presunta empezó a insinuarse como *obiter dictum*⁶ a partir de la sentencia del 24 de octubre de 1990, exp 5902.

La mencionada providencia dio lugar a la formulación de ciertos postulados, a saber:

- i) El actor a la hora de demandar debe probar las obligaciones y su incumplimiento sustentado en los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de procedimiento Civil (Gil Botero, 2012).
- ii) La Administración será la interesada en mostrar que su actuar fue el correcto (Consejo de Estado de Colombia, 1990).
- iii) Basta probar el daño y que éste tuvo lugar por la falla de la Administración. Además manifestó el Consejo de Estado que “el art. 1604 debe aplicarse, como en varias oportunidades lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual y si ello es así los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito) o la culpa exclusiva de la víctima serán de cargo del deudor (aquel a quien se imputa la responsabilidad)” (Consejo de Estado de Colombia, 1990).

Posteriormente, en la sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 6897 se estableció con claridad que la falla presunta es aplicable a los temas de responsabilidad derivados del acto médico. Se consideró que el paciente no contaba con el suficiente conocimiento de las terapéuticas o procedimientos

⁶ Entiéndase como *obiter dictum* “La expresión designa todos aquellos pasajes de las sentencias en los que, por abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen las cosas “de pasada” o incidentalmente, sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo. Estos argumentos son, generalmente, superabundantes, eruditos y de mera referencia y no tiene relación directa con la parte dispositiva (*decisum*) de la sentencia. (Gil Botero, 2012, 490)

que le son aplicados, razón por la cual el profesional de la salud o las instituciones médicas se encuentran en mejor posición de demostrar su actuar diligente y prudente (Consejo de Estado de Colombia, 1992b).

Los defensores de la falla presunta consideran que, al invertirse la carga de la prueba, el juez conocerá de primera mano el procedimiento aplicado. De esta manera se garantiza un juicio más justo. En este orden de ideas, al demandante solo necesita probar el daño y la relación de causalidad. En consecuencia, se sustrae de la prueba de la falla del servicio, que trae consigo explicaciones científicas, las cuales pueden resultar muy complejas para el paciente (Parra Guzmán, 2010). Asimismo, se dice que el demandado se puede liberar de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado en su actividad (Tamayo Jaramillo, 2001).

Este cambio jurisprudencial se puede atribuir a que la anterior posición (falla probada) fue considerada “*errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. (...) para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión*” (Corte Constitucional de Colombia, 2001). El Consejo de Estado quiso hacer ver que, en materia de responsabilidad médica, el demandado estaba en una mejor posición para probar que su conducta se adecuaba a los parámetros de la *lex artis*. Sin embargo, posteriormente volvió a hacer uso de la falla probada. Respecto del cambio de títulos de imputación la doctrina estableció dos problemas. El primero de ellos fue la intermitencia o la no aplicación del régimen de falla presunta.

En opinión de Tamayo Jaramillo, la jurisprudencia no aplicó del todo la falla presunta, por cuanto en dichas sentencias se percibe una falla demostrada hasta la saciedad, en criterio de este autor, se siguió aplicando la teoría de la falla probada (Tamayo Jaramillo, 2001).

En este plano se observa lo siguiente: los fallos del Consejo de Estado del 30 de julio de 1992 y 13 de agosto de 1992, consideraron la falla presunta del servicio, no obstante, doctrinantes como Serrano Escobar estiman que se seguía aplicando el régimen de falla probada (Serrano Escobar, 2007). Esta afirmación fue apoyada por Herrera Ramírez, quien sostuvo que la falla probada fue usada hasta 1995.

Un segundo problema fue el desequilibrio en materia probatoria dentro del régimen de falla presunta, el cual puso en una situación de

prevención al personal médico. Respecto este asunto, Parra Guzmán (2010) anotó:

Admitir una presunción de culpa en el campo de los errores profesionales médicos podría llevar a consecuencias desastrosas en cuanto que, si de un lado, se libera a la víctima de una difícil prueba muchas veces imposible de destruir: por mucho que valga el médico no se puede trabajar con la seguridad de una máquina y muchas veces aun estando seguro de haber actuado según los dictados de la ciencia, la naturaleza puede traicionar su esperanza sin su culpa.

En el mismo sentido, Tamayo Jaramillo se opone a la aplicación de la falla presunta, por considerar que en la praxis es muy difícil para el médico probar ausencia de culpa por la insuficiencia de medios probatorios y cree que al darle paso a la falla presunta se permitiría también la presunción del nexo de causalidad (Tamayo Jaramillo, 2001).

Se puede sustentar en la aleatoriedad de la actividad y por ende a su vez es de medios y se debe probar la culpa acudiendo en ocasiones a la culpa virtual que es una culpa probada a través de indicios. (...) En efecto, presumir la culpa del médico, sin saber cuál fue la causa del daño, conduce, nada más ni nada menos, a una presunción de causalidad que no es más que una responsabilidad objetiva. (p 57)

Vemos, entonces, cómo parte de la doctrina no se adhirió del todo a la posición establecida por el Consejo de Estado, pues consideraban que se dio paso “*de una posición rígida a favor de los médicos, para caer en otra igualmente rígida a favor de las víctimas*” (Tamayo Jaramillo, 2001) y complementan su argumento diciendo que la falla probada es la que se debe aplicar. Paralelamente, Tamayo Jaramillo considera que se dio cabida a la presunción de la relación de causalidad lo cual hace más gravosa la posición del profesional de la salud. Así, en aras de alivianar la carga probatoria de los pacientes se perjudicó gravemente a los médicos. Es pertinente mencionar que en ocasiones el médico se encuentra únicamente con su paciente y por ello tendría como única prueba la narración de sus hechos, los cuales son fácilmente impugnables. Aunado a ello, la historia

clínica podría ser objetada y por ende la presunción no podría desvirtuarse (Tamayo Jaramillo, 2001).

Siguiendo con el análisis jurisprudencial, la sentencia del 13 de agosto de 1992, exp. 7274 continuó aplicando la falla presunta (Consejo de Estado de Colombia, 1992). Esta vez para su aplicación se dio por la aplicación de las citas de referencia conceptual común (López Medina, 2009). El análisis judicial no parte de situaciones fácticas delimitadas, sino el juez se remite a conceptos jurídicos comunes abstractos. Para el caso el concepto utilizado fue el traslado de la prueba a cargo del médico o la entidad hospitalaria por contar con mayores facilidades en la prueba de un actuar diligente y prudente. En este entendido se tomó como base para fallar la sentencia del 30 de julio de 1992 exp 6897.

Posteriormente, mediante sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6754, el Consejo de Estado reiteró el régimen de falla presunta, que se iría a aplicar hasta el año 2000. Vale decir, que en este fallo se expuso de manera diáfana que a la parte demandante le corresponde demostrar el daño y la relación de causalidad, lo único que se presume es la falla del servicio, en otras palabras, el actor no deberá demostrar la conducta tardía, *omisiva* o irregular de la administración debido a que se presume. En este sentido el Consejo de Estado de Colombia (1992) manifestó, que:

La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

Estamos de acuerdo con Enrique Botero Gil, al sostener que el Consejo de Estado no aplicó de manera rigurosa y bajo la misma estructura argumentativa la falla presunta. Sustenta que la Sección Tercera se circunscribió únicamente a exponer unas explicaciones a favor de la inversión de la prueba “y en beneplácito de la parte demandante, a partir de comprobar que existe facilidad de prueba derivada de la experiencia, pero sin ninguna aproximación teórica normativa, salvo en la primera de las sentencias citadas, en la cual se definió

que el artículo 1604 del Código Civil constituye el sustrato del morigeramiento probatorio mencionado” (Gil Botero, 2011. p 497).

Con lo anterior, podemos afirmar que el Consejo de Estado no formó una línea jurisprudencial consolidada en materia de responsabilidad médica (Consejo de Estado de Colombia, 2006a), solamente se limitó a resolver los casos basándose en unos conceptos dados con anterioridad, que no se relacionan directamente con la situación fáctica. Esta situación impide la formulación en una línea jurisprudencial sólida y en consecuencia de subreglas que permitan la solución de casos posteriores.

3. La carga dinámica de la prueba

Mediante providencia del 10 de febrero de 2000 exp. 11878 se adoptó el régimen de la carga dinámica de la prueba, como método de aligeramiento probatorio. Sin embargo, en este periodo el Consejo de Estado no del todo aplicó éste régimen (Consejo de Estado de Colombia, 2000). En el entendido que siempre el facultativo tuvo la carga de la presunción de falla y de la relación de causalidad. Por lo tanto, más que hablar de carga dinámica de la prueba se generó el afianzamiento de un régimen estático en materia probatoria.

Para Fernández Muñoz (2008):

Se estaba haciendo recaer toda la carga sobre el demandado, denotando como estática la carga el demandante y olvidando que al juez le correspondía esforzarse también por conocer la realidad de los eventos, utilizando los poderes que posee en materia de pruebas, todo con el fin de no perjudicar a la parte gravada con la inversión de la carga. (p.88)

A tal efecto, Tamayo Jaramillo (2001) manifiesta que el Consejo de Estado sustentó la presunción de la falla en el servicio, acudiendo a la carga dinámica de la prueba en donde el demandante y el demandado según el caso serían los encargados de allegar las pruebas. Concluye que el concepto de la carga dinámica no puede ser mirado desde un punto rígido, por cuanto en la praxis, siempre se le implicó soportar la carga al médico. Finalmente dice:

(...) por ello consideramos que por carga dinámica de las pruebas ha de entenderse la obligación que tiene el médico de no permanecer pasivo a la espera de que se pruebe su culpabilidad, sino por el contrario, de colaborar con su propia versión y documentos al establecimiento de una verdad real, pero sin que ello implique una presunción de culpa en su contra, a menos que ésta aparezca expresamente consagrada por el legislador. (p. 94)

Aunado a lo anterior, la aplicación del sistema de las cargas dinámicas denota problemas prácticos, dado que el juez es el encargado de asignar la carga a las partes, y como es sabido en el proceso contencioso administrativo no existe una etapa idónea en la que se permita tal asignación (Gil Botero, 2011).

El Consejo de Estado posteriormente se percató de la dificultad práctica que tenía la aplicación del sistema de cargas dinámicas (Consejo de Estado de Colombia, 2006a). El repentino cambio da cuenta que el Consejo de Estado no realizó un análisis jurisprudencial riguroso. Por el contrario, muestra el uso de la denominada jurisprudencia indicativa, la cual *“no tiene un peso suficiente como para crear cargas espaciales de argumentación al momento de cambio jurisprudencial”* (López Medina, 2009).

4. El retorno al sistema de falla probada

Según Gil Botero (2011) a partir del año 2000, con la sentencia del 10 de febrero, se retornó al sistema de falla probada⁷, por cuanto el Consejo de Estado hizo énfasis en que el actor era quien debía asumir la carga de la prueba. Según el autor en cita la carga dinámica de la prueba no se aplicó en ningún caso en concreto, por parte del máximo tribunal contencioso administrativo.

Para el año 2006 se eliminó el sistema de falla presunta y carga dinámica de la prueba, para aplicar en estricto sentido la falla probada. Por lo tanto, le corresponde a la parte actora demostrar los elementos

⁷ Sobre la falla probada del servicio médico asistencial véase: (Consejo de Estado de Colombia, 2008b, 2008c, 2010b, 2010a, 2012).

de responsabilidad, así sea de forma indiciaria (Consejo de Estado de Colombia, 2006b). Las razones que se tuvieron para el cambio de sistema a aplicar fueron:

La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa (Consejo de Estado de Colombia, 2006).

Al respecto, el Consejo de Estado en auto del 22 de mayo de 2008, expediente No. 26427 expresó:

De manera reciente la sala ha recogido las tesis de la presunción de la falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda constituirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. En cuanto a la prueba del vínculo causal, de manera reciente se precisó la necesidad de demostrar en vinculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar a la entidad que prestó el servicio, el daño por el cual se demanda indemnización, el cual puede ser acreditado de manera indirecta mediante indicios (Consejo de Estado de Colombia, 2008a).

Al respecto, se debe resaltar sobre la prueba del nexo causal que se puede demostrar mediante indicios, es decir, podemos afirmar que la probabilidad preponderante se sigue aplicando a los procesos de responsabilidad médica. El régimen adoptado recientemente, está encaminado a la acreditación del daño antijurídico en cabeza del demandante, acompañado de una imputación fáctica y jurídica respecto de la entidad que presuntamente causó el daño.

Desde luego, el Consejo de Estado es consciente de la dificultad que en ocasiones existe respecto de la demostración de alguno de los elementos configurativos de la responsabilidad por parte del demandante, debido a la imposibilidad de acceso a la información o por la falta de conocimiento respecto de alguna terapéutica caracterizada por su complejidad (Consejo de Estado de Colombia, 2011b). Por tal razón, se da la posibilidad de acreditar los elementos de forma indiciaria.

Respecto al nexo de causalidad el Consejo de Estado, recordó que en ocasiones es complicado de demostrar por la parte demandante, debido a su complejidad científica o técnica. Adicionalmente se arguyó que *“por lo regular no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio”* (Consejo de Estado de Colombia, 2011a). En consideración con lo anterior, este Tribunal ha venido aplicando las teorías como *res ipsa loquitur* o la teoría de la causa adecuada, probabilidad preponderante.

Se trata de una situación que deja abierta la posibilidad de demostrar la relación de causalidad por la parte demandante, de manera amplia, de tal forma que existe un aligeramiento de la prueba de la parte demandante. Podemos afirmar, que, por regla general, el sistema aplicado actualmente es el de falla probada, y para la acreditación de los elementos constitutivos de responsabilidad está permitida la prueba indiciaria en materia del nexo de causalidad.

Conclusiones

Desde hace algo más de 10 años el Consejo de Estado se decantó finalmente por establecer como título de imputación la falla probada. Esto indica que a cargo del demandante está la carga de probar el daño, la falla del servicio y su nexo de causalidad.

Para llegar al punto que el Consejo de Estado se encuentra se pasó por un ciclo, el cual partió y llegó al mismo lugar, esto es la falla probada. En el intervalo de casi 16 años (1990-2006) el Consejo de Estado aceptó la falla presunta. Sin embargo, el Consejo de Estado se percató de la dificultad en los temas probatorios por parte de las instituciones públicas sanitarias.

En primer lugar, por el trascurso del tiempo entre el presunto daño y la presentación de la demanda. En segundo lugar, las empresas sociales del Estado manejan demasiados casos. Estas dos situaciones, según el máximo tribunal contencioso colombiano, hacen que en materia probatoria la Administración se encuentre en desventaja. De esta forma la carga de la prueba está a cargo del paciente. Pero sabiendo la dificultad de algunos tratamientos se dejó la posibilidad que el nexo de causalidad sea demostrado al menos de manera indiciaria.

Consideramos que este régimen de responsabilidad subjetiva es adecuado y se dan herramientas tanto a la parte demandante como a la demandada que le permiten estar en igualdad de condiciones desde el punto de vista probatorio.

Referencias

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de julio 7 de 1989, exp 5446 (1989).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de octubre 24 de 1990, exp 5902 (1990).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de agosto 24 de 1992, exp 6754 (1992).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de julio 30 de 1992, exp 6897 (1992).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 13 de agosto de 1992, exp 7274 (1992).

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de febrero 10 de 2000 exp 11878 (2000).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia agosto 31 de 2006, exp 15772 (2006).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de agosto 31 de 2006, exp 15772 (2006).
- Consejo de Estado de Colombia. Auto del 22 de mayo de 2008 (2008).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia agosto 26 de 2008, exp 15725 (2008).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia octubre 15 de 2008, exp 16270 (2008).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia abril 28 de 2010, exp 17725 (2010).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de abril 28 de 2010, exp 20087A (2010).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de abril 27 de 2011, exp 20502 (2011).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 34387 (2011).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 25 abril de 2012, exp 21861 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de abril 25 de 2012, exp 21861 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de julio 26 de 2012, exp 20732 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de octubre de 2012, exp 24776 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de octubre de 2012, exp 25242 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 7 de noviembre de 2012, exp 24525 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de noviembre de 2012, exp 26315 (2012).

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de noviembre 22 de 2012, exp 25998 (2012).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 3 de enero de 2013, exp 26999 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 13 de febrero de 2013, exp 27253 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 27 de febrero de 2013, exp 26009 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 28 de febrero de 2013, exp 24460 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 28 de febrero de 2013, exp 25075 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 6 de marzo de 2013, exp 27132 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 24 de abril de 2013, exp 27180 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 3 de mayo de 2013, exp 22165 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 3 de mayo de 2013, exp 26352 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 31 de mayo de 2013, exp 31724 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 13 de junio de 2013, exp 28044 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 24 de julio de 2013, exp 30309 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 29 de agosto de 2013, exp 30283 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 29 de agosto de 2013, exp 36465 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 27 de septiembre de 2013, exp 24096 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 30 de octubre de 2013, exp 24958 (2013).

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 6 de diciembre de 2013, exp 28136 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 12 de diciembre de 2013, exp 27493 (2013).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de enero de 2014, exp 28816 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 12 de febrero de 2014, exp 27488 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 27 de marzo de 2014, exp 26660 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 27 de marzo de 2014, exp 35420 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 14 de mayo de 2014, exp 33981 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 14 de mayo de 2014, exp 30724 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 23 de julio de 2014, exp 13260 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 31 de julio de 2014, exp 27770 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 12 de agosto de 2014, exp 29131 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 10 de septiembre de 2014, exp 27365 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 20 de octubre de 2014, exp 30166 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 12 de noviembre de 2014, exp 30812 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de noviembre 13 de 2014, exp 31182 (2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de enero 28 de 2015, exp 30628 (2015).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de marzo 5 de 2015, exp 30945 (2015).

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de mayo 28 de 2015, exp 46466 (2015).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de septiembre 29 de 2015, exp 21774 (2015).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de mayo 31 de 2016, exp 33650 (2016).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de enero 25 de 2017, exp 36816 (2017).
- Corte Constitucional de Colombia. C-836 de agosto 9 de 2001 (2001).
- Fernández Muñoz, M. F. (2008). *La responsabilidad médica: problemas actuales*. Bogotá: Temis.
- Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado* (5th ed.). Bogotá: Temis.
- Gil Botero, E. (2012). *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D. E. (2009). *El derecho de los jueces* (2nd ed.). Bogotá: Legis.
- Parra Guzmán, M. F. (2010). *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ruíz Orejuela, W. (2006). *Responsabilidad del estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe.
- Sarmiento García, M. G. (2001). La teoría objetiva de la responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución. *Revista de Derecho Privado*, 47.
- Serrano Escobar, L. G. (2007). *Aspectos críticos de la responsabilidad médica en la actualidad*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Tamayo Jaramillo, J. (2001). *Sobre la culpa de la prueba médica*. Medellín: Dike.

6. Análisis de la carga de la prueba de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia

Juan Carlos Ramos Santamaría⁸

Introducción

El presente estudio denominado “Análisis de la carga de la prueba de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia” procura ser el resultado de la profundización sobre la carga de la prueba, en un campo tan complicado como son las acciones judiciales derivadas de la responsabilidad civil médica, aunando la teoría de la pérdida de oportunidad para el paciente como un factor que puede determinar una mala praxis.

La actividad médica desde el punto de vista físico es esencialmente riesgosa, no solo porque generalmente se utilizan aparatos peligrosos, sino porque el organismo del paciente está sometido a enormes riesgos, por el simple hecho de la actividad del médico al efectuar el tratamiento (Jaramillo, 2010).

El ámbito de la salud, con todos sus componentes, se ha convertido en una bandera para las sociedades modernas. El derecho a la salud (Const., 1991, art. 49), se ha catalogado dentro de los derechos fundamentales (Const. Esp., 1978, art. 43) y se ha promulgado con tanta fuerza que uno de sus rasgos característicos es la imposición de organización y de prestaciones fácticas a los poderes públicos.

El progreso de la ciencia médico quirúrgica ha sido impulsado por el hecho, fácilmente constatable, que la técnica ha invadido la medicina, concediendo avances extraordinarios en los tiempos actuales: órganos del

⁸ Abogado de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Seguros de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Seguros y Gerencia de Riesgo de la Universidad Pontificia de Salamanca, España.

cuerpo humano son extraídos, manipulados y trasplantados de un cuerpo a otro con asombrosa evolución técnica; las técnicas de la reproducción asistida, las modernas técnicas de radiodiagnósticos, los rayos gamma que pueden superar al bisturí, el proyecto genoma humano (Costales, 1995).

Como lo pregona la doctora Mónica Lucía Fernández Muñoz en su tesis doctoral denominada “La responsabilidad Médica, Problemas actuales” (Feger, 2002), en ella manifiesta que:

El ejercicio de la medicina se ha transformado con el pasar del tiempo. En la actualidad, la relación médico-paciente, personalizada en un tiempo, ha sido llevada a su mínima expresión y ha sido transformada por una relación despersonalizada. Hoy en día, es más común encontrar pacientes que por una negligencia no atribuible al personal médico, sino a la estructura hospitalaria, pierdan la vida o se encuentren ante complicaciones no justificables.

El ejercicio de la ciencia médica no es exacto y su mismo ejercicio entraña riesgos. Sin embargo, la responsabilidad civil médica, sigue el esquema general de la responsabilidad civil, por ello, quien pretende sean resarcidos los daños o perjuicios que se le han ocasionado al paciente o sus familiares, deberá acreditar ante el juzgador los mismos elementos de esta, tales como el daño, el hecho generador o culpa y la relación de causalidad; obligando al paciente, familiares o perjudicados y víctima a la carga de la prueba.

Ahora bien, el desarrollo de las nuevas jurisprudencias, el análisis causal (que se llamará ahora imputación normativa) implicará agotar dos pasos: el primero orientado a identificar el universo de causas naturales que dieron lugar al daño (todas las causas que fácticamente incidieron) y el segundo, en el que el operador deberá seleccionar cuál de tales causas le es jurídica o normativamente imputable al agente dañador, si la hubiere (lo que los sistemas europeos denominan el *Scope of Liability*).

El problema jurídico en todos los casos de responsabilidad médica es determinar si las actuaciones realizadas en desarrollo de la atención que se brindó a la víctima guardan o no conformidad con la *lex artis*, situación que no es pacífica por las condiciones mismas del paciente y sus familiares, quienes carecen de los conocimientos técnicos y científicos que les permitan

tener esas valoraciones de una forma certera, sin que haya lugar a especular si con la utilización de unos procedimientos distintos se hubiera evitado la afectación sufrida por el paciente o conseguido otro resultado, precisó la Corte Suprema.

Los pronunciamientos sobre la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica han ido divagando en el tiempo, cambiando posturas jurisprudenciales y doctrinales, fluctuando entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva, incidiendo de forma directa en la obligación probatoria, a quien le corresponde probar los supuestos de hechos que se reclaman, esto determina que la carga probatoria le corresponde al paciente o sus familiares; es a ellos a quien les corresponde el *onus probandi* para este tipo de procesos.

Cuando nos enfrentamos a responsabilidades derivadas de una mala praxis médica, conforme a la regla general probatoria, la carga de la prueba radica en cabeza del paciente o sus familiares; sin embargo, de cara a la práctica judicial y a la obtención de sentencias favorables, estamos sentados en un campo probatorio donde es difícil acreditar el nexo de causalidad entre el comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, aparece dentro de ese lugar inhóspito la doctrina de la pérdida de oportunidad, que nos permite analizar la probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida, que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser reparadas o indemnizadas.

La doctrina de la pérdida de oportunidad pretende demostrar el incumplimiento de una obligación emanada del contrato de atención médica, que ese incumplimiento genera en el paciente la imposibilidad de que su organismo reaccione de forma favorable ante un tratamiento o limita las mismas probabilidades de beneficios del tratamiento médico, es a su vez considerado como un perjuicio autónomo, que debe ser reparado de forma independiente del daño final, situación que ha sido aclarada por las altas cortes, en particular por la Sección Tercera el Consejo de Estado.

Este tipo de daño surge cuando la actuación del personal médico o instituciones reducen la expectativa que pudo haber tenido la víctima de padecer una pérdida menor. Ello se evidencia cuando no es posible establecer un nexo causal entre la actuación del personal médico o

instituciones y la afectación concreta que sufre el demandante, a través de las pruebas arrimadas al proceso.

Sin embargo, la teoría es más sencilla que la práctica, los demandantes, pacientes, o sus familias, están obligados a probar cómo esa omisión específica reduce significativamente la expectativa que pudo haber tenido la víctima de padecer una pérdida menor, trasladándose al campo probabilístico. Este trabajo presenta un análisis sobre la carga de la prueba necesaria que permita llevar al juzgador la certeza sobre de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica.

1. Cuestiones previas de responsabilidad médica

1.1. La responsabilidad civil médica

En este aparte, ubicaremos jurídicamente la responsabilidad del galeno cuando en el ejercicio de su actividad ocasiona perjuicios al paciente o a sus familiares, distinguiendo entre los daños causados por el médico, sin que este haya realizado un acto médico que pueda eventualmente catalogarse como defectuoso o cuando son daños causados por actos médicos defectuosos, exponiendo algunos conceptos básicos.

1.2. Conceptos básicos

En este apartado se hace alusión a conceptos básicos que ayudarán a comprender el contexto en el que se desarrolla el presente trabajo.

1.2.1. Responsabilidad jurídica

El concepto de *responsabilidad*, posee diversas acepciones, como aspecto general el concepto de responsabilidad proviene del latín *responsum*, que es una forma latina del verbo responde (responder), habilidad (habilidad) (Larrañaga, 1996). La real academia española, lo menciona como la obligación moral que resulta del posible error cometido por un sujeto en un asunto determinado; la obligación de resarcir o reparar las consecuencias de un hecho o acto.

En el ámbito jurídico, el término responsabilidad jurídica proviene del latín *spondere*, prometer, que al anteponer el prefijo *re*, adquiere el

significado de repetición o reciprocidad. La palabra responsabilidad, heredada de Inglaterra, solo empieza a usarse en sentido jurídico en Francia en el siglo XVIII cuando se incluye en el diccionario Crítico de Necker y Feraud de 1789 (Facio, 1981). De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la acepción de responsabilidad es: “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. Diferentes autores manejan el tema de la responsabilidad jurídica y dan su percepción sobre el tema, para el Doctor Pablo Larrañaga en su fragmento de la tesis doctoral dirigida por el profesor Manuel Atienza, con el título “El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporáneo”, expuesta en Fontamara, México, D.F, en el año 2000, expresa que la responsabilidad en sentido jurídico debe entenderse, desde la perspectiva de una persona que ejecuta un acto libre, como la necesidad en la que se encuentra la persona de hacerse cargo de las consecuencias de sus actos.

La responsabilidad jurídica se encuentra siempre asociada a una norma de carácter imperativo que impone obligaciones. Al hablar de responsabilidad jurídica debemos vincular varios conceptos, por una parte el ser humano como sujeto con capacidad de actuar, que ese actuar pueda afectar el mundo jurídico que lo rodea, ósea modificar, crear o suprimir situaciones de carácter jurídicas contempladas en normas imperativas, que podrían ser sinalagmáticas o no, en todo caso, siempre existirá una parte que tendrá la potestad de solicitar a la otra el cumplimiento de un precepto legal, así sea en un sentido más amplio, la sociedad como sujeto de derecho la que tenga esa posibilidad, de igual modo en aquellas acciones de tipo sociales, acciones de grupo, acciones populares o como se denominen de acuerdo a las normativas de cada país.

1.2.2. Diferentes clases de responsabilidades en que puede Incurrir un profesional de la salud en Colombia

Colombia siempre ha estado blindada de sistemas normativos que permitan la reclamación de daños o perjuicios en contra de sus responsables, no en vano podemos citar que nuestro código civil data de 1.887 y es reflejo del Code Civil promulgado en Francia por Napoleón, de fecha 21 de marzo de 1804¹; el Libro IV del código civil, correspondiente a las obligaciones en

1 El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan espe-

general y de los contratos (artículos 1494 al 2545), trata en sus primeros artículos el tema de la fuentes de las obligaciones, su nacimiento y la obligatoriedad de reparar el daño causado como consecuencia de acciones u omisiones de algún sujeto que en últimas será catalogado como responsable de los daños ocasionados. (Leer artículo 1902 C.Ci.).

Siguiendo al Tratadista Sergio Yepes Restrepo, en su texto “La responsabilidad Médica civil” (Restrepo, 2008) expone una clasificación que denomina según el ámbito o la causa, que viene a diferenciarse en cuanto a la codificación, disposiciones legales, por lo tanto, régimen aplicable y la sanción por incumplimiento de las normas, catalogando las responsabilidades producto del actuar del profesional de la salud en:

a. Responsabilidad Ético-disciplinaria: soportada en aquellos códigos éticos y deontológicos, que rigen a los profesionales de la salud (Ley 23 de 1981, en materia médica, y la ley 35 de 1989, en odontología).

b. Responsabilidad Disciplinaria: cuando el profesional de la salud ostenta la calidad de funcionario público, ciertas conductas pueden dar pie a un proceso de carácter disciplinario, con un juzgador natural, la Procuraduría General de la Nación.

c. Responsabilidad Laboral: por reglamentos internos de cooperativas, empresas, sociedades científicas, entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud de carácter privados, regulan deberes de los profesionales de la salud, sancionándolos en caso de incumplimiento.

d. Responsabilidad Administrativa: normas de carácter administrativas de obligatorio cumplimiento por las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios.

e. Responsabilidad Penal: conductas tipificadas como delitos en el código penal y cuya realización amerita por parte del Estado una sanción penal.

cialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles. Tomado de Galindo, Laura. (2011). Evolución del Código Civil Colombiano. Trabajo presentado en la Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá D.C.

f. Responsabilidad contenciosa Administrativa: cuando se encuentra involucrado como prestador del servicio de salud un ente de carácter público.

g. Responsabilidad Civil: que se traduce en la reparación de los daños causados al paciente o sus familiares a través de una indemnización de los perjuicios ocasionados.

Cada país ha adoptado de forma diferente sus sistemas de responsabilidades en materias médicas; tratándose de responsabilidad contenciosa administrativa y civil médica, tanto en Francia como en Colombia existe una dualidad de jurisdicciones, en Italia la responsabilidad civil se encarga de los casos de responsabilidad médica realizada en el ámbito público o en el privado (Fernández, 2008).

Así mismo, una conducta puede dar lugar a diversas responsabilidades, sin que necesariamente estas se excluyan entre sí, valorando que en Colombia las indemnizaciones de perjuicios derivados de daños, no son fuente de enriquecimiento, sino un factor que permita colocar al paciente, víctima o familiares, en la situación exactamente anterior al daño, o al menos, lo más próximo a esta, por lo que se habla de reparación de perjuicios, en palabras de la Corte Constitucional “El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”, a diferencia de sistemas donde se utilizan las indemnizaciones a modo de reproches sociales o ejemplarizantes, como en los sistemas de *common law*, principalmente en países como Estados Unidos, bajo el denominado daño punitivo o *punitive damage* (Matamorros, 2003).

1.2.3. De la responsabilidad civil profesional

La responsabilidad tan solo viene definida en sus distintas clases o especies: civil, penal, administrativa, entre otras; pero el hecho característico es cuando un profesional liberal con su conducta incurra en ella, dándole una característica diferente, por lo que se estima que es una responsabilidad especial en atención a dos situaciones particulares, por un lado, el carácter profesional del prestador del servicio, en concreto del médico o profesional de la salud en general; y por otro, la mayor intensidad de su responsabilidad (Costales, 1995).

Cada una de las actividades denominadas como liberales, entiéndase arquitectos, abogados, médicos, etc., poseen características diferenciadoras, que una vez enmarcadas dentro del tema de la responsabilidad, comportan unas cualidades especiales que las hace diferentes entre ellas mismas, y de esa manera actuará la institución de la responsabilidad sobre ellas; sin embargo, tienen unos aspectos que se pueden denominar como comunes o generales, tema que se encuentra desarrollado de una forma clara en el texto manual del seguro de responsabilidad civil de la fundación Mapfre (Mapfre, 2004), agrupándolas de la siguiente manera:

a. Previa contratación a través de un contrato de prestación de servicios: por lo general la relación que vincula al cliente con el profesional, se maneja a través de la figura del contrato de prestación de servicios, que impone obligaciones *intituo personae*. El cliente contrata al profesional en razón de sus cualidades personales, su saber profesional, su conocimiento sobre la materia y aspira que sea únicamente este, quien realice la labor para la cual fue contratado. La relación se desarrollada mediante contrato de prestación de servicios. La anterior interpretación sobre la existencia de contrato previo, no excluye la existencia de supuestos donde la responsabilidad civil profesional sea extracontractual.

b. Los elementos para estructurar la responsabilidad civil profesional son los generales para cualquier tipo de responsabilidad, una acción u omisión antijurídica, la existencia de un daño, la relación de causalidad o nexo de causalidad entre ambos y la existencia de culpa o negligencia.

c. La regla general es que nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultados, lo que implica que el profesional pone todo su conocimiento, experiencia y cualidades para resolver de la manera más adecuada la labor a él encomendada, sin que la no obtención del resultado esperado implique la responsabilidad del profesional.

d. La responsabilidad civil profesional, trae un aspecto muy propio y característico de ella, que es el reconocer la transgresión de la denominada "*lex artis*" o "*lex artis ad hoc*", conjunto de reglas profesionales generalmente aceptadas para un caso concreto.

Los aspectos que hemos enunciado de forma general, no son limitaciones para que en cada profesión se den otras características.

1.2.4. La responsabilidad civil médica en Colombia

Una obligación en sentido jurídico, no es otra cosa que un vínculo en virtud del cual una persona llamada deudor está constreñida (obligada) a dar a otra, llamada acreedor, una cosa, o a realizar un hecho positivo o negativo, no es otra cosa que cumplir algo, a lo cual nos hemos comprometido². Este algo o aspecto que debemos cumplir, puede estar enmarcado en una norma, en un convenio, en un contrato, en un cuasicontrato o ha nacido de un delito; entre el galeno y su paciente, nace un vínculo obligacional, donde existen prestaciones recíprocas, que se desarrollan a través de hechos jurídicos lícitos.

Ahora bien, la responsabilidad civil del galeno viene dada cuando esos hechos jurídicos han generado infracciones de carácter ilícitas. La responsabilidad civil médica está dada o tendrá su fundamento en los hechos de carácter ilícitos, que se han generado del vínculo obligacional entre el galeno y el paciente, en sentido amplio, entre el sector salud privado y un paciente.

1.2.5. De la responsabilidad civil contractual y extracontractual tratándose de la profesión de la medicina

Como manifiesta Miriam Cueto Pérez (1997), doctora en Derecho, desde que el hombre cambia su modo de vida y asume el vivir en sociedad, de sus acciones u omisiones se derivan daños a los bienes, derechos de los demás y podemos agregar daños entre ellos mismos, en esa medida mientras esa convivencia se intensifica, se van creando nuevas relaciones y este tipo de comportamientos resultan inevitables. Es allí donde, a través de los institutos jurídicos de las responsabilidades, se aportan soluciones, así cada comportamiento dañoso causado a otro integrante del conglomerado social irá unida una sanción jurídica, que obliga al sujeto activo de la conducta a reparar los daños causados a los perjudicados.

Tradicionalmente las conductas que comportan daños sociales vienen enmarcadas en dos regímenes, los cuales se identifican de acuerdo al origen

² Para profundizar sobre el tema de las Obligaciones consultar Pérez Vives, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Vol. I Parte Primera De las Fuentes de las Obligaciones. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá – Colombia. Leer artículo 1495 del Código Civil, sobre fuentes de las Obligaciones.

o su fuente, por un lado, el daño puede derivarse del incumplimiento de un pacto previamente establecido, estaremos entonces ante una responsabilidad de tipo contractual; por otro lado, si el daño proviene de una relación de carácter genérica la cual se encuentra fuera del ámbito de cualquier relación jurídica previa entre las partes, nos encontramos ante una responsabilidad de tipo extracontractual.

El sistema normativo colombiano acoge la teoría dualista de separación, existente entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, definiendo la responsabilidad civil contractual como la resultante de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido, siendo un derecho de crédito de orden privado y orbita dentro de un campo exclusivo y limitado; es decir, cualquier tipo de perjuicio ocasionado solo debe ser originado por el incumplimiento, y de acuerdo a lo que hayan pactado las partes. Mientras que la responsabilidad civil extracontractual es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un hecho jurídico (delito o ilícito de carácter civil), generando que exista una gran diferencia en sus efectos.

La primera obedece a la autonomía de la voluntad privada, por un acuerdo de voluntades que es ley solo para las partes, y la otra se produce como consecuencia de la voluntad del Estado plasmada en la ley. Ambas responsabilidades se orientan hacia un mismo objetivo que es la reparación de un daño causado, el elemento subjetivo se concentra mucho más en la responsabilidad civil contractual como criterio determinante, así ambas sean de tradición culpabilista, como expresamente lo señalan los artículos 63, 1604, 2341 y 2356 del Código Civil colombiano.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia³ señala que el pago de una indemnización por daños causados en la responsabilidad civil contractual pueden definirlo las partes, mientras que en la responsabilidad civil extracontractual pueden verse afectados bienes jurídicos, donde solo el Estado, a través de su poder impositivo y coactivo, puede intervenir incluso de manera oficiosa, como es el caso de los daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas, donde el grave riesgo o peligro que estas

³ Esta información la podemos encontrar en la sentencia de la Corte Suprema de justicia, sala de casación civil, 24 de agosto de 2009. Magistrado Ponente Willian Name Vargas. Bogotá.

actividades comportan para los demás, elimina toda presunción de culpa, elevándola al nivel de responsabilidad objetiva.

La concepción dualista de la responsabilidad civil que tiene el ordenamiento jurídico colombiano invita a no confundir su tratamiento por estar reguladas en forma autónoma e independiente y en capítulos distintos del código civil, ya que tienen causas diversas, y lo consignado allí en materia de reparación está lejos de coincidir. Aunque las dos compartan la existencia de un daño y este deberá ser resarcido o reparado, el régimen legal al cual se encuentran vinculadas hace que la forma de probar los daños que se tienen que resarcir o reparar cambie sustancialmente; la diferenciación entre ambas responsabilidades tiene su importancia más en el aspecto procesal que en la contemplación teórica de ambos (Fundación Mapfre, 2004).

Con el tiempo y con el advenimiento de nuevas doctrinas, los tribunales abandonaron su posición y admitieron que la responsabilidad de los profesionales de la medicina podía ser también de tipo contractual, según el caso⁴, exigiendo la culpa como requisito para establecer la responsabilidad del médico en todos los casos. En Francia desde 1936 se adoptaría la naturaleza contractual de la responsabilidad médica como regla general.

Nuestra jurisprudencia, de igual forma, fue en caminándose hacia esa doctrina, desde la sentencia del 5 de marzo de 1940 se manejó que la responsabilidad de los profesionales de la medicina podía ser de tipo contractual o extracontractual, según el caso, al igual que se desarrolló que la obligación del galeno era una de obligación de medios y no de resultados, sobre lo cual profundizaremos más adelante.

Habrán entonces circunstancias que no se encuentran relacionadas con el acto médico como tal, o bien, otras en las cuales no medie un previo acuerdo entre paciente-médico, por ende, esos daños causados por el médico generan una responsabilidad civil de tipo extracontractual (por fuera de un contrato), sin adéntranos en el ámbito de la obligación

4 Fallo Thouret-Noroy del 18 de junio de 1935 en Francia, manifestaba que la responsabilidad médica solo tenía un fundamento delictual, sin embargo el fallo Mercier de fecha 20 de mayo de 1936, otorgo a la la responsabilidad médica un fundamento contractual. Consultar a la Doctora Fernández M, Mónica Lucía. (2008). *La Responsabilidad Médica: Problemas Actuales*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia.

subyacente de seguridad que expondremos más adelante, consideramos que para determinar la existencia de responsabilidad civil extracontractual o contractual del médico, habrá que delimitar, por una parte, las obligaciones inherentes al contrato de prestación de servicios médicos, pues esta nos ayudará a determinar el acto médico contratado; y por otra parte, una delimitación temporal espacial de esa obligación.

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo, en sus obras “Tratado de Responsabilidad Civil” y en su monografía titulada “Sobre la prueba de la culpa médica” (Jaramillo, 2010) expone varias situaciones que nos podrán servir como ejemplos, en la cual se menciona que cualquier daño producido antes o después de que el médico actué sobre el paciente, solo compromete la responsabilidad extracontractual del médico por no existir aún la obligación contractual, el togado cita un fallo de la sala civil de la Corte de Casación Francesa de fecha 10 de enero de 1990, que determinó que “*el contrato celebrado entre el centro médico y el paciente se limita a la consulta y a los cuidados.*”, en cambio cualquier daño que sufra el paciente cuando está bajo el cuidado del médico será contractual.

La distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, se fundamenta cuando se trata de establecer responsabilidades al interior de los equipos de trabajo médicos, el cirujano a cargo de una intervención responderá contractualmente por la culpa en que puede incurrir un miembro del equipo de trabajo, que no se encuentra ligado contractualmente al paciente, pero si ambos han contratado con el paciente, ambos responden contractualmente.

1.2.6. Obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Las obligaciones de medios son aquellas obligaciones del deudor, en la cual su compromiso se encuentra ligado a la utilización de medios idóneos en la realización de la tarea a él encomendada, mientras que en las obligaciones de resultado lo importante es el resultado obtenido. Cuando el deudor se compromete a realizar una actividad, estamos en presencia de las obligaciones de medios, con total independencia de las consecuencias. Su compromiso estriba en desplegar una actividad diligente, dirigida a satisfacer, en lo posible el interés primario del paciente, que dista de un resultado particular. Por lo que su cumplimiento o incumplimiento son independientes del resultado esperado por el acreedor. Depende única y

exclusivamente de la actuación diligente o negligente del deudor, por lo que no se podrá endilgar responsabilidad bajo el supuesto de que no se obtuvo el resultado esperado. La obligación se traduce en colocar o dispensar los medios indispensables y necesarios.

Cuando el deudor no solo se compromete a desplegar y desarrollar una actividad básica, sino a cumplir un resultado, de modo que, si no obtiene el resultado, no se extingue la obligación a su cargo, por más diligencia que haya empleado, habida consideración que el cumplimiento en esta tipología prestacional, no se reduce a tratar o intentar, sino a conseguir resultados efectivos.

Tratándose de responsabilidad médica, diversos debates se han planteado sobre las obligaciones que adquiere el galeno y su naturaleza. Con el ya mencionado fallo Mercier del 20 de mayo de 1936 en Francia, la jurisprudencia acogió la distinción promulgada por Demogue, considerando que la obligación del médico era de medios y no de resultado (Fernández, 2008):

Entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que comporta, para el médico, el compromiso, si bien no de curar al enfermo, al menos de procurarle los cuidados médicos (asistencia médica), pero no cualquier cuidado, sino cuidados concienzudos, atentos y, salvo circunstancias excepcionales, conformes a los datos adquiridos de la ciencia.

El aleas, específicamente el aleas terapéutico, nos muestra que la curación de un paciente no necesariamente se encuentra ligada únicamente a los cuidados diligentes de su médico, a su pericia profesional, la curación se encuentra ligada en gran medida a factores exógenos que escapan a su actuar, por lo que el médico deberá solo comprometerse a lo que efectivamente podrá garantizar, que es la utilización de los medios idóneos cuya naturaleza consientan en llegar a un resultado, pero en ninguna medida directamente al resultado.

En la práctica, las obligaciones de resultado son el aspecto general y las de medios son la excepción, aunque en el campo de la medicina sean la regla general por la prestación debida; ambas se traducen en obligaciones de hacer, lo que entraña un preciso y delimitado comportamiento o una actitud a cargo del deudor. Por lo que el primer campo es determina que

estamos en presencia de prestaciones de hacer, una actuación de carácter positiva, encaminada a la satisfacción del derecho crediticio radicado en cabeza del acreedor.

Nuestra jurisprudencia ha sido influenciada por el fallo Mercier de 1936, por lo que nuestra Corte Suprema consagró en el fallo de 5 de marzo de 1940, acogiendo que, por regla general, la obligación del médico no es de resultado si no de medios. Siguiendo la misma línea, en sentencia de fecha 12 de septiembre de 1985, la corte señala, que hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso, si no exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, por lo que el médico solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo.

Por regla general, el profesional médico adquiere obligaciones de medios, por lo que su actuar deberá ser con prudencia y diligencia en el acto médico encomendado, tratándose de obligaciones de resultado, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido ciertos casos de intervenciones o procedimientos médicos, que por sus especiales características son denominados de resultado, como la responsabilidad sin culpa de los médicos y de los establecimientos hospitalarios por defecto de los productos de salud (en Francia); la responsabilidad de los establecimientos por infecciones nosocomiales; la obligaciones de exactitud inherentes a ciertos exámenes corrientes y simples; cuando el médico de forma consiente se obliga a obtener un resultado; las cirugías estéticas embellecedoras (sentencia 2423, 1986), dejando por fuera las reparadoras que siguen la regla general; la obligación del médico obstetra consistente de traer un bebé al mundo luego de haberse desarrollado un embarazo regular (sentencia, 12123, 2000); la utilización de cosas peligrosas durante la realización de un acto médico⁵; la obligación de seguridad derivada del contrato de hospitalización⁶; la obligación de custodia y vigilancia a cargo de los establecimientos mentales (sentencia 3532, 1993); la práctica de exámenes radiológicos (sentencia 12655, 1999); la obtención de exámenes de laboratorios (sentencia 12548,

5 Véase con precisión en la sentencia de la Corte Suprema De Justicia, sala de casación civil, 14 de octubre de 1959. m.p. hernando morales.

6 Véase con mayor precisión en la sentencia de la Corte Suprema De Justicia, sala de casación civil, 12 de septiembre de 1985. m.p. horacio montoya gil.

2000); la obligación de realizar la intervención médica; la ejecución de exámenes de diagnósticos; la obligación de utilizar equipos o instrumentales especializados que faciliten la labor del cirujano; algunas cirugías odontológicas como fijaciones de prótesis dentales o blanqueamiento estético; ciertos procedimientos como vasectomía o ligaduras de trompas; y la realización de procedimientos donde se pueden garantizar resultados, tales como una operación de amígdalas, la apendectomía, los procedimientos ambulatorios entre otros (Fernández, 2008).

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado, tendrá su importancia práctica al momento de la materialización de los daños y más aún en la forma en que la persona que se encuentra afectada desea probarlos, en la forma en que el demandante deberá desplegar la carga probatoria para lograr que su pretensión prospere.

Siendo la obligación del galeno por regla general una obligación de medios, el demandante tendrá que probar la culpa del médico, que este no utilizó los medios concienzudos, solícitos y que no actuó conforme con los datos adquiridos por la ciencia, que su pericia médica así lo indicaba.

1.2.7. De los actos médicos y sus características especiales

La actividad medica comporta una series de facetas que la hacen especial, diferente a cualquier otra, sobre todo si consideramos que se desarrolla en el marco de un área sensible, que debe ser protegida desde cualquier punto de vista, como es el cuerpo humano, donde se vinculan una serie de elementos, el modo en que se interactúa influye para que los ojos de la sociedad la vigilen; no podemos desconocer que dentro del campo de acción o de la relación médico-paciente siempre van a estar inmersos aspectos tales como la dignidad humana, el respeto al ser humano, la inviolabilidad de la libre disposición y muchos otros factores determinantes para que la práctica de la medicina, sea considerada una de las profesiones más importantes de nuestra sociedad, todo esto desarrollado a través de la relación que el galeno pueda entablar con su paciente en el acto médico.

El acto médico se concreta en la relación médico-paciente por lo que en realidad viene a ser una forma especial de relación entre personas, una de ellas con unos conocimientos científicos, adquiridos a través de años de estudios de las técnicas y protocolos médicos para tratar enfermedades, y

otra que, por lo general, presenta una dolencia que imposibilite el normal desarrollo de su vida; el enfermo, quien acude motivado por esa alteración en su salud al médico, quien debe estar en capacidad de orientar y tratar para sanar, después de hacer un análisis de la situación, determinando el tipo de enfermedad que el primero presenta.

A medida que la medicina avanza resulta más difícil hablar de acto médico, en sentido estricto y de forma singular, la modernidad, con los avances científicos conlleva a que hablemos del acto médico como un acto complejo, podemos encontrar que existen actualmente actos de prevención, de diagnóstico, de prescripciones médicas, de tratamientos médicos, de rehabilitación, entre otros, desarrollados, en algunos casos, por un grupo de especialistas, lo que influye de forma directa sobre la responsabilidad médica.

El acto médico es la forma mediante la cual el médico desarrolla su actividad, utilizando toda su experticia y conocimiento científico-médico, para procurar aliviar o curar la patología o enfermedad que presenta el paciente. A través del acto médico se promueve la salud, se previene la enfermedad, y rehabilita al paciente.

Como plantea Mónica Liliana Osorio Arango, Doctora, en su trabajo de tesis denominado “Breve aproximación a algunos aspectos de la responsabilidad penal médica”, el acto médico posee cuatro características: solo puede ser realizado por una profesional de la medicina, lo que plantea una profesionalización; su ejecución debe estar de acuerdo a la “*lex artis ad hoc*”, lo que plantea una ejecución típica; debe tener un objetivo de curación o rehabilitación del enfermo, un fin altruista; y debe estar sujeto a las normas imperantes, debe ser lícito.

Los actos médicos pueden ser de carácter directo, indirectos (Arango, 2002) y documentales; los de carácter directo son aquellos mediante los cuales el galeno realiza intervenciones médicas con el objetivo de obtener la curación o alivio del enfermo, sin que el médico pueda comprometerse a obtener el resultado. Como bien lo hemos indicado, comprometiéndose a utilizar toda su pericia y conocimiento, en el procedimiento avalado por la ciencia médica. Pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

De los actos médicos la doctrina pregona, que se pueden desprender dos tipos de consecuencias de carácter jurídicas, las que tienen su fuente en el acto jurídico (“responsabilidad” por el acto) y las que tienen su fuente en los hechos jurídicos (“perjuicios” indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el).

Estos tipos de consecuencias, solo son posibles en la medida que existan normas jurídicas que impongan obligaciones o de contenido obligacional, como las que encontramos en códigos, ya sea civiles o penales, en las cuales aparecen vinculados aquellos derechos que denominamos de carácter subjetivo de las partes que intervienen en el acto médico, como son el profesional médico y su paciente.

Las actuaciones del médico, por lo regular van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, como lo hemos manifestado en párrafos anteriores, que por regla general y en la mayoría de los casos, una obligación de medios y solo en algunos eventos, una obligación de resultado, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto o lo incumple, si no actúa en concordancia con los preceptos médicos científicos aceptados.

Si el resultado es bueno, surge en favor del profesional de la salud un crédito, un derecho a cobrar honorarios. Si el resultado afecta derechos del enfermo, surge en su contra la responsabilidad, la cual se juzga, precisamente, con base en la *Lex Artis*.

El doctor Carlos Ignacio Jaramillo, en su obra denominada “Responsabilidad Civil Médica” (2002), hace referencia a las diferentes particularidades que componen la actividad médica, facetas que le otorgan un carácter particular al acto médico como tal, las cuales mencionan que son la dimensión técnico-funcional; la dimensión ética y la dimensión jurídica.

Esto para significar que el acto médico comporta una serie de aristas, las cuales tendrán que ser analizadas en su conjunto, cuando intentamos desentrañar el gran espectro de la responsabilidad de los galenos, sea que nos encontremos en el campo civil, penal u otro, que su importancia radica en donde este se materializa, de la misma manera en que el ingeniero puede desarrollar su labor en una construcción y crear grandes edificaciones, de

esa manera el médico desarrolla su labor en el cuerpo humano, lo sana, rehabilita y recupera.

1.2.8. Sobre la “*lex artis*” y “*lex artis ad hoc*”

Estos conceptos fueron desarrollados por la jurisprudencia, convirtiéndose en conceptos inseparables del tema de la responsabilidad médica. Cuando hablamos de *lex artis*, bien podemos traer el concepto que manejó el Tribunal Supremo de España, en su sentencia del 11 de marzo de 1991, que fue el criterio adoptado por nuestra Corte, y señalaba que esta consiste en:

... Aquél criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada.

Nos referimos a la *lex artis* como criterios o reglas de caracteres generales aplicados a casos iguales o parecidos, conforme a criterios objetivos de cuidados, estamos ante casos o situaciones previamente estudiadas y conocidas, hay que valorar el estado de los conocimientos científicos y técnicos, agregando el respeto de las pautas deontológicas, éticos y derecho médicos; lo importante es atender a la existencia o no del cumplimiento, de reglas técnicas incuestionables, que pueden estar o no estandarizadas y protocolizadas, pero son generales y adaptables al caso concreto, que de formas directa su incumplimiento fue la causa del daño.

En las últimas jurisprudencias el concepto de *lex artis* (ley de las artes), se utiliza como criterio delimitador de responsabilidad. Así, la sentencia del tribunal supremo de 22 de diciembre de 2001 une el concepto de infracción de la misma con el relativo a la antijuridicidad del daño, y considera que, si la intervención de que se trate está indicada, y se ha realizado conforme al estado de la ciencia o del saber en el momento de la misma, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico; es decir, no es contrario a la norma y, por tanto, el paciente tendría obligación

de soportarlo. “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos...”.

La *lex artis* o *lex artis ad hoc*, como norma de conducta, se analiza acompañada del parámetro abstracto y subjetivo de la conducta del profesional médico, acudiendo a un parámetro que se ha denominado el comportamiento del buen profesional.

2. Teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad médica

El galeno o profesional de la salud tiene una responsabilidad con la sociedad y obligaciones jurídicas, las cuales se encuentran divididas en una serie de obligaciones que de frente a la actividad médica y al contacto con los pacientes hacen que esta obligación sea de carácter complejo.

Aunque el médico no se encuentre formalmente obligado a obtener un resultado final en la atención, su comportamiento durante el desarrollo del acto médico sí puede influir directamente en la manera que el tratamiento sea acogido por el organismo del paciente, de modo que, puede ser acogido de forma grata o no generar los resultados esperados por circunstancias como demoras en su aplicación, un diagnóstico incorrecto o un tratamiento errado.

Nuestras altas cortes, han intentado desde el mundo jurídico darle sentido a la obligación del galeno, mezclando la responsabilidad social de esta actividad y surgiendo diversas teorías que permitan verificar la tipología de daños que genera el actuar galénico dentro de su desarrollo. Una de esas teorías es la denominada por la doctrina la pérdida de oportunidad, concebida como un perjuicio autónomo, que debe ser reparado de forma independiente al daño final que puede causar una mala praxis.

La Sección Tercera del Consejo de Estado expone que la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, en su ámbito probatorio tendrá matices también autónomos. El Consejo de Estado, con fecha del 25 de octubre del 2013, Sección Tercera, sentencia 68001231500019951119501 (25869), Consejero Ponente, Enrique Gil, se expresa, con respecto a la

pérdida de oportunidad, que este tipo de daño surge cuando la actuación de la administración reduce la expectativa que pudo haber tenido la víctima de padecer una pérdida menor, entendiendo por administración la actividad médica desplegada por una institución de carácter público.

El paciente como consecuencia de una patología que determina el decaimiento de su estado de salud, deteriorando su condición física, posee de cara al tratamiento médico adecuado e idóneo que la ciencia, el arte y los protocolos médicos han determinado para tratar su afección, porcentajes o expectativas de obtener beneficios en el restablecimiento de su salud.

Cuando existe un acto de los denominados mala praxis médica, actividad médica desplegada de manera deficiente por una institución o galeno, estas expectativas son interrumpidas de manera dramática, y se evidencia que el porcentaje de favorabilidad frente a la reacción del tratamiento disminuye de manera ostensible, el paciente pierde la oportunidad de obtener esa mejoría a sus patologías, generando así un daño físico por la pérdida de esa oportunidad de recuperación, daño de carácter autónomo con matices probatorias autónomas.

El Consejo de Estado sigue expresando que ese daño se evidencia cuando no es posible establecer un nexo causal entre la actuación de la autoridad estatal y la afectación concreta que sufre el demandante, a través de las pruebas arrimadas al proceso. Según la providencia, para cuantificar el daño, es necesario que el juez aplique un análisis estadístico a la valoración del material probatorio, ante la imposibilidad de atribuirle al causante del perjuicio toda la responsabilidad por la afectación que sufra el accionante.

En el caso analizado por el Consejo de Estado y que nos ha servido como base para nuestros argumentos iniciales, el demandante había sufrido la amputación de una de sus piernas tras un accidente de tránsito. La Sección concluyó que se trataba de un desenlace previsible, aun en el entendido de que el procedimiento médico que se le brindara no hubiera derivado en contratiempo alguno. Incluso, determinó que todos los procedimientos se dieron de acuerdo con la técnica y la necesidad requeridas por el estado del paciente. Sin embargo, también encontró que las demoras excesivas dieron lugar a la pérdida de oportunidad que tenía la víctima de prolongar su expectativa de salir mejor librada de este acontecimiento.

Es decir, que la responsabilidad no se configura por la pérdida de una de las extremidades de la víctima, sino porque la actuación de la administración redujo su esperanza de no sufrir una pérdida de esas dimensiones, concluyó la corporación. La Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que el daño por pérdida de oportunidad constituye el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un deterioro. En el caso de la posibilidad benéfica, si bien, no es posible vislumbrarla con toda certeza y sin el margen de duda que se hubiese materializado en la situación favorable esperada, no se puede desconocer que existía una probabilidad considerable de haberse configurado la misma.

De este modo, el Consejo de Estado ha delimitado y definido de manera clara esta teoría, en la Sección Tercera, sentencia 630012331000200300261 (38267), de fecha mayo 31 del 2016, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth. Precisa que esta pérdida de oportunidad es un daño autónomo, demostrando que no siempre comporta la vulneración de un derecho subjetivo, toda vez que la esperanza de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor forma un bien jurídicamente protegido, cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con exclusión del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño. Sin embargo, la pérdida de oportunidad puede llegarse a confundir con otras figuras que en su aplicación podrían presentar similitudes, tales como el daño ocasionado por dificultad al obtener beneficio o evitar una pérdida, y pérdida de una probabilidad.

En concordancia con la providencia antes citada, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado y la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantiza el resultado esperado, pese a que estaba dispuesto a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización. De igual forma, precisó que para que resulte procedente indemnizar la pérdida de una oportunidad, se requiere que la ocasión sea cierta y exista, pues, si se trata de una posibilidad muy genérica se estará en presencia de un daño hipotético o eventual que no resulta indemnizable.

Para que pueda acreditarse la existencia del daño, el demandante deberá probar “el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla”.

La teoría de la pérdida de oportunidad, también conocida como pérdida de posibilidad o en Francia como *Chance*, viene a constituirse en una nueva teoría de la causalidad, que opera por incertidumbre causal, aplicada cada vez más por nuestros operadores jurídicos en los casos de responsabilidad médica.

2.1. Etimología de la pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad “expresión que se emplea usualmente en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo. La jurisprudencia y doctrina lo han tomado del sistema jurídico francés”, en el cual se utiliza la palabra *Chance*, ligada a la palabra azar, en un sentido de suerte o fortuna, oportunidad, posibilidad o probabilidad. En ese sentido, la responsabilidad civil hará alusión a la pérdida de una ocasión favorable o de obtener algún provecho o utilidad. Lo contrario de una oportunidad sería un riesgo, en que podría hablarse más bien de mala suerte y no de buena suerte.

La doctrina de la pérdida de oportunidad trata de la probabilidad, pero cuando esta es significativa, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de *Chance* irreversiblemente sacrificada. Pero se debe tener en cuenta que en dicha oportunidad debió existir una posibilidad real, seria y no una situación de eventual utilidad, ya que en este caso caeríamos en un abuso de la figura.

La pérdida de oportunidad es un medio subsidiario, ya que solo se usa cuando es imposible demostrar que esa conducta generó ese daño, cuando es imposible establecer el nexo causal entre el comportamiento del galeno y el daño sufrido por el paciente. Es utilizada en los casos de incertidumbre causal, este planteamiento se deriva de que hay “casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría

existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido”. Se delimita la indemnización al valor de la ventaja dejada de obtener, económica o personal, la cual no puede superar o ser igual a la indemnización que hubiera recibido por la pérdida de la ventaja, es decir, en el caso en que no se hubiera dado la incertidumbre causal.

2.2. Requisitos para considerar la pérdida de oportunidad como daño indemnizable

La pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, debe agotar unos requisitos para su configuración, de la siguiente manera:

a. Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde. La certeza sobre cómo ese tratamiento específico genera de cara a la patología un beneficio, que de acuerdo a los protocolos médicos y de la ciencia se encuentran ya plenamente identificados y demostrados.

b. Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Dada la actuación del galeno o la institución, la omisión, mala praxis, impiden de manera total que se materialicen los beneficios que efectivamente la ciencia médica ha demostrado que aplicando de forma pertinente los protocolos médicos, el provecho a obtener es la mejoría en la patología o el no resultado dañino para el paciente.

c. La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se encontraba para el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

Estos requisitos deben ser concurrentes para que el juzgador judicial, pueda reconocer el daño autónomo de la pérdida de oportunidad.

3. De la carga de la prueba

La carga de la prueba conocida también como el “El onus probandi” en su expresión latina, es el principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante el juez de conocimiento, es decir, quien posee la carga o deber procesal de llevar los medios de pruebas al proceso, para que sus pretensiones salgan adelante.

Su fundamento radica en un viejo aforismo del derecho que expresa: “lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba”. Por tanto, quien invoca el hecho debe demostrar las normas de derecho que sirven de respaldo a sus apreciaciones. Lo que indica este aforismo de derecho, es que el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad y, por lo tanto, posee un mayor desgaste de cara al proceso.

En concordancia con lo expresado por la Doctora Magda Isabel Quintero Pérez, abogada, especialista en Derecho Procesal Civil, docente de la Universidad Libre, directora Ejecutiva del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, quien en su artículo denominado “La distribución de la carga de la prueba: ¿deber o facultad del juez?” afirma:

Hablar de la carga de la prueba nos lleva a preguntarnos: ¿a quién le corresponde probar un supuesto de hecho?, ¿Quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho? Y, en este sentido, determinar qué debe probar cada parte en el proceso para lograr el éxito de sus intereses. Esta conducta impuesta a las partes para que acrediten la verdad de los hechos formulados en el proceso constituye una exigencia derivada del interés de cada litigante, cuyo incumplimiento deriva en la pérdida del litigio. En otras palabras, es un llamado a actuar en su propio beneficio, que corresponde con el principio *onus probandi*.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha adoptado la falla del servicio como criterio de atribución de la responsabilidad médica estatal, aunque no es menos cierto que el Consejo de Estado ha ido variando su posición respecto de la manera de probarla o de la carga probatoria, pasando desde el criterio de falta probada, aplicación de la carga dinámica

de la prueba, falla presunta y nuevamente falla probada, pero con criterios o mecanismos de facilitación probatoria, por lo que resaltaremos el desarrollo jurisprudencial de la siguiente forma:

- La postura tradicional ha sido la aplicación de la falla probada del servicio médico.
- En sentencia del 24 de octubre de 1990, proceso No. 5902 consejero ponente Dr. Gustavo de Geriff, se inició el viraje hacia la consagración de la falla presunta del servicio médico estatal.
- Con la sentencia del 29 de noviembre del 1991, se volvió a la falla probada del servicio, utilizando como criterio diferenciador las obligaciones de medio y de resultado.
- En sentencia de 30 de julio del 1992, Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, se adopta definitivamente el concepto de la falla presunta.
- En sentencia de fecha 10 de febrero del 2000, utilizando como criterio diferenciador el de actividades técnicas y científicas, se adopta el concepto de carga dinámica de la prueba.
- En sentencia del 15 de agosto del 2002, expediente 11.605 el Consejo de estado vuelve a aplicar la falla presunta dentro del concepto de la carga dinámica de la prueba.
- En sentencia 1 de julio del 2004, expediente 14.696, indica que en principio la demostración de la falla del servicio corresponde al demandante, pero que excepcionalmente es procedente la inversión del deber probatorio cuando resulte difícil su prueba.
- En sentencia de 31 de agosto de 2006, se vuelve adoptar el esquema de falla probada.
- En sentencia de 11 de noviembre del 2009 se avala la existencia de instrumentos de aligeramiento probatorio, flexibilizando la prueba del nexo causal y de la falla del servicio.
- En sentencia de 28 de abril de 2010, el Consejo de Estado acoge la teoría española del daño desproporcionado, para dar probada la falla del servicio.

- Lo que evidencia que esta no ha sido una temática pacífica en esta corte, como tampoco lo ha sido en la Corte Suprema de Justicia.

3.1. La carga de la prueba en la Corte Suprema de Justicia

Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas, regular y oportunamente allegadas al proceso, sujetas a los criterios de su valoración racional e integral, de acuerdo al sistema probatorio, que para nosotros son las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, con lo que corresponde al demandante y no al juez, la carga probatoria (*actori incumbit probatio*), al demandado corresponde demostrar in contrario (*reus in excipiendo fit acto*). Esto debido a que, al tenor del artículo 167 del Código General del proceso, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Vamos a encontrar diversos pronunciamientos al respecto, desde fallo de fecha 5 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, que establece que la obligación del médico es de medio y no de resultado; sentencia del 12 de septiembre de 1985, la cual afirma que la obligación del médico consiste en poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para la curación del enfermo. Posteriormente, en sentencia del 26 de noviembre de 1986, se ratificó la doctrina, invocando la sentencia del 5 de marzo de 1940; la sentencia del 30 de enero de 2001, la línea jurisprudencial con los criterios de la Jurisdicción Civil, que evidencia la tendencia sobre la carga de la prueba en procesos de responsabilidad médica desde 1940 hasta el año 2017.

3.2. Condiciones preexistentes y problemas de prueba en la responsabilidad civil médica

La dificultad de la prueba del nexo causal en los procesos de responsabilidad civil médica, motivada por la multiplicidad de causas a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente, que impide en estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos, lo que se ha denominado como

incertidumbre causal. Frente al problema de la incerteza causal, se han establecido tres aproximaciones diferentes:

a. Tradicionalmente han adoptado un criterio de todo o nada, conforme al cual, o bien, no existe relación de causalidad y, por tanto, no cabe imponer responsabilidad o si concurre, la responsabilidad iguala los totales perjuicios sufridos por la víctima.

b. En ocasiones facilitan la carga de la prueba reteniendo, mayormente, las características de una aproximación de todo o nada.

c. Recientemente, acuden a la doctrina de la pérdida de oportunidad.

3.3. Reparación de la pérdida de oportunidad

La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial, que permite estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística, conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente, pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente.

Así, imaginemos un caso en el cual el facultativo no diagnostica que el paciente sufre un cáncer, sino cuando ya ha devenido inoperable y que, aún detectado a tiempo, el paciente sólo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir. Según la postura tradicional del *Common Law*, conforme a la cual el demandante debe demostrar que con un diagnóstico a tiempo la supervivencia del paciente era más probable que su muerte, con bastante seguridad no se daría compensación alguna, pues dada la reducida expectativa de supervivencia aún con un diagnóstico temprano no se satisface el umbral de certeza del 51%. En estos casos, además, la preponderancia de la prueba apunta en sentido contrario, dado que existe una elevada probabilidad (70%) de que la muerte del paciente se

deba al cáncer que padecía. Sin embargo, una aproximación más racional permitiría al demandante una compensación por la pérdida de oportunidad.

Si bien, en la mayoría de casos no será posible demostrar que la negligencia médica fue la causa de la muerte o del empeoramiento de la salud del paciente, si será posible acreditar que dicha negligencia le privó de una oportunidad de curarse igual al 30%. Con ello se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria que permite presumir que el galeno, con su acción u omisión, causó un daño abstracto (la oportunidad perdida, *Lost Chance*) del que debe responder.

De este modo, no se considera la conexión directa entre la negligencia médica y la producción del daño, sino por un razonamiento a contrario, entre el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño. Se dice así que esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado, no negligente y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión médica y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción (ya que, en toda hipótesis, la certidumbre que puede afectar a la oportunidad en el plano estadístico muda en incertidumbre en el plano individual).

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia pérdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso.

Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de relación de causalidad. No obstante, parece evidente que, si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste

la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad.

3.4. Límites en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad

Más allá de las críticas a la doctrina de la pérdida de oportunidad y particularmente en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, se han establecidos unos límites que contengan su ámbito de aplicación y eviten la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba. Algunos de los criterios, ya mencionados, que sustentan la doctrina, tales como la dificultad de prueba, la injusticia a que conduce la aplicación estricta de las reglas sobre carga probatoria o la función preventiva del derecho de daños, contienen parcialmente su ámbito de aplicación, pero se muestran incapaces de diseñar una regla general sobre la pérdida de oportunidad que resuelva el problema de la causalidad en los casos siguientes:

- a. Causalidad probabilística. No existe acuerdo sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o si, por el contrario, ha de extenderse su aplicación a todos los casos, incluso a aquellos en que la probabilidad sea superior al estándar de persuasión y, por tanto, conforme a las reglas tradicionales sobre prueba permitiera la indemnización por los totales perjuicios sufridos por la víctima. Lo anterior no supone, sino la sustitución de la doctrina tradicional por una regla de causalidad proporcional, conforme a la cual el agente siempre será considerado causante del daño en función de la probabilidad estadística de su causación y condenado a pagar una indemnización acorde a dicha probabilidad.

Sin entrar en la discusión sobre la preferencia por unas u otras reglas de responsabilidad, un sector de la doctrina ha recurrido al criterio de las consideraciones sobre la regla de derecho aplicable a cada caso, como instrumento para contener la expansión de la doctrina. Así, cual sea el propósito de la norma vulnerada en cada caso ha de conducir al juzgador a aplicar o no dicha doctrina en orden a garantizar su cumplimiento.

- b. Probabilidades estadísticas muy reducidas. En segundo lugar, se ha planteado si debe imponerse un porcentaje a partir del cual sea posible obtener la reparación por las oportunidades perdidas. Con carácter general se asume en la jurisprudencia que la doctrina de la pérdida de oportunidad permite la indemnización de cualesquiera probabilidades estadísticas, incluso, aunque estas sean muy reducidas. Tan cuestionable es indemnizar con el 100% a quien solo tenía un 95% de probabilidades de supervivencia como indemnizar estas probabilidades estadísticas reducidas. No obstante, en estos casos el requisito causal se diluye y la indemnización de oportunidades muy reducidas lleva a condenar al médico por el mero incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente, acaso insignificante, lo que contradice los principios de la responsabilidad civil médico-sanitaria.
- c. Reducción estadística de probabilidades de curación o de supervivencia. La tercera cuestión a valorar es si la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta de la aplicación en los casos de mera reducción estadística de probabilidades de curación o de supervivencia en que el paciente no sufre daño alguno. Si se entiende que la oportunidad perdida tiene un valor por sí misma, entonces su indemnizabilidad sería independiente de que el paciente efectivamente hubiera sufrido algún tipo de daño. Sin embargo, con el beneficio de la retrospectión, la oportunidad estadística perdida carecía de valor, en tanto que el paciente no requirió de ella para evitar el resultado adverso. En realidad, puede afirmarse que ni siquiera se trataba de una verdadera oportunidad: el paciente no puede alegar que perdió una oportunidad, de ser esta repuesta, el resultado no sería más favorable que el definitivamente alcanzado, por lo que no debería recibir compensación alguna.

Estrechamente ligada a la cuestión anterior, se ha planteado si deben indemnizarse las oportunidades perdidas de curación o de supervivencia cuando el daño final todavía no se ha producido y es incierto si se producirá

en el futuro, lo que se conoce como *Proportional Risk Recovery*. En tales casos se indemniza, no la causación de un daño médico-sanitario, sino la exposición a un riesgo como consecuencia de la conducta médica negligente. No obstante, la aplicación de esta doctrina supone indemnizar a pacientes que jamás sufrirán daño alguno, lo que conduce a la sobrecompensación.

4. Conclusiones

En el presente trabajo hemos realizado un análisis de la carga *de la prueba de la perdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia*, con el fin de profundizar en un campo complejo como son las acciones judiciales derivadas de la responsabilidad civil médica, considerando la teoría de la perdida de oportunidad para el paciente como un factor que puede determinar una mala praxis, en tal sentido presentamos las siguientes conclusiones:

a. En este trabajo se considera la doctrina de la pérdida de oportunidad como una teoría de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, aplicada en el campo de la responsabilidad médica, tanto civil como administrativa.

b. Es utilizada como instrumento de facilitación probatoria que interviene en aquellos procesos de responsabilidad médico-sanitaria en los que, conforme a las reglas tradicionales de prueba, no hubiera sido posible acreditar la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño sufrido por el paciente.

c. Que la perdida de oportunidad plantea la existencia de una probabilidad significativa de que el daño no se hubiera producido de haberse dado la conducta debida, que aquella negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que han de ser indemnizadas. Así, la indemnización se corresponderá con la fracción de la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima, atribuible a las oportunidades de curación o supervivencia destruidas por la negligencia médica.

d. Se hace necesario contener el ámbito de aplicación de esta doctrina para evitar que su aplicación suponga la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba.

e. Se negará la reparación de la mera reducción estadística de probabilidades, así como la pérdida de oportunidad cuando la producción del daño dependa de eventos futuros.

f. La teoría de la pérdida de oportunidad es una herramienta facilitadora, pero no reemplaza el deber o carga procesal de las partes en el proceso de probar los hechos que alegan, su *onus probandi*.

Con los elementos presentados concluimos este trabajo, en el cual hacemos un análisis de la carga de la prueba de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia, comprendiendo diversas aristas, pues reconocemos que estamos sentados en un campo probatorio donde es difícil acreditar el nexo de causalidad entre el comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, apareciendo dentro de ese lugar inhóspito la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Referencias

- Arango, M. L. (2002). *Breve Aproximación a algunos aspectos de la responsabilidad penal médica* (Tesis de grado). Bogotá, Colombia: Universidad Pontificia de Salamanca.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 49 [Titulo II]. 2da Ed. Legis
- Consejo De Estado, Sección Tercera. (7 de octubre de 1999). Exp. 12655. [C.P. María Elena Giraldo].
- Consejo De Estado, Sección Tercera. (15 de junio de 2000). Exp. 12548. [C.P. María Elena Giraldo].
- Consejo De Estado, Sección Tercera. (17 de agosto de 2000). Exp. 12123, [C.P. Alier Eduardo Hernández].
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (14 de octubre de 1959). [M.P. Hernando Morales].
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (1 de febrero de 1993). Exp. 3532. [M.P. Carlos Esteban Jaramillo].
- Consejo De Estado, Sección Tercera. (11 de abril de 2002). Exp. 13122. [C.P. Alier Eduardo Hernández].
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (12 de septiembre de 1985) [M.P. Horacio Montoya Gil].

- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil (26 de noviembre de 1986). Exp.2423 [M.P. Héctor Gómez Uribe].
- Costales, J. F. (1995). *La responsabilidad Civil Sanitaria (Medica y enfermeria)*. Burgos: Alcodecoa SL.
- Constitución Española [Const. Esp.] (1978). Constitución Política de España. Artículo 43. [Título I], España.
- Facio, J. P. (1981). *Responsabilidad Extracontractual*. Bogota: Temis.
- Feger, A. R. (2003). Apuntes sobre la responsabilidad profesional en el sector sanitario. *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, (113), 119-132.
- Fernández, M. L. (2008). *La responsabilidad Médica: Problemas Actuales*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Jaramillo, J. T. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil (Vol. I)*. Bogotá, Colombia: Legis Editores SA.
- Jaramillo, Carlos (2002). Responsabilidad Civil Médica. Colección de ensayos No. 8, editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Larrañaga, P. (1996). *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporaneo*. (Tesis doctoral). México DF, España: Universidad de Alicante.
- Fundación Mapfre (2004). *Manual del seguro de responsabilidad civil*. Madrid, España: Mapfre.
- Matamorros, L. L. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damage. *Estudios socio jurídicos*, 5(001).
- Cueto Pérez, M. (1997). *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*. Valencia, España: Gradia Litografía SL.
- Restrepo, S. Y. (2008). *Responsabilidad Civil Medica*. Bogota, Colombia: Biblioteca Juridica Dike.

7. Ampliación progresiva de la cobertura vs. principio de sostenibilidad financiera en el Sistema General de Seguridad Social

Indy Nazir Lleneris¹

Introducción

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 —la cual cambio tangencialmente los requisitos para albergar el estatus de pensionado— se creó un nuevo sistema de seguridad social integral. La integralidad del sistema devenía de la regulación concentrada de todos los aspectos que comprende la seguridad social (Guerrero, 2008), entre ellos el acceso a la prestación económica denominada pensión. Ahora bien, el sistema integral de seguridad social está constituido por tres aristas: SGSS en Salud, SGSS en Riesgos laborales y el SGSS en Pensiones.

El objeto de estudio de esta investigación se enfoca en este último. Dentro de este sistema existen dos Regímenes de cotización: RAIS —régimen de ahorro individual con solidaridad—, y el RPMPD —régimen de prima media con prestación definida—. El RAIS está dirigido a las cotizaciones individuales, es decir, las realizadas por trabajadores independientes. Mientras que el RPMPD está orientado a los cotizantes vinculados al sector laboral mediante contrato de trabajo. Lo anterior implica, que el trabajador tiene la calidad de empleado, y por tanto, cumple un horario de trabajo, se encuentra subordinado y recibe un salario como retribución directa del servicio prestado.

Dentro del RPMPD existen regímenes especiales, dependiendo a veces de las calidades del trabajador, por ejemplo, cuando el trabajador ejerce funciones de dirección confianza y manejo, y otras veces de las entidades a las cuales pertenece, que pueden ser privadas o públicas.

¹ Abogada de la Universidad de Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena.

En nuestro caso optaremos por el análisis de un régimen especial, a fin de delimitar el campo de estudio². Por ello, elegiremos a un sujeto pasivo, examinando el despliegue normativo que cobija a los empleados públicos.

En este sentido, veremos como el SGSS en pensiones está diseñado con la intención de que el ciudadano pueda pensionarse. Para ello deben cumplirse con dos requisitos: edad y tiempo de servicio.

De otra parte, estudiaremos como la Ley 100 de 1993, dedicó el Capítulo primero del Título segundo a la depuración del sistema, y sostuvo en su artículo décimo que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la mencionada ley, así como propender a la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

No obstante, esta pretensión debe mirarse a la luz de otros principios del orden constitucional que amparan y direccionan el quehacer del sistema. Vale decir que mediante Acto Legislativo 01 de 2005 la Constitución Política de Colombia sufrió una modificación, más exactamente en el artículo 48 de este compendio normativo que consagra el derecho a la seguridad social. El inciso tercero del artículo que nos ocupa, retoma el objeto de la seguridad social, y reza que: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura...”. Del mismo modo, el inciso sexto indica que “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional...”.

Por tanto, tenemos que el objeto del sistema y el principio de sostenibilidad financiera no responden a intereses similares. Este estudio pretende establecer ciertos tópicos que permiten soportar el enunciado anterior, no obstante, se hace necesario manifestar que este capítulo no agota el asunto en su totalidad, pero a nuestro parecer las reflexiones al respecto

2 Este documento es resultado del proyecto de investigación en curso denominado: “Análisis del SGSS en Pensiones a luz de los Principios Constitucionales que lo orientan: Negación de la Pensión de Vejez a Empleados Públicos”, que tiene por objeto Analizar el SGSS en Pensiones, cuando mediante resolución administrativa, se niega la prestación económica a empleados públicos, a la luz de los principios constitucionales que lo orientan.

resultan valiosas, a fin de visibilizar cómo los principios orientadores de un sistema podrían estar en contraposición con el sentido inicial del sistema mismo.

1. El SGSSP en la Constitución Política de 1991

Sea lo primero señalar, que un fenómeno recurrente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, desde la expedición de la Constitución Política de 1991, ha sido la constitucionalización de las diversas ramas del derecho, entre ellas la seguridad social, superando el marco netamente legal—que se había caracterizado por su abulia frente al derecho pensional— y adquiriendo un rango constitucional, que se arguye como soporte, una vez los trabajadores han cumplido con los requisitos para albergar el estatus de pensionados, siendo acreedores del derecho a acceder a una pensión de vejez.

Ahora bien, es preciso recordar que toda norma constitucional es de estructura, y una vez se procedió a la expedición de nuestra carta política, el texto constitucional se orientó bajo la Ideología Demoliberal. La ideología que nos ocupa, se encuentra basada en cuatro pilares o principios fundamentales, como son: el Estado social de derecho, las tendencias socialistas, el liberalismo y la democracia republicana.

Lo anterior, trajo consigo ciertas implicaciones que se vieron reflejadas en la estructura del Estado. Este último pasó de ser un Estado de derecho para convertirse en un Estado social de derecho, el cual pretende establecer un orden económico-social basado en la procura de un mínimo existencial. A este mínimo existencial no solo le atañe el concepto salarial, sino que se vincula con el orden pensional, es decir, con la posibilidad material de que el ciudadano colombiano cuente con un respaldo económico a lo largo de toda su existencia, inclusive cuando se retire de sus labores en ocasión a la edad.

Es por ello que la carta política se dispuso a verificar definitivamente el derecho social del derecho del trabajo, que es el de aminorar las desigualdades e imponer la paz social (Guerrero, 2008).

En vista de estas orientaciones preliminares de nuestra carta —los principios en que se fundamenta, así como la ideología que pregona, el constituyente destinó ciertos artículos a la formación y desarrollo de la seguridad social en pensiones, concebido como sistema; entre ellos tenemos:

- Artículo 46. En lo que respecta a las personas de la tercera edad, se sostuvo que: el Estado garantizará los servicios de seguridad social.
- Artículo 48. Con su respectiva adición, mediante el art 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. Que desarrolla todos los alcances de la seguridad social e introduce el principio de sostenibilidad financiera que nos ocupa.
- Artículo 53. Este es uno de los artículos, que luego de 26 años de expedición de la Carta no se ha materializado, no obstante, mal haríamos en obviarlo, ya que, si bien no ha sido objeto de reglamentación por parte del Congreso evidenciaba el sentir del constituyente. El artículo en mención, conminaba al Congreso a expedir el Estatuto del trabajo, el cual tendría en cuenta por lo menos ciertos principios fundamentales, entre ellos la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario. Del mismo modo, señala la norma que: “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

De este inciso se desprende uno de los factores que conlleva a la reliquidación de las pensiones públicas, como lo es la indexación de la primera mesada pensional, conforme al índice de precios iniciales y finales, establecidos por el DANE.

Artículos transitorios: Es menester señalar que dichos artículos no fueron objeto de regulación de ningún tipo, como tampoco se organizaron o crearon las comisiones que adelante se señalaran.

- Artículo 47 transitorio. La ley organizará para las zonas afectadas por aguda violencia, un plan de seguridad social de emergencia, que cubrirá un periodo de tres años.
- Artículo 57 transitorio. Se creará una comisión integrada por el Gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, movimientos

políticos, campesinos y trabajadores informales, en un plazo de 180 días, para elaborar una propuesta que desarrolle normas de seguridad social.

En este sentido, se evidencia como la seguridad social en el ámbito pensional, adquiere un rango constitucional que soporta y fundamenta su aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin que ello pueda traducirse en una real y efectiva protección de los derechos que nos ocupan, tal y como se mostrará en el desarrollo de estas líneas.

2. De los empleados públicos como sujetos de estudio y su régimen pensional: precisiones conceptuales.

En primer lugar, se hace necesario establecer ciertas delimitaciones del orden conceptual, por ello es menester determinar el campo de acción y el campo de estudio objeto de estas líneas. En lo que respecta al campo de acción, estas observaciones se centran en los empleados públicos como sujetos de Derecho. Ahora bien, estará dirigida al régimen pensional y los requisitos que deben albergar estos sujetos a fin de adquirir el estatus de pensionado.

Nuestros esfuerzos van encaminados al estudio del régimen de prima media con prestación definida y las modificaciones que este ha sufrido en cuanto a sus principios orientadores, es por ello que resulta pertinente hacer ciertas precisiones.

En lo que respecta a las mentadas modificaciones sufridas por el régimen, estas no devienen exclusivamente de la Ley 100 de 1993, “ya que existen múltiples reformas, extraídas a partir de la expedición de la ley 797/2003; las leyes 168 y 712 de 2003; y el acto legislativo 01 de 2005” (Santamaría & Piraquive, 2013), no obstante, nos centraremos en las reformas introducidas por la ley 100 y el acto legislativo 01 de 2005.

Determinadas las variaciones que ocuparan el devenir de estas líneas, es menester indicar que, en lo atinente al régimen pensional de los empleados públicos, tenemos que, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 —esto es el 1 de abril de 1994— se contaba con dos disposiciones normativas que determinaban las condiciones y/o requisitos

para ser acreedor de la prestación económica que es objeto de la presente investigación, según fuere el caso.

Las disposiciones legales en mención constituían el marco legal del acceso a la pensión hallándose condensado en la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988. De otra parte, con la ley 71 se expidieron normas sobre el régimen pensional del sector público, en particular cuando el empleado público padecía la pérdida de su capacidad laboral o sobrevenía la muerte. Vale decir, que la norma en comento, determinaba las pensiones en ocasión a la pérdida total de la capacidad laboral o por incapacidad permanente parcial; asimismo estaba orientada a hacer explícitos los criterios para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Por ello, tenemos que el tema que nos concierne dentro de las presentes reflexiones está orientado a determinar si el objeto del sistema pensional –por vejez– y uno de sus principios orientadores guardan relación o se contraponen, por tanto, resulta pertinente hacer mención de otros regímenes existentes que regulaban esta materia, para indicar que si bien se ha hecho alusión a la Ley 71 de 1988, esta no contara con un desarrollo y quedara en la mera enunciación a fin de entender de forma global los criterios pensionales.

Por otra parte, tenemos el campo de estudio; obedece a criterios conceptuales que se encaminan a la determinación de algunas variables que le permiten a los sujetos de derecho identificar tópicos relacionados con los principios orientadores del sistema general de seguridad social en pensiones y sus fines últimos.

Habiendo delimitado nuestro objeto de estudio, resulta pertinente establecer las relaciones entre Funcionario público, servidor público, empleado público y trabajador oficial. Estas acepciones aparentan ser muy similares a la vista, tanto así, que han venido siendo decantadas por la Sala de Consulta, servicio civil del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional. Vemos que la Dirección de Diversidad Sexual de la Secretaría Distrital de Planeación emitió un concepto en la Comunicación de la Secretaría Distrital de Planeación, Radicación 1-2010-55021, 3-2010-41377, en el que se destacan estas precisiones:

i. Servidor público: La Constitución Política de 1991, en su artículo 123 define los servidores públicos como aquellos miembros de las

corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La anterior definición fue acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto 855 de 19961, al definir al servidor público así:

Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están «al servicio del Estado y de la comunidad» y deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. [Negritas y subrayado fuera del texto].

ii. Funcionario: Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia C-681 de 2003, contempló la definición de funcionario público en los siguientes términos:

Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos... La clasificación tradicional comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta clasificación se remonta a la ley 4a de 1913 la cual siguiendo el criterio finalista definió a los empleados públicos como los que tienen funciones administrativas y los trabajadores oficiales aquéllos que realizan las obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado. El decreto 3135 de 1968 siguió el criterio organicista para definir los empleados públicos, quienes están vinculados a los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades que ejercen la función pública.

Luego de estas precisiones, podemos abordar el concepto que nos ocupa, pero para ello será necesario diferenciarle de los trabajadores oficiales, quienes aun estando vinculados a entidades públicas gozan de un contrato de trabajo distinto.

Iniciaremos sosteniendo que el término servidor público comprende a todos los trabajadores que laboran para el Estado. Así pues, los empleados públicos y los trabajadores oficiales son servidores públicos. Dicho en otras palabras, los servidores públicos son el género, y los empleados públicos al igual que los trabajadores oficiales son especies de ese género (Alvarado, 2015).

Son empleados públicos las personas que laboran en los ministerios, en los establecimientos públicos, en las superintendencias, en los departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital, en labores distintas de las de construcción y sostenimiento de obras públicas. Los que laboran en esas entidades en la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En este orden de ideas, tenemos que los trabajadores oficiales, quienes laboran en los ministerios, los establecimientos públicos, las superintendencias, los departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital, adicional en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, así como aquellos que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado de cualquier nivel y sin que importe las funciones asignadas al respectivo organismo, con excepción de lo que desempeñen labores de dirección y confianza (Dueñas, 2003).

Por lo antes señalado podemos sostener, que los empleados públicos son una categoría de trabajadores que desempeñan ciertas actividades en las entidades estatales, contando con un contrato de trabajo, que los ubica en del RPMPD dentro del sistema pensional.

3. Principios orientadores del SGSSP en Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991

Como se sostuvo en su oportunidad, la constitucionalización de las diversas ramas del derecho ha sido un común denominador desde la expedición de la Carta Política de 1991, lo anterior debido en gran parte a las tendencias socialistas que la regentan. Vemos como en el artículo 48 de la constitución (que ya había sido mencionado en el desarrollo temático, sin que fuere objeto de mayores reparos) es el fundamento constitucional que soporta el derecho a la seguridad social en Colombia. Dentro de la norma

objeto de estudio, el constituyente primario indicó el carácter obligatorio del derecho, afianzando su calificativo de irrenunciable y sosteniendo que la prestación del mismo estaba orientada bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para el desarrollo de estos principios podemos acudir a la jurisprudencia constitucional; en Sentencia C-258 de 2013, con el Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub la Corte Constitucional hizo un análisis cuidadoso de la composición y alcance de esta garantía constitucional. En una primera medida, explicó el principio de eficiencia y la definición que la Corte le ha endilgado a este principio:

Por su parte, el principio de eficiencia requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas [Subrayado fuera del texto].

Del mismo modo, la corporación en mención en la jurisprudencia que nos ocupa agotó el principio de universalidad, señalando al estado como sujeto pasivo principal de este derecho, y por tanto, manifestando la obligación expresa de garantizar dichas prestaciones:

... Según el principio de universalidad, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social– debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables–, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

En consecuencia, se hace necesario definir el principio de solidaridad, para ello acudimos a la sentencia T-045 de 2016, con el Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se aborda desde las visiones de la mutua ayuda, propias del artículo 95 de la constitución que, dentro de los deberes y obligaciones del ciudadano, señala que debe actuarse conforme al principio de solidaridad social, así las cosas, se indica que:

... la solidaridad, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor [Subrayado fuera del texto].

Adicional a estos principios, se estableció que el Estado con la participación de los particulares, ampliara la cobertura de la seguridad social, a lo anterior, no podemos darle el alcance de principio orientador ni de objeto del sistema, ya que hasta este punto no se había establecido expresamente.

- En este sentido, los principios constitucionales mencionados orientan hasta nuestros días el sistema pensional, sin embargo, a raíz de las reformas introducidas al sistema se sumaron otros. En este orden de ideas, la Ley 100 de 1993 cuya entrada en vigencia fue el 1 de abril de 1994, afianzó los principios de la carta, esto es: eficiencia, universalidad y solidaridad; al mismo tiempo integro otros, entre ellos: integralidad, unidad y participación; no obstante, en su artículo decimo manifestó expresamente que el objeto del sistema era propender hacia la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones. En este momento, si es viable aseverar que el sistema contaba con un objeto, entendido este último como el fin último del quehacer del sistema.

Estos principios orientadores incluidos por la ley 100, en su artículo 2 se definieron, señalando que la integralidad es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de la población. Para este efecto, cada persona contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias. Por su parte, la unidad es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, así como prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; mientras que la participación es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Estos conceptos, sumados a la progresividad, aportan una mejor comprensión de los alcances que de ellos fija la Carta.

Por ello, no fue necesario acudir a un desarrollo vía jurisprudencia para establecer significados o determinar alcances. En este sentido, es menester indicar que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha utilizado estos conceptos sin que diera lugar a nuevas apreciaciones en el orden jurisprudencial, esto se observa en la Sentencia C408 de 1994 con Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, del mismo modo en la Sentencia C-760 de 2004, con el Magistrado ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

Por otro lado, tenemos la consolidación del objeto del sistema de manera expresa, pero esto será tratado en el siguiente aparte; por lo pronto, nos concentraremos en las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Este acto reformativo de nuestra carta introdujo el principio de sostenibilidad financiera al sistema de seguridad social en pensiones, además planteó la necesidad de propender a la protección de los derechos adquiridos.

En lo que ha derechos adquiridos se refiere, estos han sido objeto de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales. Lo anterior, conforme a la definición de los alcances del principio de progresividad y no regresividad que regenta a la seguridad social; debido a que la Corte ha establecido la distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas (esta última obedece al derecho civil).

En este sentido, la Corte ha sostenido en sentencia T-045 de 2016 que “configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales

que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona”; es decir, que para configurar un derecho adquirido, es necesario que se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo antes de que opere el tránsito legislativo. De tal manera, las meras expectativas “son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.

En este orden de ideas, podríamos aseverar que una de las diferencias entre estas dos instituciones radica en que, mientras los derechos adquiridos gozan de la garantía de firmeza e inmutabilidad que se deriva de su protección expresa en la Constitución (art 58), salvo casos excepcionales, las meras expectativas, por el contrario, pueden ser objeto de modificación por el legislador, pues carecen de dicha protección constitucional.

Ahora bien, en lo atinente a las expectativas legítimas y derechos adquiridos en materia pensional, la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-789 de 2002, ha sostenido que:

... Si bien es cierto, tratándose de meras expectativas no aplica la prohibición de regresividad, ello no significa que estén desprovistas de toda protección, pues cualquier tránsito normativo no solo debe consultar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que, además, en función del principio de confianza legítima, se debe proteger la creencia cierta del administrado de que la regulación que lo ampara en un derecho se seguirá manteniendo vigente en el ordenamiento jurídico... cuánto más cerca está una persona de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa en este sentido.

En este contexto, luego de la sentencia C-789 de 2002, la Corte ha indicado:

En la jurisprudencia constitucional ha surgido una categoría intermedia entre derechos adquiridos y meras expectativas, denominada “expectativas legítimas”, concepto que hace referencia a que en determinados casos se puede aplicar el principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales

próximas a realizarse de los trabajadores, cuando se trata de un cambio de legislación abrupto, arbitrario e inopinado, que conduce a la vulneración del derecho al trabajo de manera desproporcionada e irrazonable [Subrayado fuera del texto].

De lo anterior se colige que en lo que respecta al principio de progresividad y no regresividad, en Colombia podemos encontrar en presencia de los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y las meras expectativas. En lo que atañe al principio de sostenibilidad financiera, lo abordaremos en contraste con el objeto del sistema.

4. El objeto del SGSSP a la luz del principio de Sostenibilidad Financiera

Como se ha dicho, el alcance de este estudio pretende establecer ciertos tópicos que permitan soportar que el objeto del sistema y el principio de sostenibilidad financiera no responden a intereses similares, lo cual puede traducirse en que un principio orientador del sistema que en cierta medida podría estar en contraposición al fin último del sistema que orienta.

Abordando estas dimensiones, es menester iniciar con una serie de distinciones, por tanto, se hace necesario aclarar qué debe entenderse por **cobertura**. La cobertura no se asemeja a la posibilidad de cotizar o no a pensiones —esta preocupación es del orden económico—. La cobertura obedece a ser acreedor de la prestación económica denominada pensión, es decir, lograr el reconocimiento de dicha prestación (Duque & Duque, 2016).

En este sentido, se hace necesario traer a colación un pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional, que en sentencia C-078 de 2017, con el Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual se enfatizó que la mentada corporación ya se había pronunciado sobre la cobertura en reiteradas oportunidades, tales como en las sentencias C-258 de 2013, C-623 y 1024 de 2004, cuando se desarrolló el principio de universalidad, desglosando a la cobertura como una extensión del mentado principio, sostuvo que:

El principio de universalidad referido a la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social

debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc. [Subrayado fuera del texto].

De otra parte, la sostenibilidad financiera procura por el mantenimiento y pervivencia del sistema. Esto es un criterio del orden económico-administrativo, que propende al sostenimiento del sistema, con la inmersión de nuevos cotizantes, a partir del relevo generacional. “Ampliar la cobertura representa el reconocimiento de prestaciones, mientras que sostener financieramente el sistema responde a medidas de protección económicas” (Corte Constitucional, sentencia C-111 de 2006).

En este orden de ideas, la operacionalización del sistema indica que, las mesadas pensionales son productos de los aportes realizados por los acreedores (mal llamados beneficiarios de la prestación económica), pero no totalmente, sino que dependen de los aportes que hacen quienes no están pensionados (algo así como una pirámide), y si los aportes de los nuevos no alcanzan para financiar los pagos a los acreedores de la prestación, el Estado debe financiar esos pagos, lo cual hace vía impuestos, razón por la que este régimen está condenado a la desaparición, porque matemáticamente (aun cuando se propugna por su sostenibilidad financiera) no es autosostenible.

Por ello, en el ámbito nacional vemos como se niegan pensiones por requisitos mínimos, que nos hacen creer en la existencia de una política pública, que hemos denominado “la carrera de la negación”. Esto, aunque suene descabellado, es una medida —perversa— que garantiza la sostenibilidad del sistema.

Referencias

- Alvarado, L. (2015). *La Unificación y Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado en el Régimen de Transición Pensional en Colombia*. (Tesis de Maestría). Universidad Militar de Colombia.
- Dueñas, O. (2003). *Las Pensiones. Teoría, normas y Jurisprudencia*. 2ª ED. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Duque, S., & Duque, N. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen

- de prima media con Prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55.
- Guerrero, G. (2008). *El derecho laboral en la constitución nacional*. Cartagena: Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo TECNAR.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-789. Exp. D-3958. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional (2002). Sentencia 1027. Exp. D-4027. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-862. [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-111. Exp. D-5899 [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-792. Exp. D-6242. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión (6 de septiembre de 2007). Sentencia T-696 Exp. T-1616436 [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional (2007). Sentencia T-045. Exp. T-1429693. [M. P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional (2007). Sentencia T-224 [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional (2011). Sentencia T-762. Expediente T-3085282. [M. P. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-640. Exp. T-3085282. [M. P. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional (2013). Sentencia C-258. Exp. D-9173 y D-9183. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-045. Exp. T-5189723. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Congreso de Colombia (24 de junio de 1948). Sobre Procedimientos en los juicios del Trabajo. Código Procesal del Trabajo adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente [Ley 2158 de 1948].
- Congreso de Colombia (29 de enero de 1985). Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público [Ley 33 de 1985].

- Congreso de Colombia (19 de diciembre 1988). Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones. Reglamentado por el Decreto Nacional 1073 de 2002 [Ley 71 de 1988].
- Congreso de Colombia (23 de diciembre 1993). Ley 100 de. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [Ley 100 de 1993].
- Congreso de Colombia (29 de enero 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales [Ley 797 de 2003].
- Congreso de Colombia (5 de diciembre de 2003). Por el cual se reforma el Código Procesal del Trabajo [Ley 712 de 2003].
- Santamaría, M. & Piraquive, G. (2013) Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. *Archivos de Economía. Documento 398*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

8. Algunas reflexiones sobre el agua potable y el saneamiento en el marco del derecho a la salud

Liliana Páez Jurado³

Consideraciones preliminares

El texto presenta de forma panorámica, y a manera de reflexiones, la evolución y tratamiento en el ordenamiento jurídico del agua y el saneamiento como intereses jurídicos tutelados por el Estado en el marco del derecho a la salud. La finalidad no es otra diferente a la de compilar algunos de los instrumentos más relevantes, con el fin de presentar una perspectiva actual, dada la necesidad acuciante para la especie humana de protegerla, en tanto de su acceso efectivo derivan otros derechos como la salud humana, la alimentación, el desarrollo económico, la igualdad, la justicia y la libertad.

Una primera reflexión nos lleva a considerar el agua como bien social, común e indispensable para todos, encontrándose fuertemente ligado a nuestro patrimonio cultural, tal como lo indican Rodríguez, Lozano y Gómez (2012), citando a la Defensoría del Pueblo:

Un elemento identificador y diferenciador de las culturas. Este recurso natural está estrechamente relacionado con el patrimonio cultural de la Nación, y su uso y aprovechamiento debe hacerse de conformidad con las costumbres ancestrales y tradicionales, siempre y cuando se respete el medio ambiente y el interés público y social.

Las comunidades a lo largo de la historia han demostrado cómo se desarrollan en torno al auge del agua, su óptimo acceso les permite mantenerse saludables, garantizar la calidad de vida, atender la agricultura, y por supuesto la industria; estrechar relaciones comerciales, así como

³ Abogada de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

económicas con otras poblaciones, usando los afluentes fluviales y marítimos como canales de navegación.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2006), en su informe del Decenio del Agua reconoce la presencia del elemento hídrico en cada una de las etapas de la evolución de la humanidad:

El agua es probablemente el único recurso natural que se halla presente en todos los aspectos de la civilización humana, del desarrollo agrícola e industrial a los valores culturales y religiosos inscritos en la sociedad. Desde los albores de la historia de la humanidad, la necesidad y demanda de agua han sido una de las fuerzas motrices en los planos de la salud, la organización social, la prosperidad económica, la trascendencia cultural y el desarrollo.

Este elemento es vital para la naturaleza del ser humano, la interacción con el medio ambiente y la generación de la vida, también fundamental en los procesos internos de los seres vivos, pues permite el transporte de los nutrientes y conduce el oxígeno a los seres acuáticos. Su proporción dentro del planeta tierra la hace un elemento abundante y necesario para la existencia del mismo, ya que nuestra superficie se encuentra cubierta en 71% por agua (Guerrero Legarreta, 2012).

El agua se ha convertido en un foco de atención de la agenda mundial, en el informe del Decenio del Agua, publicado por la oficina de las Naciones Unidas, expresan como se han promovido esfuerzos para cumplir los compromisos internacionales que rondan los temas del agua, en el año 2015, el objetivo principal se enmarcó en tratar de elevar el perfil del agua en la agenda global, buscando mayor cooperación entre los gobiernos y otras partes interesadas, entre las naciones y las diversas comunidades, que permita el equilibrio entre los intereses económicos, las necesidades de los ecosistemas y de los pobres, con el ánimo de promover esfuerzos para garantizar la participación de la mujer en la esfera del agua y el saneamiento (Organización de Naciones Unidas –ONU–, 2015a).

Para lo cual, ha sido necesario garantizar el acceso al agua y al saneamiento como derecho humano, constituyendo este, un paso primordial para lograr que sea una realidad para todos, encaminados hacia la obtención segura del preciado recurso y al saneamiento como

un derecho legal; llegando a aquellos con “peor servicio”, con lo cual se intentan disminuir las desigualdades. De igual manera, utilizar los medios y mecanismos disponibles en el sistema de Naciones Unidas en materia de derechos humanos para hacer el seguimiento del progreso de las naciones en la consecución del derecho al agua y al saneamiento básico, procurando el cumplimiento de las responsabilidades de los gobiernos (ONU, 2015b).

Bajo estos presupuestos, el Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon, sostiene: “Un agua potable segura y un saneamiento adecuado son cruciales para la reducción de la pobreza, para un desarrollo sostenible y para lograr todos y cada uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (ONU, 2015).

El agua es un bien común, que merece una protección especial desde todas sus perspectivas, por su trascendencia en el desarrollo individual y como componente necesario para el disfrute de los derechos fundamentales establecidos en nuestra constitución política, porque el progreso de las comunidades depende sustancialmente de este recurso preciado.

Sean estas las razones por las cuales el Estado social de derecho, en cumplimiento de sus fines, de los acuerdos y compromisos internacionales ha de trabajar arduamente orientado hacia la garantía del derecho al agua, especialmente en los sectores oprimidos, que aún tienen necesidades básicas insatisfechas en relación al acceso a fuentes de agua limpia, así como al tratamiento para la evacuación de aguas residuales.

El goce efectivo de este derecho permite una población sana, supera las brechas de desigualdades, contribuye a la disminución de la pobreza y la inclusión social (Rodríguez & Vargas, 2014), es evidente que todos los sectores del Estado deben trabajar mancomunadamente en este objetivo, pues la falta, tanto de agua para el consumo como de su saneamiento básico, tienen efectos desfavorables sobre la salud, la educación, el trabajo, el medio ambiente, los ingresos, el consumo y especialmente la vida.

1 El derecho al agua potable

Nuestro planeta está rodeado de fuentes hídricas, no obstante, existen regiones que aún no tienen acceso al agua potable o que a pesar de tener en sus territorios afluentes acuíferas, no pueden hacer uso de ellas, porque se encuentran contaminadas y representan un peligro para su salud.

Para explicar esta idea iniciaremos exponiendo lo que constituye el acceso al agua potable, en términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “La salubridad y la calidad del agua son fundamentales para el desarrollo y el bienestar humanos. Proporcionar acceso a agua salubre es uno de los instrumentos más eficaces para promover la salud y reducir la pobreza” (OMS, 2017).

En atención a lo antes mencionado podemos indicar que el agua es esencial para la vida y constituye un derecho, por tanto, es prioridad que sea adecuada para el abastecimiento, además, debe contar con los requisitos necesarios para garantizar la salubridad.

Procurando el derecho al agua estamos accediendo a otros derechos fundamentales que deben ser garantizados por el Estado, pues su uso en la producción de alimentos, asegura el derecho a una alimentación adecuada; en la realización de las labores de higiene, su conexidad está dada con el derecho a la vida, a la salud, a la vida con dignidad, y en la búsqueda de los medios de subsistencia, encontramos su vinculación con el derecho al trabajo.

En virtud de su importancia el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha hecho referencia al derecho que poseemos todos a acceder a este recurso, bajo unas características específicas que propenden a la protección de la salud y de la vida: “(...) el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (ONU, 2002).

Este recurso, como lo expresa el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe contar con unas características, las cuales permitirán que el ser humano goce de él a plenitud; dentro de ellos hallamos la suficiencia, relativa a la cantidad y a la continuidad que cada individuo necesita para su efectivo goce tanto doméstico como individual; que incluya el agua para beber, el saneamiento personal, la preparación de alimentos,

la limpieza del hogar y la higiene personal. La OMS ha establecido que una persona por día como mínimo necesita 50 litros de agua para cubrir estas necesidades básicas⁴ (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006).

La salubridad es una característica relevante, pues el agua que es apta para el consumo humano debe encontrarse libre de microorganismos, sustancias químicas, hidrocarburos, aceites y peligros radiológicos o cualquier otro elemento que constituyan una amenaza para la salud humana. Las aguas contaminadas están directamente relacionadas con enfermedades como el cólera, las diarreas, la disentería, la hepatitis-A, la fiebre tifoidea y la poliomielitis, en este sentido, la OMS calcula que “unas 842.000 personas mueren cada año de diarrea como consecuencia de la insalubridad del agua” (OMS, 2016).

La aceptabilidad específica que el agua debe ser inocua y poseer propiedades de color, olor y sabor que no represente ningún peligro y que sean idóneas para el uso personal y doméstico. Las alteraciones de esta característica podrían dar cuenta de contaminantes, químicos naturales, orgánicos e inorgánicos, microorganismos acuáticos, producto de la falta de tratamiento, de un mal almacenamiento o de fallas en la distribución.

La característica que indica que sea físicamente accesible ha sido definida como la cercanía de los servicios de agua, precisando que la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos (ONU, 2010).

Lo asequible obedece entonces a la necesidad de que este servicio sea realmente para todos, por eso el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha sugerido que el costo del agua no debería superar

4 Informe Sobre el Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. “Las normas internacionales establecidas por organismos como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) sugieren un consumo mínimo de 20 litros al día de una fuente que se encuentre a un kilómetro del hogar. Esta cantidad es suficiente para beber y para la higiene personal básica. Las personas que no acceden a esta cantidad de agua ven limitadas sus capacidades para mantener su bienestar físico y la dignidad que conlleva el estar limpio. Si se consideran las necesidades de agua para el baño y para lavar, aumentaría el límite por persona hasta aproximadamente unos 50 litros diarios”.

el 3% de los ingresos del hogar (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006).

La Constitución Colombiana no desarrolla el derecho al agua, ni sus características como un derecho individual, sin embargo, el artículo 49 constitucional, consagra la atención de la salud y el saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado, y adicionalmente, el artículo 365 reafirma que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho, por lo tanto, el Estado Colombiano está llamado a asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes.

Por otra parte, el artículo 79, incluido en el capítulo de los derechos colectivos y del medio ambiente, establece el derecho que tienen todas las personas a gozar de un medio ambiente sano, y el artículo 366, por su parte, indica como finalidades del Estado el bienestar general de la población y el mejoramiento en la calidad de vida.

Para el cumplimiento de lo enunciado en la Carta Magna, es necesario que el recurso hídrico se encuentre presente, pues resulta imprescindible para garantizar el derecho a la vida, así el artículo 11, refiere el derecho a la salud; los artículos 44 y 49, el derecho al trabajo y el artículo 25, el derecho a un ambiente sano, y demás garantías fundamentales constitucionales de los habitantes del territorio nacional.

El artículo constitucional 93 por medio del cual los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico, siendo así que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual reconoce el derecho que tienen las personas al disfrute del más alto nivel de su salud física y mental, hace llamado al Estado colombiano a alinear sus políticas hacia la consecución de este derecho para su población. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976)

En el mismo sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2010, mediante la resolución 64/292, reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano, exhortando a los Estados y a las organizaciones internacionales a intensificar los esfuerzos para proporcionar un acceso económico y efectivo al agua potable y al saneamiento básico de sus habitantes (ONU, 2010).

Este derecho –reconocido como derecho humano por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)– ha constituido un gran reto para todas las naciones, e igualmente ha sido reconocido por su prevalencia en la consecución de una vida digna, permitiendo el disfrute de otros derecho humanos. “El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (Observación General No. 15. El derecho al agua, 2002).

También la citada resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas, reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento, como esenciales para la realización de todos los derechos humanos, precisando la importancia que este representa para el ser humano: “Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (ONU, 2010).

Aunque ha sido reconocido el acceso al agua potable como un derecho humano en el mundo, aún existen 663 millones de personas sin acceso al agua potable mejorada (OMS & UNICEF, 2015). También los Objetivos de Desarrollo Sostenible que se pusieron en marcha en el año de 2016 y que orientarán las políticas del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (OMS & UNICEF, 2015), por espacio de 15 años, ha motivado la creación de su sexto objetivo titulado “Agua Limpia y Saneamiento”, precisando que:

La escasez de agua afecta a más del 40 por ciento de la población mundial, una cifra alarmante que probablemente crecerá con el aumento de las temperaturas globales producto del cambio climático. Aunque 2.100 millones de personas han conseguido acceso a mejores condiciones de agua y saneamiento desde 1990, la decreciente disponibilidad de agua potable de calidad es un problema importante que aqueja a todos los continentes. En 2011, 41 países experimentaban estrés hídrico; 10 de ellos estaban a punto de agotar su suministro de agua dulce renovable y ahora dependen de fuentes alternativas. El aumento de las

sequías y la desertificación ya está empeorando estas tendencias. Se estima que al menos una de cada cuatro personas se verá afectada por escasez recurrente de agua para 2050.

Colombia no se escapa a esta problemática, la Encuesta de Calidad de Vida del año 2016, del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, indica que en promedio 89,6% de los hogares colombianos cuenta con servicio de acueducto, cuya la cobertura se halla en las cabeceras urbanas en el 97,5% y en los centros poblados y rurales en el 60,1%.

El informe del cumplimiento de los Objetivos del Milenio de Colombia publicado en septiembre de 2015 expresó que a pesar de que Colombia fue uno de los países en América Latina, que trabajó arduamente por la consecución de las metas propuestas en la Declaración del Milenio, suscrita 15 años atrás por 189 países miembros de la ONU, logrando avances en las materias propuestas, aún existen muchos retos por cumplir.

El acceso al agua y saneamiento básico, fueron desarrollados en el séptimo objetivo del Milenio que buscaba “garantizar la sostenibilidad del medio ambiente”; las cifras no son muy alentadoras cuando hablamos de las áreas rurales, el campo es el sector con más deficiencia en el acceso a estos servicios, en este sentido, PNUD (2015) explica que:

El 25% de la población colombiana vive en zona rural, de ellos 47% no tiene acceso a agua potable y el 94% no tiene acceso a alcantarillado y saneamiento. (...) La proporción de la población con acceso a métodos de abastecimiento de agua adecuados (conexión a Acueducto) en la zona urbana en 2014 es cercana al 97% en todo el país. Pese a ello, este indicador exhibe importantes brechas territoriales que merecen atención prioritaria, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una necesidad vital básica.

La Corte Constitucional Colombiana desde 1992, ha hecho importantes apuntes con respecto a la trascendencia del agua en la vida de las personas, señalando para ese año que:

El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, la

salubridad pública o la salud, es un derecho constitucional fundamental y como tal puede ser objeto de protección a través de la acción de tutela. (Corte Constitucional, sentencia T-578/92)

De igual manera la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la vida, por una esencial amenazada en la utilización del agua para consumo humano como necesidad básica, con fundamento en el artículo 366 de la Constitución en el caso específico del Acueducto la “Ciénaga de Tres Esquinas”, desagüe del río Bogotá, que se encontraba en construcción y que representó un peligro para la salud de las personas que hacían uso del acueducto (Corte Constitucional, sentencia T-232/93).

Estas primeras sentencias han amparado el derecho al agua potable, en conexidad con el derecho a la vida; posteriormente la Corte Constitucional ha considerado el agua como un derecho fundamental y se ha apropiado de las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el 2002, descritas en la Observación General No. 15, denominado el derecho al agua (Corte Constitucional, sentencia T 740/11).

Precisando que el agua es una necesidad básica, asimismo un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. Por tanto, el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación, pues se erige como un derecho fundamental e igualmente como un servicio público. De todos los habitantes del territorio nacional, quienes podrán acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficientes; el Estado Colombiano está llamado a organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Corte Constitucional, sentencia T 740/11).

Luego de este pronunciamiento las altas cortes en sus providencias hacen mención al derecho al agua como derecho humano, lo cual permite que este sea tutelado, sin el deber de actuar en conexidad con otros derechos.

2. El derecho al saneamiento básico

No solo ha sido reconocido como derecho humano el acceso al agua potable, también lo constituye el saneamiento básico, aunque únicamente es el resultado de compromisos y declaraciones internacionales, entre los que hallábamos los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y por supuesto,

los actuales Objetivos de Desarrollo Sostenible, ya que han asociado estrechamente el saneamiento con el derecho al agua, por ser fundamental para la dignidad humana y la vida digna, además, que asegurando el acceso a este servicio se están protegiendo los recursos existentes de agua potable.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha indicado al respecto que:

(...) Sin servicios de saneamiento no es posible disfrutar del derecho a una vivienda adecuada. El impacto de la falta de saneamiento en la salud está bien documentado: es responsable de hasta una cuarta parte de las defunciones de menores de 5 años y constituye una grave amenaza al derecho a la salud. El saneamiento deficiente repercute además seriamente en la calidad del agua y pone en peligro también el disfrute de este derecho. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011).

Y en el año 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, principal órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1947 con 12 miembros e integrada actualmente por 26 expertos independientes en la esfera de los derechos humanos, en desarrollo de sus estudios ha expresado que el saneamiento básico constituye: “El derecho de toda persona a acceder a un servicio de saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente”.

El saneamiento básico es vital para la prevención de enfermedades y la salud de las comunidades, la ONU (2010) también se ha referido, concluyendo que:

Todas las personas tienen derecho a un saneamiento seguro y adecuado. Las instalaciones deben situarse donde pueda salvaguardarse la seguridad física de las personas. Garantizar un saneamiento seguro también requiere una educación y promoción sustancial en materia de higiene. Esto significa que las letrinas deben estar disponibles para su uso a cualquier hora del día o de la noche, y deben ser higiénicas; las aguas residuales y las deposiciones deben ser dispuestas de forma segura y se deben construir retretes para prevenir colapsos.

Por la importancia que este representa para el goce del derecho al agua, es necesario que entremos a precisar este concepto para comprender las actividades que enmarca dentro del Saneamiento Básico: “Se refiere a todas las acciones que una comunidad debe realizar para mantener su entorno y ambiente sano, incluye mantener las aguas limpias, las basuras recogidas y las materias fecales lejos de la comunidad y en un sitio seguro” (Pimienta Gómez, 2001).

La OMS estimó en el año de 2015 que 68% de la población mundial utiliza en la actualidad una instalación de saneamiento mejorada, sin embargo, se estima que 2400 millones de personas en todo el mundo no tienen acceso a instalaciones de saneamiento mejoradas, de las cuales 946 millones defecan al aire libre.

En Colombia las cifras no se apartan de las categorías mundiales, el informe de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio nos muestra cómo nuestro país aún no logra garantizar el acceso a este servicio a toda la población, especialmente en las zonas campesinas y las localidades apartadas de las cabeceras municipales son las más afectadas por esta situación: “Por otra parte, la proporción de la población con acceso a alcantarillado es superior al 90% en zonas urbanas, pero en zonas rurales el dato de acceso a alcantarillado y soluciones alternativas se reduce a cerca de 70%.” (PNUD, 2015).

Al igual que el derecho al acceso al agua potable, el saneamiento básico también constituye un derecho fundamental, aunque sea en conexidad con este; puesto que, para desarrollarnos como seres individuales y colectivos el Estado debe garantizar un ambiente sano, propugnando por medidas anticipatorias de riesgos y daños en materia ambiental (Vargas-Chaves, 2015), con el fin de garantizar el derecho a la salud, principalmente la de los niños, que generalmente, es la más afectada por la ausencia de tratamiento de las aguas residuales; y que garantice una vida digna y adecuada.

Esto implica que los gobiernos locales y nacionales, sigan trabajando en la consecución de este derecho, que por años ha sido vulnerado, especialmente a las comunidades rurales, que no gozan de un sistema adecuado de alcantarillado, por ende, sus derechos fundamentales también afectados.

3. El Estado Social de Derecho y su responsabilidad en la prestación de los servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado

El servicio público obedece a uno de los quehaceres diarios del Estado Social de Derecho, el cual debe garantizar la prestación efectiva de los servicios públicos, contribuyendo con el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, entendidos de esta manera desde la concepción de nuestra carta política en 1991, de acuerdo con lo establecido en el Título XII, Capítulo 5 “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, en donde el constituyente estableció el objetivo fundamental de la actividad estatal, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Este es el núcleo del llamado Estado Social de Derecho, el cual ha sido proclamado en nuestro texto constitucional en el Artículo Primero, de donde provienen las garantías hacia el bienestar social de todos los asociados.

Maldonado Gómez indica que en la reforma que sufrió Colombia en el año 1936 se hablaba ya del Estado Social de Derecho, sin embargo, es solo hasta 1991 cuando se establece esta con total claridad, llevando consigo el cumplimiento de la función social por parte de los servidores públicos, quienes deben acatar la constitución y los valores en ella promulgados, dando cumplimiento a los compromisos en materia económica, social y política, garantizando ante todo la dignidad humana¹ (Maldonado Gómez, 2010).

El concepto de servicio público, fue descrito en el Código Sustantivo de Trabajo mediante el decreto 753 de 1956 donde se estableció la prohibición de huelga en los servicios públicos, indicando con esto que

1 Maldonado Gómez, Tomas. La noción de servicio público a partir de la concepción de Estado Social de Derecho. Actualidad Jurídica. 2010. Pág. 54. En Colombia se habló por primera vez del Estado social de derecho en la reforma de 1936, en la cual se menciona la función social de los derechos, pero es en la Constitución de 1991 donde se deja claro el cambio de Estado de derecho a Estado social de derecho, como producto, entre otras cosas, de que algunos servidores públicos justificaban la violación de derechos y libertades en pro de la protección de las instituciones jurídicas. El concepto de Estado social de derecho ordena no solamente cumplir con ciertas funciones sino también producir unos efectos dentro de la comunidad, desde el punto de vista de las necesidades concretas. Esto incluye un compromiso con la realidad en los campos: económico, político y social. No

se considera servicio público: “Toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas”.

Y en párrafo seguido, indica que dentro de las actividades denominadas servicio público se hallan las prestadas por las empresas de acueducto y las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones.

Este servicio público ha sido determinado por la constitución en su artículo 56 como “servicio público esencial”, de donde emana su especial protección y la labor del Estado en propender a que la comunidad en general goce de los mismos, para lo cual, de forma eficiente y planificada, deberá disponer de los recursos, destinando el presupuesto y las acciones necesarias para garantizarlo.

Cuando nos referimos a la categoría de servicio público, encontramos inmersos a los Servicios Públicos Domiciliarios, los cuales han sido regulados por la Ley 142 de 1994, ley que propende a la regulación de los servicios públicos domiciliarios y por la intervención Estatal, incluyendo los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Los servicios públicos domiciliarios presentan unos rasgos fundamentales descritos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia SU 1010, 2008) del siguiente modo:

De conformidad con el artículo 365 de la Carta, el servicio público domiciliario puede ser prestado de manera directa o indirecta por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo este la regulación, el control y la vigilancia sobre los mismos; b) Tiene un “punto terminal” en las viviendas o en los sitios de trabajo de los usuarios, el uso de cierta cosa”; c) Está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en concreto y de manera directa, atendiendo a las reales circunstancias fácticas en las que se encuentra. Así, se trata de aquellos servicios que tienden a satisfacer las necesidades más esenciales de la población y que se reciben directamente en los hogares o lugares de trabajo

sobra decir que es la dignidad humana el fundamento de este Estado.

de las personas. Por esa razón, constituyen instrumentos que permiten asegurar la realización de los fines del Estado Social de Derecho, al encontrar una relación inescindible entre estos y la satisfacción de necesidades que comprometen de manera directa derechos de rango constitucional y la posibilidad de garantizar una existencia en condiciones dignas de todos los habitantes.

También la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, institución descentralizada de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, que tiene funciones de inspección, vigilancia y control de las empresas prestadoras de los servicios domiciliarios. En la octava edición de su revista “Régimen Básico” ha indicado el sentido de los servicios públicos domiciliarios y su real alcance: “La razón de ser de los servicios públicos domiciliarios está en atender las necesidades básicas de la población, en generar bienestar, en promover la salud pública y en aumentar la productividad en general”.

La Corte Constitucional se ha referido en su sentencia de T 740 de 2011 (Corte Constitucional, sentencia T 740/11), a los compromisos del Estado en la satisfacción de los servicios públicos domiciliarios, en especial atención al acceso efectivo al agua potable:

La obligación de cumplir está encaminada a que el Estado realice acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, que posibiliten a los individuos y comunidades el disfrute del derecho al agua potable e impone al Estado que adopte medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho al agua, tome medidas para que se difunda información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua y garantice el acceso a una cantidad suficiente salubre, aceptable y accesible para el uso personal y doméstico de agua, en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

El Estado a pesar de no ser el prestador directo de los servicios públicos domiciliarios, puesto que la Constitución Política le ha permitido realizar esta labor a través de terceros, sí le impone la carga de asegurarse de la efectiva prestación del servicio a todos los habitantes del territorio nacional –artículo 365 de la Carta Política–.

De igual manera lo ha previsto el legislador, quien plantea el segundo artículo de la ley de Servicios Públicos Domiciliarios:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; 2.5. Prestación eficiente; 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

Estos preceptos constituyen los principios generales de la ley de servicios públicos; dan cuenta de los lineamientos que el Estado debe perseguir con el ánimo de garantizar la cobertura a toda la población, el acceso efectivo; solucionando las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, asegurando la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, estableciendo los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso que deben caracterizar el régimen tarifario de los servicios públicos, con el propósito de dar cumplimiento a los fines del Estado Social de Derecho.

El servicio Público Domiciliario de Acueducto, denominado también servicio público domiciliario de agua potable, corresponde a la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2013) y el Servicio de Alcantarillado, sistema conjunto de obras para la recolección, conducción y disposición final de las aguas residuales y de las aguas lluvias (Superintendencia de Servicios Públicos, 2014).

De acuerdo a lo establecido en el contrato de prestación de Servicios Públicos, las empresas prestadoras de servicios no solo deben garantizar el servicio continuo, sino la calidad del mismo, con lo cual el agua debe ser limpia, apta para el consumo humano, porque sus características físicas, químicas y microbiológicas así lo determinan. Se han regulado las actividades relacionadas con la calidad del agua para consumo humano mediante el Decreto 475 de 1998, que estableció normas técnicas sobre las características organolépticas, físicas, químicas y microbiológicas del agua.

También se ha creado un sistema de protección y control de la calidad del agua definido por el decreto 1575 de 2007, que describe las características, instrumentos básicos y frecuencias del sistema de control y vigilancia mediante la resolución 2115 de 2007. Esta última, especifica los requisitos técnicos para calcular el Índice de Riesgo para el Consumo Humano (IRCA), el cual indica el grado de riesgo de enfermedades relacionadas con el incumplimiento de las características físicas, químicas y microbiológicas.

4. Tratamiento jurisprudencial

La constitución colombiana a pesar de reconocer la importancia del acceso agua y del saneamiento básico para todos los habitantes, en alguno de sus artículos constitucionales, no proclamó el derecho al agua como un derecho individual y fundamental:

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (...)

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. (...) Artículo 356. Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de

educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre. (...) Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. (...)

Sin embargo, la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia se ha permitido desarrollar y construir el “Derecho al Agua”; en sus inicios dio gran importancia al mismo, aunque en conexidad con otros derechos, como la vida, la dignidad humana, la salud, el ambiente sano, aceptando la acción de tutela, a modo de herramienta excepcional para garantizar su protección.

Posteriormente, entre los temas abordados se sostuvo la cantidad que constituye el mínimo vital del agua, ampliando la protección del mismo, en lo que respecta al servicio público y sus características, calidad, disponibilidad, regularidad y continuidad, haciendo énfasis en la responsabilidad del Estado, la progresividad del servicio a todos los habitantes del territorio nacional, especialmente los sectores históricamente vulnerados. De esta manera lo podemos observar en las siguientes sentencias.

En 1992 se reconocía el agua como fuente de vida, indicando que la falta del servicio atentaba contra el derecho fundamental a la vida de las personas, siendo así el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, un derecho constitucional fundamental, cuando se vulnera la vida de las personas, la salubridad pública o la salud, por tanto, puede ser objeto de protección a través de la acción de tutela” (Corte Constitucional, sentencia T-578/92)

En la misma medida tuteló el derecho a la vida en 1993 cuando se estaba viendo amenazada la vida de los habitantes de una población por la utilización del agua para el consumo humano en el Acueducto la “Ciénaga de Tres Esquinas”, desagüe del río Bogotá (Corte Constitucional, sentencia T-232/93).

En igual línea versó la sentencia de 1994, en donde la Corte hace un acercamiento hacia la calidad del agua, precisando que la pureza del agua que se percibe del acueducto, es un hecho que está directamente relacionado con el ambiente sano, es por esto que, si hay un deterioro en la fuente de agua, los usuarios se hallan en un estado de indefensión y el interés colectivo se está viendo afectado, por tal razón se admite la acción de Tutela (Corte Constitucional, sentencia T523/94).

Reiterando en sentencia de 2011, que la acción de tutela es una herramienta excepcional para lograr la protección del derecho al agua, en el ámbito de la prestación del servicio público, cuando esta sea para el consumo humano domiciliario, siempre que se esté afectando otro derecho, como la vida o la salud, y será procedente para quien halle que su derecho fundamental ha sido vulnerado, a pesar de haber realizado unas mínimas actuaciones ante la empresa que presuntamente lo ocasiona (Corte Constitucional, Sentencia T279/11).

En este mismo año se pronuncia en torno al derecho al agua, considerando el concepto que estableció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”. Indicando que en el ordenamiento jurídico colombiano el agua se presenta en dos vertientes, una viene a ser el derecho fundamental, la otra, en tanto que es un servicio público (Corte Constitucional, sentencia T 740/11).

En otro de sus pronunciamientos hallamos que al hacer un estudio del derecho fundamental al agua, bajo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia constitucional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, encuentra la especial protección que debe garantizarse a los sujetos que tradicionalmente han sido excluidos, en cuanto al goce de un mínimo de agua apta para el consumo, 50 litros, con el cual puedan satisfacer sus necesidades básicas domiciliarias, prevenir los problemas de salud y en general servicios sanitarios (Corte Constitucional, sentencia T242/13).

La Corte Constitucional ha considerado que el derecho al agua es un derecho fundamental, que merece una amplia protección y unas garantías mínimas de disponibilidad, accesibilidad, calidad y no discriminación en

la distribución, es por esto que el Estado debe asegurar un mínimo vital de agua en condiciones adecuadas, disponibles, regulares y continuas, generando planes de acción que garanticen progresivamente su goce efectivo (Corte Constitucional, sentencia T 028/14).

También indica que en virtud del bloque de constitucionalidad, “El derecho al Agua” es incorporado al ordenamiento jurídico interno para complementar el capítulo de derechos fundamentales, precisando con ello que una entidad prestadora del servicio público vulneró los derechos fundamentales de un grupo familiar, en la medida en que no realizó las actividades necesarias para garantizar la cantidad mínima esencial de agua que requieren a diario ni había previsto ninguna forma de distribución que garantizara el contenido mínimo (Corte Constitucional, sentencia T790/14).

En la misma medida en el año de 2015, la Corte Constitucional ordenó al Acueducto Metropolitano de Bucaramanga suministrar, por lo menos, 50 litros de agua apta para el consumo humano a una familia con tres menores de edad, a quienes les fue suspendido el servicio por estar en proceso de legalización de predio y no contar con el boletín de nomenclatura urbana, la licencia de construcción, el certificado de libertad y tradición (Corte Constitucional, sentencia T641/15).

En este mismo año, también la Corte se ha pronunciado con respecto al Derecho al Servicio de Alcantarillado y su protección excepcional por vía de tutela, considerándolo cuando su falta o ineficiente prestación, por negligencia de la administración, genere perjuicios de manera evidente a la dignidad humana, la vida y la salud. Ya sea por su ausencia o mala prestación, cuando quiera que perjudique de manera notoria derechos fundamentales, a pesar de que exista otro medio de defensa judicial (Corte Constitucional, sentencia T 042 de 2015).

Seguidamente, se ha pronunciado acerca de la dimensión objetiva del derecho al agua como derecho fundamental, de donde emana su poder vinculante frente a todos los poderes públicos, guiando así las decisiones de todas las autoridades, pues su respaldo se halla en el texto constitucional, y en su dimensión subjetiva, puede ser reclamado ante las instancias judiciales en casos de vulneración, ya sea por parte del Estado como por

parte de particulares, principalmente en los casos en que esta es para el consumo humano (Corte Constitucional, sentencia T 131/16).

Finalmente, ha advertido que la acción de tutela en materia general, es improcedente cuando busca el amparo de derechos colectivos, sin embargo, de manera excepcional puede ser procedente si ante esta vulneración de derechos colectivos convergen derechos fundamentales (Corte Constitucional, sentencia 139/16).

Perspectiva internacional

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), la necesidad de garantizar a todos los miembros de la familia humana el reconocimiento de sus derechos, los cuales dignifican al hombre y deben ser reconocidos por ser de carácter universal, irrenunciable, imprescriptible, inalienable e indivisible, es por esto que la Declaración vislumbraba la necesidad de que los Estados velaran por el bienestar y los servicios sociales necesarios para garantizar un **“nivel de vida adecuado”** de esta manera indicó el Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Ante la imperiosa de necesidad de seguir trabajando por la obligatoriedad del acceso a los servicios sociales necesarios para un nivel de vida adecuado, en la Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y el cual entró en vigor el 3 de enero de 1976, exhorta a los Estados a reconocer el derecho que tienen todos los individuos a acceder a un nivel de vida adecuado:

Artículo 17. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Posterior a estas proclamaciones, la Asamblea General de la Organizaciones de Naciones Unidas en sus resoluciones reitera la importancia del acceso a servicios que permitan el bienestar y una calidad de vida adecuada, según la Resolución 54/175 de 17 de diciembre de 1999, relativa al derecho al desarrollo, recalcando este como un derecho humano inalienable.

La Resolución 55/196 de 20 de diciembre de 2000 proclamó el año 2003 como el Año Internacional del Agua Dulce, haciendo un llamado a los Estados Miembros, a las organizaciones nacionales e internacionales y a todos los grupos de interés para que aprovecharan la iniciativa e iniciaran acciones a nivel local, nacional, regional o internacional con el objeto de aumentar la toma de conciencia sobre la importancia del agua dulce.

Posteriormente con la resolución 58/217, de 23 de diciembre de 2003 se hace la proclamación del Decenio Internacional para la Acción: “El agua, fuente de vida” (2005-2015), resaltando que el agua es fundamental para el desarrollo sostenible, la salud y el bienestar humano, de igual modo, para la integridad del medio ambiente, la lucha contra la pobreza y el hambre.

En el año de 2006, con la expedición de la resolución 61/192 en la que se proclamó el 2008 como el Año Internacional del Saneamiento, buscando servir de estímulo a los países miembros y otras organizaciones internacionales para emprender iniciativas globales que den prioridad al saneamiento, a su vez, intentando redoblar los esfuerzos para conseguir el objetivo de desarrollo del Milenio para 2015, abasteciendo a la población que carece de acceso a agua potable y al saneamiento básico.

Fue en el año 2010, con la resolución N 64/292, aprobada por la Asamblea General, que se reconoció el abastecimiento al agua y al saneamiento básico, como un derecho humano, por tanto, todas las personas

tienen derecho a “disponer de forma continuada de agua suficiente, salubre, físicamente accesible, asequible y de una calidad aceptable, para uso personal y doméstico” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010).

Posteriormente, se proclamó el 2013 como el Año Internacional de Cooperación de Agua, preocupados porque el cumplimiento del objetivo, de reducir a la mitad el porcentaje de personas sin acceso al agua potable y a servicios de saneamiento, ha sido de forma lenta y desigual; entendiendo que el agua es un tema que requiere atención en todos, se hace un llamado hacia la cooperación para lograr los Objetivos del Milenio a fin de garantizar la “seguridad hídrica” y el futuro sostenible de las comunidades. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011).

La ONU indica que ha sido el 2015 el año crítico para la agenda internacional del agua y el saneamiento. Puesto que, con los resultados de los Objetivos del Milenio se trabajó en la formulación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de una forma específica para el agua y el saneamiento, se intenta de forma ambiciosa lograr el acceso universal a los servicios de acueducto y alcantarillado, mejorar la gestión de los recursos hídricos, de forma eficiente, de calidad y reducción el riesgo de desastres (ONU, 2015a).

Conclusiones

Colombia, de acuerdo con el texto constitucional, está consagrado como Estado Social de Derecho, dentro de sus fines esenciales está el propender a los derechos sociales fundamentales, razón por la cual debe trabajar arduamente por la consecución de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado para todos los habitantes, pues a pesar de haber alcanzado importante logros en materia del agua, “aún quedan retos importantes por adelantar, pues los avances no se han presentado de manera homogénea a lo largo y ancho del territorio nacional” (PNUD, 2015).

El agua ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia como un elemento fuente de vida, esencial para el desarrollo de los derechos fundamentales, que en concordancia con los tratados internacionales y a través del bloque de constitucionalidad, entiende que el acceso al agua, es un derecho humano, y en conexidad con este y con otros derechos

fundamentales han tutelado el derecho al saneamiento básico, con el fin de proteger a los más vulnerados.

A su vez, a nivel internacional el acceso al agua ha sido proclamado como derecho humano, adelantando todos los esfuerzos, programas y acciones necesarios para ratificar su importancia en la vida de los seres humanos, intentando trabajar en cooperación para lograr su abastecimiento efectivo, su protección y garantía en la esfera del consumo humano.

Por último, no debe dejarse a un lado que el saneamiento básico ha sido reconocido como un derecho asociado estrechamente al derecho al agua, producto del resultado de compromisos y declaraciones internacionales, especialmente los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y por supuesto los actuales Objetivos de Desarrollo Sostenible, por ser vitales para la dignidad humana, la salud y el medio ambiente.

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Marzo, 2011). *El derecho al Agua*. Génova: Naciones Unidas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010). Resolución N. 64/292. Resolución aprobada el 28 de julio de 2010.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). Resolución A/RES/65/154.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-578. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-232. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia T-523. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-279. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-740. [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-242. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].

- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-028. [M. P. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-790. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-042. [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-641. [M. P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-131. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-139. [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Guerrero Legarreta, M. (2012). *El agua (Vol. Primera Edición Electrónica)*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena. (19 de 09 de Sentencia 248 de 2011). 13-001-23-31-013-2009-00265-01.
- Maldonado Gómez, T. (2010). La noción de servicio público a partir de la concepción de Estado Social de Derecho. *Actualidad Jurídica*, 54.
- OMS/UNICEF (2015). Informe 2015 del Programa Conjunto OMS/UNICEF de Monitoreo. Organización Mundial de la Salud- Unicef.
- ONU (2010). Resolución 64/292, Sexagésimo cuarto período de sesiones. Asamblea General de las Naciones Unidas 28 de 07 de 2010.
- ONU (Noviembre de 2002). Observación General No. 15. El derecho al agua. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ONU. (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), Asamblea General.
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). El derecho humano al agua y al saneamiento. Oficina de Naciones Unidas de apoyo al Decenio Internacional para la Acción “El agua es fuente de vida” 2005-2015 (pág. 5). Zaragoza - España: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (2015a). Una historia de 10 años: “El Agua, Fuente de Vida” 2005-2015. Programa de ONU-Agua para la Promoción y la Comunicación en el marco del Decenio (UNW-DPAC), Fundación Aquae.

- Organización de las Naciones Unidas. (2015b). El derecho al agua y el saneamiento básico. Nota para medios. Zaragoza, España: Oficina de las Naciones Unidas. Recuperado de https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (11 de 2016). Who. Recuperado el 06 de 2017, de Agua, nota descriptiva: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs391/es/>
- Organización Mundial de la Salud. (2006). Hoja informativa, Número 2, Celebración del Decenio Internacional para la Acción «El agua, fuente de vida 2005-2015». Ginebra: OMS.
- Organización Mundial de Salud. (02 de 2017). OMS. Recuperado el 15 de 06 de 2017, de http://www.who.int/water_sanitation_health/water-quality/es/
- Pimienta Gómez, L. (2001). *Saneamiento básico, salud e higiene*. Riohacha: Quebreco Bogotá.
- PNUD. (2015). Objetivos de desarrollo del Milenio. El PNDU en Colombia Informe 2015. Bogotá D.C.; Colombia: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; Nuevas Ediciones S.A.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2006). *Informe sobre Desarrollo 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*. Nueva York: PNUD.
- Rodríguez, G., Lozano Acosta, C., & Gómez Rey, A. (2012). *La protección jurídica del agua en Colombia*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Rodríguez, G.A., & Vargas-Chaves, I. (2014) *Políticas de igualdad e intereses colectivos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2013). *La Calidad del Agua*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- Superintendencia de Servicios Públicos. (2014). Superservicios. Obtenido de <http://www.superservicios.gov.co/eng/content/download/5730/51364/file/Glosario-Delegada-AAA-jul-14.pdf>



Edición digital
Derecho y salud: Debates contemporáneos
Abril de 2020
Sincelejo, Sucre, Colombia

Derecho y salud: Debates contemporáneos

En Colombia el derecho a la salud fue incluido en la Constitución Política de 1991 dentro del capítulo de los Derechos sociales, económicos y culturales. No obstante, la evolución de su protección en el ámbito interno, se dio a partir de la influencia de su órbita en la doctrina y normatividad internacional para que, la Corte Constitucional, a partir de la lectura hermenéutica y articulada de la Carta Política reconociera en la Sentencia T 780 de 2006 que este es un derecho fundamental autónomo, por su calidad de derecho subjetivo de aplicación inmediata, esencialidad e inalienabilidad para la persona y su relación intrínseca con la dignidad humana.

Para este alto tribunal la salud es no solo la ausencia de afecciones y enfermedades de una persona, sino un estado de "bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona". El derecho a la salud implica entonces, el nivel de salud más alto posible en un Estado. Aun así, este derecho no es unívoco o absoluto, en tanto responde a diferencias surgidas por factores sociales o ambientales de las diferentes comunidades que integran la Nación, lo que lo hace pluriétnico y multicultural (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008).

