TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ABRIL DE 2015

LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD (LEY 1751 DE 2015) DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

No. 14

© 2015 Tribunal Nacional de Ética Médica

Calle 147 No. 19-50 Oficina 32
Centro Comercial Futuro
Bogotá, Colombia
Teléfonos: (571) 627 9975 - 627 9983
Fax: (571) 627 9587
Pagina web: www.tribunalnacionaldeeticamedica.org
E-mail: trnetmed@outlook.com

ISSN 0123-0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70-40 Of. 204.
Telefono: (571) 262 2518
Cel.:3164914886
Bogotá, Colombia

Es permitido a todos reproducir la Constitución, Leyes, Decretos, Ordenanzas, Acuerdos, Reglamentos, demás Actos Administrativos y Decisiones Judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.

Artículo 41 Ley 23 de 1982

Esta edición y sus caraterísticas gráficas son de propiedad del Tribunal Nacional de Ética Médica.

© 2015

ABRIL DE 2015
LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD (LEY 1751 DE 2015)
DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD
No. 14

MAGISTRADOS 2015.

Dr. Francisco Javier Henao Pérez (Presidente)
Dr. Fernando Guzmán Mora
Dr. Germán Gamarra Hernández
Dr. Juan Mendoza Vega
Dr. Francisco Parado Vargas

Asesor Jurídico
Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria
Dra. Martha Lucía Botero Castro

Línea de atención al Cliente Nacional: **01 8000 111 210**
Línea de atención al Cliente Bogotá: **(57-1) 4199299**
www.4-72.com.co

El servicio de ***envíos*** de Colombia

Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2015.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2015

AUTORES

FERNANDO GUZMAN MORA, MD
Médico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho e Investigador. U Militar Nueva Granada.
Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica
Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

Capitán de Navío Médico (RA) (ARC) SARA EDITH MORENO MAZO, MD
Médica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatóloga. U Militar Nueva Granada
Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Gerencia en Servicios de Salud. Universidad Sergio Arboleda

INDICE

Pag.

EDITORIAL 15

LEY ESTATUTARIA DE SALUD
DR. GERMÁN GAMARRA HERNADEZ MD,M SC
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

CAPÍTULO 1 - PRESENTACIÓN 19

CAP 2 - IMPORTANCIA JERÁRQUICA 21

I- INTRODUCCIÓN
II- LA POSICIÓN JERÁRQUICA DE LA LEY ESTATUTARIA EN COLOMBIA
- A- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
- B- EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
- C- LAS LEYES ESTATUTARIAS
- D- LEYES ORGÁNICAS

III- CUAL ES ENTONCES LA DISCUSIÓN PLANTEADA?
IV- CONCLUSIÓN

CAPÍTULO 3 - EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD 27

I- INTRODUCIÓN
II- QUE ES DERECHO?
III- POR QUE ES NECESARIO REGULAR LA CONDUCTA HUMANA?
IV- LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
V- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
VI- EL DERECHO A LA SALUD NO ERA UN DERECHO FUNDAMENTAL

CAPÍTULO 4 - EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD COMO UNA CONCESIÓN DEL MISMO SER HUMANO A SUS CONGENERES 33

I- EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA
II- LA ILUSIÓN IUSNATURALISTA DE LA DIGNIDAD HUMANA
III- EL DERECHO POSITIVO COMO FUENTE DE ANÁLISIS

Pag.

DE LA REGULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO
IV- EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

CAPÍTULO 5 - EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD CONSAGRADO EN LA LEY ESTATUTARIA 38

I- CONCEPTOS FILOSÓFICOS SOBRE EL DERECHO
II- FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
III- ÉTICA Y DERECHO
IV- CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS
V- CONCLUSIÓN

CAPÍTULO 6 - LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL Y LA EQUIDAD EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD. 45

I- INTRODUCCIÓN
II- QUE ES LA JUSTICIA?
III- EVOLUCIÓN HISTÓRICA
IV- CLASES DE JUSTICIA
V- JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y SUS PRINCIPIOS
VI- ASPECTOS CONTRACTUALISTAS DE LA JUSTICIA
VII- LA INSPIRACIÓN EN EL CONCEPTO DE JUSTICIA DE JOHN RAWLS
VIII- LA EQUIDAD EN SALUD
IX- EQUIDAD PROCESAL
X- LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY
XI- LA JUSTICIA Y EL DERECHO
XII- COMO SE ATENÚA LA SEVERIDAD DE LA LEY Y LA JUSTICIA A TRAVES DE LA EQUIDAD?
XIII- LAS FUNCIONES ESENCIALES DEL DERECHO:
XIV- LA TELEOLOGÍA JURÍDICA (LOS FINES DEL DERECHO)

CAPÍTULO 7- EL ESTADO COMO GARANTISTA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD 60

I- INTRODUCCIÓN
II- DEFINICIONES BÁSICAS

Pag.

III- EL ESTADO DE DERECHO
IV- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO
V- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 8 - EL CONCEPTO DE SALUD 68

I- INTRODUCCIÓN
II- EL CONCEPTO DE SALUD
III- IMPLICACIONES SOCIALES
IV- LA HERENCIA
V- EL MEDIO AMBIENTE
VI- EL COMPORTAMIENTO
VII- EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD
VIII- LA PROMOCIÓN DE LA SALUD
IX- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 9 - EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL 76

I- INTRODUCCIÓN
II- QUE ES SEGURIDAD SOCIAL?
III- PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
IV- SOLIDARIDAD
V- UNIVERSALIDAD
VI- INTEGRALIDAD
VII- UNIDAD
VIII- INTERNACIONALIDAD
IX- PRINCIPIOS OPERATIVOS

CAPÍTULO 10 - UNOS DESASTROSOS ANTECEDENTES 86

I- INTRODUCCIÓN
II- LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA (AÑO 1997)
III- BENEFICENCIA PÚBLICA
IV- MEDICINA PATRONAL
V- INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES, ICSS, ISS
VI- SISTEMA NACIONAL DE SALUD -SNS-
VII- LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGADA -EMP-
VIII-CONCLUSIONES

Pag.

CAPÍTULO 11 - EL TEMPRANO FRACASO DE LA LEY 100 DE 1993 97

I- INTRODUCCIÓN
II- EL ESTRUENDOSO FRACASO DE LA LEY 100 DE 1993
III- LAS RECOMENDACIONES QUE POR ENTONCES SE PLANTEARON
IV- UNA ESPERANZA CONVERTIDA EN REALIDAD LEGAL

CAPÍTULO 12 - UN CONCEPTO ABIERTAMENTE PROTECTOR DE LA SOCIEDAD 106

I- INTRODUCCIÓN
II- UNA DECLARACIÓN DE ESPERANZAS HACE CASI VEINTE AÑOS
III- LA DIFERENCIA SOCIAL COLOMBIANA
IV- LUCHA SOCIAL EN COLOMBIA
V- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 13 - CONCEPTOS ELEMENTALES SOBRE ÉTICA MÉDICA 113

I- INTRODUCCIÓN
II- ÉTICA Y MORAL MÉDICAS
III- PRINCIPIOS BÁSICOS
IV- PRINCIPIO DE BENEFICENCIA
V- PRINCIPIO DE AUTONOMÍA
VI- ENFRENTAMIENTO DE PRINCIPIOS
VII- EL EQUILIBRIO
VIII- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 14 - EL CONSENTIMIENTO INFORMADO 121

I- INTRODUCCIÓN
II- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO
III- DEFINICIÓN
IV- CONDICIONES PARA QUE EXISTA CONSENTIMIENTO EN MEDICINA
A- CAPACIDAD
B- POSESIÓN DEL DERECHO

Pag.

C- LIBERTAD
D- INFORMACIÓN ADECUADA
E- CAUSA O MOTIVO DEL ACTO
F- DOCUMENTO
G- REVERSIBILIDAD
V- ADVERTENCIAS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO 15 - LA HISTORIA CLÍNICA 131

I- INTRODUCCIÓN
II- OBJETIVOS DE LA HISTORIA CLÍNICA
III- CARACTERÍSTICAS
IV- FUNDAMENTOS DE LA HISTORIA
V- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 16 - LA INTIMIDAD PERSONAL 140

I- INTRODUCCIÓN
II- LA INTIMIDAD PERSONAL
III- EL SECRETO PROFESIONAL
IV- LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO 17 - EL DERECHO DE LAS PERSONAS A SER ATENDIDOS POR PERSONAL CAPACITADO 157

I- INTRODUCCIÓN
II- ANÁLISIS
III- LA LEX ARTIS EN MEDICINA
IV- LEX ARTIS Y CIENCIA
V- LEX ARTIS Y LITERATURA MÉDICA
VI- RIESGOS DEL TRATAMIENTO Y LEX ARTIS
VII- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 18 - LOS OBSTÁCULOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD 178

I- INTRODUCCIÓN
II- ANÁLISIS
III- CONCLUSIONES

Pag.

CAPÍTULO 19 - LOS DEBERES DE LAS PERSONAS EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE SALUD 183

I- INTRODUCCIÓN
II- DEBERES DEL PACIENTE EN LA NUEVA LEY
III- ACTITUD FRENTE A PERSONAS IRRESPETUOSAS
IV- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 20- EXCLUSIONES 186

I- QUE DICE LA LEY?
II-ANÁLISIS

CAPÍTULO 21- LA ACCIÓN DE TUTELA EN SALUD NO SE EXCLUYE DEL PANORAMA JURÍDICO 207

I- INTRODUCCIÓN
II- QUE ES LA ACCIÓN DE TUTELA?
III- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE TUTELA
IV- PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA
VIII- COMPETENCIA DE LAS ACCIONES DE TUTELA
IX- ALGUNOS MECANISMOS QUE SE DEBEN AGOTAR ANTES DE ACUDIR A LA ACCIÓN DE TUTELA
X- TÉRMINOS PARA LA ACCIÓN DE TUTELA
XI- RECURSOS EN CONTRA DE LA DECISIÓN DE TUTELA
XII- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 22 - LA AUTONOMIA PROFESIONAL 218

I- INTRODUCCIÓN
II- ¿ESTAMOS LOS MÉDICOS INCLUIDOS EN LAS LEYES DE OFERTA Y DEMANDA?
III- LA AUTONOMIA PROFESIONAL

CAPÍTULO 23 - CONFLICTOS DE INTERESES 226

I- TIPOS DE CONFLICTOS DE INTERÉS
a- ENTRE EL MÉDICO Y SUS COLEGAS
b- ENTRE EL MÉDICO Y LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA
c- ENTRE EL MÉDICO Y LOS TERCEROS PAGADORES.

Pag.

CAPÍTULO 24 - LA REMUNERACIÓN JUSTA A UN TRABAJO SACRIFICADO 229

I- INTRODUCCIÓN
II- EL MÉDICO COMO TRABAJADOR
III- LA INCLUSIÓN MÉDICA EN LAS LEYES DE OFERTA Y DEMANDA
IV- SALARIOS Y HONORARIOS
V- EL ATROPELLO AL SALARIO MÉDICO
VI- LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL EN LA MEDICINA COLOMBIANA
VII- LAS ESTADÍSTICAS ECONÓMICAS
VIII- LAS MERCANCIAS SALUD Y TRABAJO MÉDICO EN EL SISTEMA
IX- LA "LIBERTAD" DE PARTICIPAR O NO EN EL SISTEMA
X- POR QUÉ LLAMARLA REVOLUCION INDUSTRIAL?
XI- EL CONCEPTO DE ESTADO NEOLIBERAL
XII- CUALES SON LAS FUNCIONES DEL ESTADO ?
XIII- LA REALIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO
XIV- CONCLUSIONES

CAPÍTULO 25- UNA NUEVA POLÍTICA FARMACÉUTICA NACIONAL 246

I- INTRODUCCIÓN
II- LA POSICIÓN DE LA FEDERACIÓN MÉDICA COLOMBIANA

CAPÍTULO 26 - LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD A TODO EL PAÍS 249

I- INTRODUCCIÓN
II- QUE ES EL BIEN COMÚN
III- CONCEPTOS HISTÓRICOS SOBRE EL BIEN COMÚN
IV- PRINCIPIOS DEL BIEN COMÚN
V- LA MIRADA EXCLUSIVA EN LAS GANANCIAS Y EL ESTADO NEOLIBERAL
VI- LA PRIVATIZACIÓN DEL ESTADO
VII- LA FILOSOFIA NEOLIBERAL
VIII- LOS RESULTADOS EN COLOMBIA
IX- EL MONETARISMO

Pag.

X- LAS CONSECUENCIAS DEL MODELO NEOLIBERAL
XI- LOS BENEFICIADOS DE LA PRIVATIZACIÓN.
XII- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CAPÍTULO 27- QUE ES MEDICINA? 268

I- INTRODUCCIÓN
II- LA DEFINICIÓN DE MEDICINA
III- EL ACTO MÉDICO: CONSIDERACIONES ESENCIALES
IV- QUE ES EL ACTO MÉDICO ?
V- ACTO MÉDICO DIRECTO
VI- EL ACTO MÉDICO DOCUMENTAL
VII- ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO
VIII- OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO
1-SECRETO PROFESIONAL
2-INFORMACIÓN ADECUADA Y CONSENTIMIENTO
3-OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO
4-OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA Y TÉCNICA
5-OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO
6-OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO
7-CERTIFICADO MÉDICO
IX- ACTO MÉDICO PRIVADO
X- ACTO MÉDICO INSTITUCIONAL

CAPÍTULO 28 - DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS 286

CAPÍTULO 29 - LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 293

BIBLIOGRAFÍA MÚLTIPLE 309

EDITORIAL

LEY ESTATUTARIA DE SALUD

Germán Gamarra Hernández MD, M Sc.
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

El presente número de la *Gaceta Jurisprudencial* editada por el Tribunal Nacional de Ética Médica está dedicado al análisis de la Ley Estatutaria 1751 del 16 de Febrero de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones; esta ley se conoce mejor en la actualidad, como la Ley Estatutaria de Salud (LES). En esta publicación se presentan conferencias y análisis realizados por prestigiosos y reconocidos colombianos que desde la expedición de la conocida Ley 100 de 1993, y en repetidas oportunidades, han llamado la atención sobre sus desaciertos y han demostrado de manera precisa, cómo la implementación del sistema de salud creado a partir de dicha norma, contribuyó a profundizar la crisis actual; la nueva ley ofrece grandes expectativas y si se pone en práctica, siguiendo el espíritu con que ha sido concebida, podrá permitir corregir los errores causados por la anterior legislación.

Para cualquier ciudadano uno de los temas más sensibles es la salud y después de más de 20 años de vigencia del modelo implantado por la Ley 100, era necesario aplicar cambios estructurales en la misma, si se pretendía corregir el deterioro que se presenta, tanto la prestación de servicios como en el ejercicio profesional; la Ley Estatutaria plantea cambios de fondo y ha generando muchas expectativas. Entre sus múltiples virtudes se debe mencionar que es muy concisa, ya que solo contiene 26 artículos que aunque constituyen una declaración de principios, probablemente van a necesitar su reglamentación mediante otras leyes ordinarias o decretos que solo permitirán sentir los cambios después de por lo menos dos años de su expedición.

Dentro de los principios establecidos en la nueva ley se encuentra el reconocimiento de la salud como derecho humano fundamental, su regulación y las obligaciones del Estado para garantizarlo. Es necesario anotar que así como se establece el derecho a la salud se definen, tal vez por primera vez, una serie de deberes de las personas en relación con el servicio de salud como es propender por el autocuidado y el de su familia, atender oportunamente las recomendaciones dadas, respetar al personal que presta el servicio, actuar de buena fe frente al sistema y contribuir solidariamente al sostenimiento de los gastos.

La prestación de los servicios se hará mediante redes integrales que podrán ser públicas, privadas o mixtas; se prohíbe de manera explícita la negación de los servicios, salvo algunas excepciones para las que no se permitirá asignar los recursos del sistema; se acabará con el POS (Plan Obligatorio de Salud), de esta forma se reducirá la inequidad existente generada por la ley anterior y se espera que en adelante, la tutela sea un mecanismo excepcional para lograr la prestación de servicios.

La autonomía profesional queda consagrada en el artículo 17 de la presente ley de la siguiente forma: *"Se garantiza la autonomía de los profesionales de salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica"*.

El planteamiento anterior, establece un cambio fundamental con relación a lo plasmado en la ley 100 de 1993, donde no se contempló la autonomía médica y se había creado, por parte de las Empresas Promotoras de Salud, un gran aparato burocrático de auditorías, dirigido a controlar las decisiones de los médicos con el objetivo de minimizar los gastos de la "empresa" y mejorar la productividad del negocio, obligando a entablar tutelas para obtener la autorización de un determinado procedimiento diagnóstico o terapéutico.

Con la nueva norma, los médicos en ejercicio de la autorregulación y autonomía profesional, estaremos obligados a asumir nuestra responsabilidad en los gastos del sistema de salud. Es necesario, desvirtuar las apreciaciones de algunos sectores que pronostican que dichos gastos se desbordarán con la aplicación de la nueva ley.

Los principios éticos universales de autonomía (relacionado con respetar las preferencias del paciente en la toma de decisiones), beneficencia (buscar el bien y no hacer daño) y justicia (no discriminar y racionalizar el uso de los recursos para beneficio de todos), sumados a un ejercicio profesional apoyado en la mejor evidencia científica, obligarán al médico a mantener un conocimiento científico sólido y actualizado que redundará en el uso razonable de recursos y permitirá la sostenibilidad financiera del sistema de salud evitando que los intermediarios decidan sobre la prestación del servicio. No será necesario recurrir a la aprobación por parte de Comités Técnico – Científicos de las decisiones tomadas y en caso de presentarse discrepancias en aspectos de diagnóstico o tratamiento, estas serán dirimidas por juntas médicas de los prestadores de servicios de salud.

La ley estatutaria, también prohíbe de manera explícita *"la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales de salud por parte de proveedores o industria farmacéutica",* permitiendo aún más, el ejercicio de la autonomía profesional, fortaleciendo la relación médico – paciente, soportada en la confianza y respeto mutuo.

La Ley Estatutaria de Salud establece nuevas disposiciones con relación al manejo de la información, las políticas públicas en salud y la política farmacéutica nacional que incluye la regulación del precio de los medicamentos; adicionalmente, posiblemente uno de los más importantes y novedosos aspectos, desaparece la intermediación existente, base del actual sistema, por parte de las llamadas Empresas Promotoras de Salud (EPS) y tampoco quedan en la nueva ley las diferencias establecidas para un régimen contributivo y otro subsidiado con las consecuencias generadas sobre la equidad en la prestación de los servicios.

La Ley Estatutaria genera esperanza para acabar con el famoso "paseo de la muerte" y para reducir la corrupción; sin embargo, todavía falta su reglamentación, en donde se definirá la aplicación de los principios establecidos. La ley pueden ser buena pero su aplicación y sus efectos van a depender de la forma en que se reglamente y de los decretos que definan su implementación.

CAPÍTULO 1- PRESENTACIÓN

I- INTRODUCCIÓN

La Ley Estatutaria en Salud es uno de los adelantos más significativos que puede registrar la historia de la Seguridad Social Colombiana en los últimos cien años de vida política.

Efectivamente, por primera vez se consagra la Salud como derecho Fundamental de manera oficial, cuestión que no se encontraba consagrada en ninguna de las constituciones nacionales anteriores y, en particular, en la Constitución Social de Derecho de 1991, que ubicaba este derecho como un derecho no fundamental, al encontrarse por fuera de los artículos 11 A 41, que los consagraba expresa pero erróneamente como taxativos, dejando algunos tan importantes como los derechos de los niños por fuera de esta sección trascendental.

Gracias al Señor Magistrado CIRO ANGARITA BARON, Ilustre Magistrado de la Corte Constitucional, en épocas pretéritas (cuando la Justicia Colombiana aun no se contaminaba de la tremenda corrupción que hoy la descompone en forma publica), se comenzó a considerar el Derecho a la Salud como perteneciente al grupo de Derechos Fundamentales al ligar su existencia con el Derecho a la Vida.

Quiere esto decir que, aunque los constituyentes de 1991 ni siquiera consideraron este Derecho a la Salud como inherente a la persona humana, ya nuestra querida (y parcialmente perdida) Corte Constitucional había defendido ese Derecho Publico como parte de la dotación del ciudadano colombiano en su relación con el Estado del cual forma parte integral.

Como podrá apreciarse, el Estado Colombiano se compromete de manera ineludible a consagrar, promover, aplicar, defender y responder por este Derecho Fundamental en la forma mencionada en la simple transcripción de los artículos que hemos mencionado en este primer escrito.

Nos iremos ocupando de los detalles explicativos de esta novísima regulación legal y social que enorgullece al país y defiende abiertamente a los desposeídos, a los débiles, a quienes son el objeto de protección del Estado Social de Derecho.

Posteriormente hablaremos de cada uno de los elementos de la nueva Ley y los analizaremos en detalle.

CAPÍTULO 2- IMPORTANCIA JERÁRQUICA

I- INTRODUCCIÓN

La ley Estatutaria en Salud, recientemente aprobada por el Gobierno Nacional luego de numerosas discusiones, desacuerdos, vericuetos legalistas y negativas de aprobación, gracias a la presión de numerosos sectores sociales interesados en su creación y aparición, constituye uno de los hechos políticos, legislativos, jurídicos y sociales más importantes de los últimos cien años de vida nacional.

Efectivamente, no solamente es un avance en el campo de la salud al elevar este derecho constitucional al rango de derecho fundamental, sino que entre su articulado figuran unas decisiones de tal magnitud, que por fin se aprecia efectividad en la consideración de haber consagrado a nuestro país como un Estado Social de Derecho, tal y como lo declara el artículo 1 de nuestra Carta Política:

ARTÍCULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

De la misma forma, con esta ley se acata el mandato esencial del artículo segundo, en lo que concierne a las funciones y fines del Estado.

ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Parecería un planteamiento demasiado elemental el solo hecho de considerar este primer aspecto, pero resulta esencial hacerlo en un momento en que se discute el enfrentamiento intelectual y práctico entre el fundamento garantista del Estado, sobre todo en lo que hace referencia a los pobres y desprotegidos del país, y el contradictorio hecho del comportamiento abiertamente neoliberal de los últimos gobiernos, que tienden a favorecer al capital internacional por encima de la población débil de nuestra nación, compuesta por la enorme mayoría de las familias colombianas

II-LA POSICIÓN JERÁRQUICA DE LA LEY ESTATUTARIA EN COLOMBIA

A- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Nuestra estructura normativa, bajo la óptica del pensador jurídico de importancia y acatamiento mundial Hans Kelsen, se puede encuadrar en un sistema piramidal cuya parte superior esta ocupada por la Constitución Nacional.

El sistema normativo se puede definir como la organización del conjunto de normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico del Estado, estableciendo jerarquías, materias y relaciones que permiten escoger cuál norma debe aplicarse a un caso específico y en un momento determinado. La CONSTITUCIÓN es la norma que regula la expedición y relación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Es, por tanto, la Ley de leyes, pues todas deben sujetarse a sus derroteros. Es la base de todo el ordenamiento y aunque muchas veces no enuncia el sistema de manera expresa, debe ser deducido de sus principios.

Se puede leer en el artículo 4 de la Carta Fundamental:

ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

B- EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD (BC).

Este grupo normativo se refiere a aquellas normas a las cuales la misma constitución nacional remite. Y se refiere de manera muy concreta a los tratados internacionales relacionados con derechos humanos, aprobados por Colombia, ratificados por el Congreso e involucrados a este Bloque de Constitucionalidad a través de leyes aprobatorias de los mismos - Se pueden examinar los artículos 53 (convenios de trabajo), 93 (derechos humanos), 94 (derechos inherentes a la persona humana) y 214 (normas de Derecho Internacional Humanitario).

La expresión "Bloque de Constitucionalidad" aparece en la sentencia C-225/95 de la Corte Constitucional Colombiana, que expresa

"Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalistas implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores".

Respecto de la obligatoriedad de respetar esos tratados internacionales de derechos humanos, el mencionado Bloque de Constitucionalidad insta a los estados a darles prioridad sobre muchas normas internas.

"…los Estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos ya que tienen la obligación internacional de respetarlos. Es pues razonable que para maximizar el cumplimiento de esos mandatos internacionales, los Estados constitucionales confieran a esos estándares internacionales la máxima jerarquía interna…"

Y cuando hay aparente contradicción entre la norma Constitucional y una norma de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos involucrada al BC, existe la posibilidad de aplicar el principio pro homine o de favorabilidad, en el sentido de priorizar la que sea mas favorable a los derechos humanos.

Pero el Bloque de Constitucionalidad también involucra otras normas que son desarrollo constitucional, como las leyes orgánicas y las estatutarias (Art. 151, 152, 153 y 214).

Lo anterior porque estas leyes obedecen a parámetros de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

C- LAS LEYES ESTATUTARIAS

Son prolongación de la Constitución para organizar la República. Deben aprobarse con mayoría absoluta de ambas cámaras. Son algo así como la reglamentación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales e incluyen:

- LEYES ESTATUTARIAS DE DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES
- LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
- LEY ESTATUTARIA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS
- LEY ESTATUTARIA DE LA OPOSICIÓN
- LEY ESTATUTARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA
- LEY ESTATUTARIA DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN
- LEY ESTATUTARIA EN SALUD

ARTÍCULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
b) Administración de justicia;
c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
e) Estados de excepción.
f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

ARTÍCULO 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

D- LEYES ORGANICAS

Tienen naturaleza ordenadora y autolimitante. Constituyen un mandamiento al Congreso con el objeto de regular su función legislativa, señalando límites y condiciones. Requieren de la mayoría absoluta de las dos cámaras para su aprobación. Ellas son

- LEY ORGÁNICA DEL CONGRESO
- LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO
- LEY ORGÁNICA DEL PLAN DE DESAROLLO
- LEY ORGÁNICA DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

ARTÍCULO 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

III- CUAL ES ENTONCES LA DISCUSIÓN PLANTEADA?

El punto básico es la ubicación en importancia, de acuerdo con la pirámide kelseniana, entre las leyes estatutarias y las leyes orgánicas.

Y a este respecto la respuesta es clara: La Ley Estatutaria es una ampliación de la Constitución Nacional. Es el desarrollo constitucional de aspectos de enorme importancia y repercusión sociales, mientras que la Ley Orgánica es una especie de fundamento y directriz técnica respecto de la forma de legislar en aspectos también de importancia nacional, pero cuya condición es más concreta sobre determinados grupos de autoridad: el Congreso, los depositarios del Presupuesto, los organizadores del territorio y los orientadores del plan económico anual.

Salta a la vista que los aspectos de Derechos Fundamentales, Administración de Justicia, estados de Excepción, Partidos Políticos, Participación Ciudadana y Servicios de Salud de las personas poseen una mayor importancia que los mencionados anteriormente.

IV- CONCLUSIÓN

La Ley Estatutaria, al ser prolongación de la Constitución Nacional y ocuparse de asuntos de la mayor importancia nacional e individual, se encuentra jerárquica y jurídicamente por encima de la Ley Orgánica, también importante, pero un nivel por debajo de la primera.

CAPÍTULO 3- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

I-INTRODUCIÓN

Para entender el origen y los fundamentos jurídicos y sociales del Derecho Fundamental a la Salud es necesario mencionar de manera particular el concepto de Derechos Humanos o Derechos Fundamentales.

II- QUE ES DERECHO?

DERECHO viene del participio latino directum que quiere decir dirigir y de rectum (no torcido),"directum", que significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma".

Para entender el derecho como fenómeno eminentemente social, es necesario partir de la historia humana misma. Y para comprender la evolución de las sociedades, la formación y destrucción de los estados, la obediencia de miles de hombres en el curioso fenómeno de la guerra, la autodestrucción que siempre ha caracterizado a nuestra especie, la posibilidad de convivir con nuestros semejantes en medio de un intenso amor y un profundo odio, hay que analizar al ser humano en todos sus aspectos, en la grandiosidad de su pensamiento y en la bajeza de sus acciones, en su sed de trascendencia y en su enorme egoísmo, en su impresionante capacidad de conocimiento abstracto y en la simplicidad de sus actos cotidianos. En una palabra, en su integridad como el mayor predador que ha engendrado el universo y, al mismo tiempo, la obra más delicada que la naturaleza ha podido entregar como producto en evolución permanente.

El derecho se ha diseñado para proteger la dignidad humana. Mientras exista la persona existirá el derecho y desde que haya historia habrá normas de derecho de una u otra forma.

La finalidad del Derecho es procurar la convivencia pacífica entre las personas entre sí y entre los pueblos. Por lo tanto, el fin del Derecho es la Paz.

El ser humano es conflictivo por naturaleza. La vida social empeora este conflicto de relaciones humanas, pero el derecho las controla.

La humanidad se encuentra en permanente evolución y cambio. Por ello, a medida que aparecen avances científicos, nuevas formas de hacer las cosas, aumento en la velocidad de desplazamiento, formas nuevas de delincuencia, etc, el derecho debe regular las acciones secundarias al cambio. A quien se le ocurría hace cincuenta años hablar de normas sobre clonación humana? O qué norma regulaba el riesgo de transporte de material nuclear? Hoy en día se impone la intervención estatal y social en múltiples actividades que antes no se planteaban ni en relatos de ficción.

La convivencia entre seres humanos nunca ha sido sencilla. Por ello debe crearse una fuerza directriz que se ha denominado gobierno. El Derecho crea el poder y la autoridad para hacer cumplir las normas.

Desde antes del nacimiento, cuando la criatura se encuentra todavía en el vientre materno, el derecho defiende su existencia cuando afirma que la ley protege el derecho del nasciturus (el que está por nacer). El solo hecho de nacer, cuando se sobrevive a este primer trauma vital, confiere a quien lo hace la calidad de persona (Todo miembro de la especie humana es persona).

La justicia es la resultante de una larga y penosa evolución de los sentimientos, creencias, costumbres, instituciones y leyes de la sociedad frente al fenómeno del delito. Por ello lleva consigo reminiscencias de épocas superadas y que ya no responden a nuestro tiempo, así como gérmenes de modificaciones y reformas que la hacen más adecuada a la suprema necesidad de una defensa social eficaz y segura contra los delincuentes a través de las contingencias y transformaciones de la civilización moderna.

III-POR QUE ES NECESARIO REGULAR LA CONDUCTA HUMANA?

Sobre esta base, comencemos diciendo que el hombre NO es bueno por naturaleza. Y su supervivencia en este planeta hostil jamás ha dependido de la bondad de sus acciones y de la pureza conceptual de su intelecto. El ser humano desciende de los mismos genes que originaron a los dinosaurios y a los simios. Menos de un cinco por ciento de nuestra carga genética se diferencia de la de un orangután, de un chimpancé o de un gorila. Y que

algunos autores de cierta respetabilidad aseguren que ese pequeño porcentaje representa el alma inmortal, no puede ocasionar en un espíritu libre más que escepticismo e hilaridad.

El ser humano es el mayor depredador que ha existido en los millones de años de historia del planeta tierra. Y su grandeza no se relaciona con la delirante idea de un fantástico ser que juega en el campo de la ingeniería genética con la mente traviesa de un niño. Su real grandeza proviene de su desarrollado cerebro, de la conciencia de si mismo, de la capacidad de transformar el mundo, de la posibilidad de resolver problemas cada vez en forma más rápida y de su asombrosa capacidad de adaptación.

En contraposición a la concepción religiosa de la sociedad, el descubrimiento de la evolución de Charles Darwin, el estudio de la genética de Gregorio Mendel y el descubrimiento de las fuerzas instintivas del inconsciente por Sigmund Freud han demostrado la existencia del denominado "ello" o inconsciente instintivo de los seres humanos y los conceptos de la bondad natural del ser humano han quedado en el suelo.

Freud nos habla del innato egoísmo y de la enorme agresividad de las personas a través de su gran descubrimiento: el inconsciente como parte integral de la estructura de la personalidad.

Con esto en mente, debe decirse que los seres humanos, desafortunadamente, no actúan en forma correcta por amor filial, ni por solidaridad de especie, ni por comunidad de creencias en un mismo Dios. Las conductas de la raza humana se han atemperado y encausado gracias a la norma que obliga, que ordena y que amenaza cuando no se obedece. Es decir, las personas actúan con respeto a sus semejantes por miedo al castigo, en cualquiera de sus esferas. Por miedo a la pena que impone la trasgresión de las normas jurídicas. Por miedo al repudio social de sus comunidades. Por temor a la crítica de sus superiores jerárquicos. Y solo parcialmente por incomodidad con su propia conciencia moral.

A pesar de lo anterior, el ser humano es la máxima expresión de desarrollo en la evolución animal. Y si a su inteligencia unimos el derecho como máximo regulador de su conducta, podemos llegar a entender, por ejemplo, el por qué existen derechos fundamentales que deben respetarse en nuestros semejantes y en nosotros mismos. Y no precisamente porque

lo haya expresado algún profeta, o porque se encuentre (como de manera más poética que filosófica lo afirmen algunos pensadores), "inscrito en el corazón del ser humano". No! Estos derechos existen porque la misma sociedad humana así lo ha reconocido a través de sus leyes positivas. Y lo ha hecho luego de miles de años de historia, de sufrimiento, de abusos, de lucha conceptual y de muchos levantamientos sociales que han llegado a proclamar que todos somos iguales en dignidad, en derechos y en respeto. Y todo esto se lo debemos al Derecho. No a la religión (que es individual), ni a la moral (que es subjetiva), ni a deidades fantásticas). En esencia, lo debemos al Derecho, institución inventada por la misma raza humana y que ha permitido que seres discímiles en pensamiento y obra hayamos podido vivir en sociedad.

IV- LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

El derecho está integrado por un sistema de normas o leyes, destinadas a las personas por el Estado, que les confieren posibilidad jurídica de hacer o no hacer ciertas cosas y de reclamar la protección de estas acciones, con exclusión de los demás, o les impone a estos sujetos sociales la obligación de comportarse de determinada forma, so pena de una sanción.

En nuestro medio, el famoso doctrinante Arturo Valencia Zea afirmaba que los Derechos de las Personas constituyen un poder de voluntad que emana del ordenamiento jurídico para satisfacer los intereses de las personas, con la posibilidad de que se constituyan en un deber para la otra persona u otras personas de respetar ese poder. El elemento que aporta Valencia Zea es la garantía de parte del Estado hacia esos derechos que impone un deber correlativo respecto de ese derecho.

V- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por "derechos fundamentales", entendemos aquellos de los cuales goza la persona humana por el hecho de serlo.
Se denominan también derechos individuales, derechos del hombre y del ciudadano y derechos públicos subjetivos.
Son derechos inherentes a la persona. Coinciden con los llamados por cierta corriente de pensamiento como "derechos naturales" porque, se dice, así no haya gobiernos, ni leyes, deben ser respetados para la supervivencia humana. Son imprescriptibles, inalienables (no se pueden ceder, transferir

o enajenar). Ejemplos: la Vida, la Libertad, la Intimidad, el desarrollo de la personalidad, el debido proceso, etc.

La consagración constitucional de esos derechos fundamentales o sustanciales no es taxativa en nuestra Carta Política. En la Constitución de 1991 en el Título de Derechos Fundamentales se tiene el Derecho a la Paz, que es más bien un Derecho Colectivo. De otro lado, el artículo 44, se refiere a los derechos de los niños, los cuales deberían figurar entre los Derechos Fundamentales.

El artículo 85 de la Carta Política hace expresa mención de algunos derechos fundamentales y de los artículos que los consagran, para determinar que se aplican de manera inmediata, aunque no exista una ley que los desarrolle. Por su parte, el artículo 94 de nuestra Carta Magna dice que: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

Adicionalmente, el Capítulo I, Título II de la Constitución, es decir, de los artículos 11 al 40 y el artículo 44, y la expresa mención que se hace de ellos en el artículo 85, deben servir como criterios de orientación para los jueces de tutela y en particular para el juez constitucional, pero éllo no le impide la protección de algunos derechos fundamentales que allí no estén consagrados.

Los criterios principales para considerar un derecho como fundamental son dos: La persona humana y su reconocimiento expreso. Corresponde a los jueces determinar cuáles son los derechos fundamentales, pues no todos están taxativamente descritos en la Constitución Política. El mecanismo de protección de estos derechos es la Acción de Tutela.

VI- EL DERECHO A LA SALUD NO ERA UN DERECHO FUNDAMENTAL

De manera inexplicable, el constituyente de 1991 no incluyó el derecho a la salud como un derecho fundamental.

Veamos lo que dicen de manera literal:

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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. 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.

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. También, 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.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

Pero ocurrieron dos hechos importantes: la variación del criterio constitucional de consideración de un derecho fundamental, que ya no se confinaba exclusivamente a los artículos 11 a 41; y la intervención del Honorable Magistrado CIRO ANGARITA BARON, inolvidable jurista protector de los pobres y débiles, quien por primera vez ligó el derecho a la salud con el derecho a la vida y lo transformó de un simple servicio público a un derecho fundamental

CAPÍTULO 4- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD COMO UNA CONCESIÓN DEL MISMO SER HUMANO A SUS CONGENERES

I- EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

El concepto de Dignidad Humana es correspondiente con el de respeto, particularmente el de respeto de si mismo, inseparable del respeto del otro. Es, por tanto, un concepto de relación.
Existen varios elementos que la caracterizan:

- El reconocerse a si mismo en el otro
- Es universal para todos los seres humanos
- No tiene precio
- Coloca limites al comportamiento con los demás
- Es producto de la civilización
- Tiene implicaciones permanentes en el devenir de la existencia humana en sociedad

Otras características que han sido asignadas a la dignidad humana incluyen:

- Protección estatal por tratarse de un derecho fundamental
- Permanente. Prohíbe su vigencia a futuro
- Prioritaria frente a divisiones de tipo patrimonial
- Antropocéntrica, pues excluye a los animales de su disfrute y reconocimiento
- Individual, pues aunque es un elemento de igualdad, respeta y conserva la misma como parte de interés general
- Deontológica, pues genera deberes con los demás
- Inviolable pues no puede ser suspendida ni terminada por el Estado

II- LA ILUSION IUSNATURALISTA DE LA DIGNIDAD HUMANA

Sobre el tema de la dignidad humana han existido profundas controversias y amargos enfrentamientos entre iusnaturalistas y iuspositivistas.

El motivo por el cual incluimos este análisis en este escrito es esencial: si afirmamos que el Derecho Natural es la cuna de los Derechos Fundamentales, estaremos retrocediendo en los avances conceptuales del derecho Moderno.

Los Derechos Fundamentales, así como cualquier tipo de derecho que tengan los seres humanos son el fruto de la concesión que el mismo ser humano se hace a si mismo y a los demás. Es decir, es fruto del cerebro humano. Es invento de la razón humana. Es consecuencia de miles de años de lucha, sangre, dolor y amargura.

No es un regalo de la naturaleza ni un don originario de un ser trascendente. El origen de estos derechos es la misma sociedad, el mismo ser humano. No se originó en algo innato que alguien nos regaló de manera "generosa".

Pensar que el bien y los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de las otras personas como iguales a nuestra propia naturaleza, no viene inscrito en el corazón humano, no es fruto de inscripciones trascendentales, ni se transmite por los genes, es simplemente una deducción lógica de quienes pensamos que el derecho es un producto de la misma mente humana y del cual las personas pueden sentirse orgullosas.

Frente a la idea del implante genético que un ser superior hace de los derechos fundamentales que conforman un derecho natural de origen divino, no existen argumentos lógicos que lo sustenten ni argumentos que lo nieguen.

La idea del trascendente es individual, íntima, personal, subjetiva y carente de pruebas científicas que la sostengan. Aún siendo creyentes, los tratadistas de derecho no podemos ni debemos inmiscuir esa idea en nuestros raciocinios, pues aunque la ley aspira a ser justa, moral y equitativa, no puede mezclarse con algo tan subjetivo, ausente de demostración objetiva y fuente de tanta interpretación como la idea de un ser trascendente que ni siquiera puede ser objeto del conocimiento humano.

Quien se crea con la autoridad de hablar en nombre de alguna concepción omnipresente para intervenir en los actos humanos, tiene la misma respetabilidad y credibilidad de alguien similar que esgrima argumentos contrarios en nombre de otra idea diferente.

La idea del ser eterno nace del cerebro humano. Y como cada cerebro es distinto, el número de ideas sobre ese ser trascendente se acerca al número de personas que existen en el planeta. Por eso, el moderno derecho no puede inmiscuir la idea de Dios en sus planteamientos, ni en el diseño de sus normas, ni en la aplicación de las mismas. Y muchísimo menos en sus discusiones prácticas.

Los conceptos individuales son respetables. La idea individual del supremo director es respetable. Pero por ser personal, no le interesa al Derecho, siempre y cuando no afecte la vida de otras personas.

La persona que dedica su vida a sus creencias religiosas es digna de respeto y admiración. No cabe duda. Generalmente es una vida difícil, llena de sacrificios y privaciones, colmada de estudios muy complicados y la mayor parte de las veces solitaria. Pero no por el hecho de serlo puede escapar a la Ley cuando transgrede normas de orden público.

Por lo tanto, defender la idea de una inscripción divina en el cerebro humano de un Derecho Natural, escapa a cualquier análisis científico y jurídico. Con lo anterior en mente, el concepto de dignidad humana también es producto del cerebro humano, de la cultura, de la sociedad y de las organizaciones sociales producidas por el mismo ser humano, como la moral y el derecho.

III- EL DERECHO POSITIVO COMO FUENTE DE ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

Todo este sistema de convicciones y creencias ha sido desvirtuado en la evolución moderna del derecho.

El Derecho Positivo plantea una serie de principios (los cuales serán analizados en otro artículo), entre los que se incluyen.

a) El rechazo de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados.

b) El rechazo de los juicios de valor, en cuanto no se apoyan en certezas y en leyes científicas.
c) El empirismo, único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas y ciertas, para deducir conclusiones válidas.
d) El fenomenalismo, que sólo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos.
e) Lo que no pueda someterse a las premisas y condiciones de la ciencia carece de valor.
f) Lo que se encuentre más allá de lo regido por la relación causa-efecto pertenece a la fantasía.
g) El derecho es elemento fundamental para regular la conducta humana en la sociedad.
h) Se basa en la aceptación de la norma y la Ley por parte de los miembros de la comunidad.
i) Debe expresar un ideal ético de justicia, aspirando a ella aunque no necesariamente pueda garantizar su respeto.
j) Conjuga la autonomía individual con el bien común.
k) La ley es dogmática una vez es sancionada y promulgada. La ley tiene entonces vigencia, es decir, obligatoriedad por encima de cualquier deseo o voluntad que se tenga.
l) La norma en su aplicación es indiscutible. Se tiene que aplicar.
m) Para que el derecho sea vigente, imperativo, categórico y vinculante, tiene que reunir unas características formales que el mismo ordenamiento jurídico le plantea. Es decir, que pertenezca a la normatividad vigente o que se encontraba vigente en el momento de aplicar la norma.
n) El derecho es ciencia jurídica. Atiende a la normatividad vigente. Al ordenamiento jurídico en vigor, es decir, obligatorio e indiscutible. Mientras esté con fuerza de obligatoriedad, la ciencia jurídica no tiene otra obligación sino la que el ordenamiento dice.
o) A la ciencia jurídica no le preocupa cual es la justicia perfecta ni que la constituye, sino qué dice la norma.
p) La humanidad no actúa con base en el convencimiento moral ni en el respeto hacia los demás. Actúa obligado por la coercibilidad de la norma, la fuerza estatal del Derecho y el miedo a la pena.
Y a esto solamente se puede decir que la supervivencia de la sociedad se debe a la fuerza del Derecho.

IV- EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL. LEY 1751 DE 2015

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

También se incluyen los artículos 5 y 6, como se ha mencionado en artículo anterior de esta serie.

Para terminar mencionemos apartes de algunos artículos de esta maravillosa y contundente Ley colombiana, que por fin demuestra que la función del Estado sí es la protección de los débiles:

El Artículo 9 constituye una medida abiertamente antineoliberal, que ataca los determinantes sociales que contribuyen a la desigualdad. En su solución incluye recursos del Estado en todos los planos y en nuestro concepto es el mayor avance político de los últimos tiempos.

El Artículo 20 proyecta cobertura universal y la eliminación de los regímenes subsidiado y contributivo.

Además informa que este derecho es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Adicionalmente, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

CAPÍTULO 5- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD CONSAGRADO EN LA LEY ESTATUTARIA

I- CONCEPTOS FILOSÓFICOS SOBRE EL DERECHO

El Derecho es el regulador por excelencia de la conducta humana. Se encuentra por encima de la moral, de las buenas costumbres y del respeto a la jerarquía por aceptación voluntaria.

El encanto del Derecho es la OBLIGATORIEDAD de la norma y la COERCIBILIDAD frente a su incumplimiento.

Veamos algunas definiciones sobre el concepto de Derecho.

En Roma, Celsus definió derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (IUS EST ARS BONI ET AEQUI).

Para MANUEL KANT el derecho es un elemento regulador por excelencia, el cual orquesta las acciones humanas y permite la convivencia entre las personas. Dentro de esta regulación se permite el ejercicio de la libertad individual siempre y cuando no afecte el espacio de cualquier semejante. Decía que el derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el otro siguiendo una ley general de la libertad".

RODOLFO STAMMLER coloca al derecho como la justificación existencial de cualquier forma de relaciones sociales. Por ejemplo, la economía tiene sentido en cuanto obedece a relaciones jurídicas predeterminadas socialmente. Afirma que "El derecho es la voluntad vinculante, autárquica e inviolable".

Para GUSTAVO RADBRUCH el Derecho regula la sociedad bajo el manto conceptual de la Justicia.

GIORGIO DEL VECCHIO analiza al Derecho como la fuente de poder que evita la invasión de una voluntad en campos de otra. Y para que esto sea efectivo, el derecho tiene que ser coercible, por la razón o por la fuerza.

RUDOLF VON IHERING enfatiza en la fuerza del derecho diciendo que la espada de la Justicia sin la balanza del Derecho es simplemente la fuerza bruta. Y la balanza sin la espada es la impotencia del derecho.

FRANCISCO CARNELUTTI habla del derecho como una serie de comandos que regulan los conflictos de intereses en un grupo social.

LEON DUGUIT dice que el derecho es una línea de conducta impuesta a los hombres en sociedad y cuyo respeto es garantía de la conservación del interés común. Por lo tanto, quien viola esa línea es merecedor de la reacción colectiva de toda la sociedad.

En resumen, el Derecho es una ciencia social que estudia la regulación del comportamiento humano en sociedad.

II- FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El término "Derechos Humanos", o "Derechos Fundamentales" es una de las ramificaciones del concepto general del Derecho. Por ello, cualquier aproximación al fundamento de los derechos humanos debe partir de una postura previamente determinada sobre la concepción del Derecho.

En el pasado, los filósofos se preocuparon por encontrar el sustento racional para esta formidable realidad de la cultura, dividiéndose en dos grandes bandos: el de quienes proclamaron que el derecho es "anterior y superior" a la creación de la sociedad, inherente a la naturaleza humana, válido en todo tiempo y lugar, y del otro lado el bando de quienes sostuvieron que únicamente existe el derecho en tanto formulación de reglas concretas para que esa convivencia social sea posible en un tiempo y sitio dados.

El Derecho no es una ciencia simplemente explicativa de fenómenos naturales regidos por las leyes de la necesidad (como la astronomía), tampoco es ciencia descriptiva de relaciones entre organismos o componentes que se explican por leyes de causalidad eficiente (como la biología o la sociología), sino disciplina predictiva, ya que sus investigaciones tienen como propósito, ni más ni menos, generar leyes teleológicas, de causalidad final, dirigidas a transformar el mundo, leyes para regular la libertad.

Se habla de DERECHOS HUMANOS. Pero ¿"cuáles" derechos humanos? A quién corresponderá la elaboración del "listado" de ellos? Quién debe decidir los valores que han protegerse con status constitucional? La construcción de los valores sociales es tarea de la comunidad misma; pero no basta con que la sociedad los reclame. Debe existir la decisión por parte del "poder", de reconocerlos formalmente y una vez reconocidos, demostrar que está dispuesto a hacerlos respetar. En la medida en que se tenga la pretensión de asimilarlos como fundamentos del Derecho (y siempre se tiene), serán ideales político- jurídicos.

Nuestras anteriores Constituciones ya hablaban de derechos fundamentales. En el mundo occidental cundieron, a partir de las Constituciones Norteamericana y Francesa, las declaraciones que los consagraban; sin embargo no se pasaba del nivel retórico, de la simple postulación de deber-ser desconectada de la realidad social, a la cual se hallaban destinados. Y ello ocurría porque hacía falta en las dichas declaraciones el elemento que distingue al DERECHO de la ÉTICA: la obligatoriedad. No existían instancias, ni acciones, ni autoridades establecidas para garantizarlos. Se mencionaban como en un recetario de buenas intenciones, pero no había forma de darles protección real o de hacerlos cumplir.

EL DERECHO ES UNO y las divisiones que se proponen tienen apenas una finalidad metodológica para hacer más fácil su comprensión (como ciencia teórica) o su tratamiento práctico (como ciencia aplicada). Nadie habla de una "medicina fundamental" enfrentada a otra "no fundamental"; ni de una "sicología fundamental" y otra que no lo sea. Como se ha criticado a nivel semántico, es incorrecto hablar de "derechos humanos" cuando todos lo son, por estar destinados al hombre. De igual manera hay resistencia a usar el término Derechos fundamentales porque tal denominación "recuerda demasiado a los conceptos "fundamentales" que algunos fenomenólogos pretendieron descubrir en el Derecho, con el carácter de esencias apriorísticas".

Los Derechos humanos no serán, según este criterio, simples formulaciones de deber- ser en el vacío (como los preceptos de la ética), sino "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"(Pérez Luño). Son todas las reglas

de deber-ser positivamente consagradas en favor de los habitantes de un Estado, respaldadas por un poder coercitivo, porque todos los derechos persiguen el reconocimiento y protección de las prenociones de libertad, igualdad y dignidad humanas.

III- ÉTICA Y DERECHO

He aquí el nudo del problema: La ética (entendida como conjunto de valores socialmente aceptados) es de formación lentísima e impersonal, razón por la que se pierde la posibilidad de una identificación concreta del sujeto responsable y queda en el mundo del DEBER, sin otra posibilidad de entronque con el mundo del SER distinta de la aprehensión, de la introyección, de la internalización que de ese mundo haga cada sujeto en particular, generando un "código moral" que le oriente en su conducta.

No es posible desoír impunemente la clara advertencia de Orwell (1984); El Derecho, bien o mal, ha sido, es y será el encargado de "codificar" la ética social e imprimirle el sello de la obligatoriedad. Pero su función de antemural no puede cerrar el paso al hombre nuevo; si por arte del progreso científico se ha cambiado el vector "velocidad" por el nuevo vector "aceleración", estamos obligados a reducir el término de decantación de la realidad y recoger en la norma jurídica el hecho social "en fresco". Requerimos de un DERECHO DE HOY, para el hombre de hoy.

IV- CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

A- UNIVERSALIDAD. Es la más importante para muchos. En 1993 en la Convención de DDHH de Viena en el artículo 5 se dijo que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes, siempre se relacionan entre sí. La Comunidad Internacional debe defender los DDH de manera global, equitativa y con el mismo peso. Previamente, en varias declaraciones, incluyendo la de 1948 se habían mencionado. Sin embargo esta característica de universalidad resulta odiosa en ciertas áreas relacionadas con raza, etnias y grupos sociales, que consideran que la construcción de los DDH surge de occidente y no son admisibles en su cultura y religión. Por ejemplo, la ablación del clítoris en las mujeres de ciertas religiones repugna a los DDHH, pero es aceptada en la barbarie religiosa de algunas comunidades. Este punto es muy álgido. Y hay muchos enemigos de la universalidad sobre argumentos religiosos, culturales y otros.

Pero el deber ser debe brindar un carácter que irradie a todo el orbe. Por esto para algunos tratadistas la utopía es una característica de los DDHH, debido a la naturaleza violenta y salvaje de los seres humanos. Con todo, la globalización es un hecho innegable. No debe perderse la dimensión filosófica, política y jurídica respecto de los DDHH, porque la globalización produce regionalización y resurgimiento de los nacionalismos.

B- IMPRESCRIPTIBILIDAD. La teoría subjetivista que dice que los DDHH nacen en la norma y no en la realidad (positivismo puro), se basa en la subjetividad de los mismos. Son derechos subjetivos. Una característica de los bienes de uso público es la imprescriptibilidad. Y esa habla de lo mismo, diciendo que no se extinguen con el tiempo. En el Pacto de San José y en el de San Salvador se enuncia que los Estados que tengan pena de muerte deberán hacer lo posible por acabarla. Y a renglón seguido dice que los que la hayan proscrito, jamás podrán volverla a implantar. En Colombia ni cambiando la CN (Ver art 93 y 94 sobre bloque de constitucionalidad).

C- INHERENCIA. Son inherentes a la dignidad del ser humano. Y esto se establece desde la Declaración Universal de DDHH y desde la Convención de Viena de 1993. Son propios del ser humano así suene tautológico. Ligia Galvis dice que los DDHH tienen dos perspectivas: Individual, que de refiere a los DDHH personales, que plantea que la inherencia parte de la individualidad que genera los de primera generación. Pero a partir de la II guerra mundial empiezan a nacer los derechos colectivos, ambientales y de otras generaciones. Y desde el punto de vista ambiental, se planea que con el tiempo la riqueza no sea el petróleo sino el agua.

D- IRRENUNCIABLIDAD. No son renunciables. No se puede renunciar al debido proceso, a la libertad, a la vida, etc.

E- EVOLUTIVIDAD. Los DDHH evolucionan y se proyectan a través de la historia humana. Pero se muestra también un contrasentido, por ejemplo cuando más se esfuerza el ser humano en evitar la guerra, más la utiliza. Hay derechos no previstos pero que aparecerán con los años. Puede haber variabilidad de los DDHH respecto de la periferia, pero pese a la evolución nunca se podrá tocar el núcleo esencial de los DDHH. Se toca la periferia

en estados de excepción y se hace para garantizar los DDHH de todo el colectivo. Es el fundamento de la seguridad democrática.

F- ENUNCIATIVOS. Se explica en el art 94 de la CN. Son claramente enunciativos. Si el hombre cambia continuamente, los DDHH jamás podrán ser taxativos. Fue un error de los tratadistas posteriores que los trataron de delimitar solo en números específicos. El art 94 dice que se deberá entender que los DDFF explicitados en el titulo II son de carácter enunciativo, pero las circunstancias de tiempo determinaran el carácter de nuevos DDFF.

H- ABSOLUTOS. Es un punto discutible. Absoluto es el núcleo esencial de los DDHH. El núcleo de la vida no se puede tocar. El esencial del derecho a la igualdad no se puede tocar. Pero la periferia si se puede en algunas circunstancias tocar, cuando otros derechos se ven colocados en el caso interpartes en un nivel de balanza diferente. Quiere decir que cuando existen estados de excepción previstos en la CN u otras circunstancias que obliguen a limitar esos DDHH en el tiempo, debe hacerse. Por ejemplo, la libertad de locomoción puede limitarse en su periferia como la posibilidad de deambulación siempre y cuando las circunstancias de seguridad no pongan en peligro a la comunidad. Es una función de carácter administrativo determinado en función de policía como el toque de queda que lo decreta un alcalde. Lo inalienable es el núcleo esencial de los DDH, de cada uno en particular. Y la periferia se denota en su aplicabilidad respecto de circunstancias. Se fundamenta en que mis derechos van hasta donde comienzan los tuyos. Es el pensar de los contractualitas. Hobbes decía que el hombre es lobo para el hombre. Es necesario que se una, ceda parte de su soberanía y cree un Estado que le garantice posibilidades mínimas de supervivencia, de lo contrario desaparece. La soberanía se cede por parte de los coasociados para garantizar la seguridad. Pero soberanía entendida como la capacidad de determinar hacia donde se quiere ir y qué se desea hacer.

I- INALIENABLES. (No se puede disponer de ellas. No se pueden quitarlos del ser humano). Al ser inherentes al ser humano, desde el punto positivista se asimilan a los bienes del derecho público. Distinto a lo que pasa con los bienes de uso fiscal aunque sean públicos.

J- EXTRAPATRIMONIALES. No son susceptibles de mirarse desde el

punto de vista patrimonial, aunque su violación lleve a indemnizaciones patrimoniales. Art 86 de la CN reglamentado por el decreto 306 de 1992 (tutela). Se solicita la protección del derecho fundamental pero no pedir indemnizaciones.

K- SISTEMICOS. No se pueden mirar de forma separada. Hay que mirarlos como un conjunto. Están clasificados, organizados. Art 29 de la CN inciso final respecto de la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del proceso. Dentro del núcleo del debido proceso existen procesos diferenciables: contradicción, defensa, defensa técnica, etc.

L- DIALECTICOS. Son una construcción dialéctica. Se miden desde el punto de vista de su entronización como una lucha humana entre el poder social y el poder del Estado. El poder del Estado frente al poder disidente. Es un conflicto. Si los DDHH son universales, aplicables a todos los seres de la especie humana, quien defiende los derechos humanos de los militares? Quien habla de nuestras victimas en soldados y policías? Como oponerse a las ONG que hablan en contra de nuestros militares? Toda construcción en DDHH se mueve entre tesis, antítesis y síntesis. El ser humano lo hace a través de la conciencia de su imperfección.

M- PONDERABILIDAD. Respecto de dos derechos, vida e igualdad, ha tenido visión de penetrabilidad en estos casos particulares. Cómo ponderarlos en casos como el aborto?

Habrá Constitución Nacional siempre y cuando haya redivisión del poder y una carta de navegación sobre DDHH.

V- CONCLUSIÓN

La Declaración de la SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL es un paso importantísimo para considerar que Colombia, en medio de sus desgracias, desordenes, corrupción, violencia y desgobierno, constituye por encima de todo un Estado Social de Derecho, en donde se garantiza la Dignidad Humana y se reconocen derechos inalienables de la persona humana por el simple hecho de serlo.

CAPÍTULO 6- LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL Y LA EQUIDAD EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD.

I-INTRODUCCIÓN

La Ley estatutaria 1751 de 2015, que consagra la salud como un Derecho Fundamental, es decir, como inherente a la condición de persona, producto del ser humano para el mismo ser humano, es una aplicación práctica y amplia del principio de Justicia Social.

Para muchos, el término JUSTICIA puede ser un concepto amplio que abarca muchas definiciones. Para efectos de lo que nos interesa en lo referente al avance social de la Ley Estatutaria en Salud, debemos definirla para entender el alcance de la aparición de esta norma, verdadero avance conceptual y político para todos los miembros de la sociedad.

II- QUE ES LA JUSTICIA?

La Justicia se puede mirar desde diversos puntos de vista:

A- Como valor jurídico se refiere a actuar dentro de la Ley, independientemente de cualquier nexo afectivo que una al juzgador y al procesado.
B- Como cualidad moral fue definida por Justiniano en la mejor forma hasta ahora conocida: La constante y perpetua disposición de reconocerle a cada cual sus derechos.
C- Como filosofía jurídica es la aplicación de la ley de la manera más equitativa, dentro de lo que la misma ley permite.
D- Como política social representa la presencia del Estado en la distri bución equitativa de recursos y bienes generales.

III- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La Justicia es de interés de todas las personas, pero la administración de la misma es función de la Rama Judicial del Estado.

La justicia social va de la mano con el bien común. Intenta solucionar las graves diferencias entre las clases sociales, haciendo énfasis en la naturaleza social del ser humano y en la función social de la riqueza, con base en principios de solidaridad

La justicia tiene que ver con distribución de bienes y de cargas. Pero lo más importante hoy en día es el respeto y garantía de los derechos fundamentales del individuo. Y aunque Dworkin exprese que son anteriores a cualquier pacto social, debe tenerse en cuenta que si no fuera por la sociedad ya evolucionada y la existencia del derecho como institución inseparable de la misma, esos derechos humanos no habrían sido reconocidos nunca entre los seres humanos, precisamente por el egoísmo natural de las personas, que aprendieron a respetar la integridad del próximo por la fuerza y coactividad del Derecho y no simplemente por la moral o por la más leve inclinación a ser generoso con el prójimo.

La Justicia, así definida, debe reconocerse en todos los actos de los poderes estatales. En el Legislativo, inspirando y diseñando las leyes teniendo en cuenta los derechos de todos los ciudadanos, con base en conceptos de igualdad y libertad. En el Poder Judicial, ajustando las sentencias a las normas constitucionales y a la Ley, que desde la implantación del Estado Social de Derecho, rigen la vida de los asociados. En el ejecutivo, protegiendo a los débiles del abuso de quienes detentan el poder económico y político, e incluso del Estado mismo, cuya imponencia no debe arrollar a las personas individuales.

La justicia implica beneficio mutuo e imparcialidad en los juicios de valor. Y aunque la justicia perfecta no se alcanza jamás, es una guía permanente en la conciencia de las sociedades y las personas. Dice la teoría social católica de la Iglesia: “Justicia es proteger los bienes del prójimo y darle lo que le pertenece. Es, de acuerdo con la misma doctrina de la Iglesia Católica, no retener el bien ajeno, no defraudar en el empeño de la palabra, no retribuir con salarios injustos. Incluye evitar la corrupción a todo nivel, el fraude, trabajar con engaños, no cumplir con los contratos y las obligaciones

adquiridas, tratar a las personas como cosas olvidando la dignidad que a todos los humanos cobija, reducir al ser humano a un simple medio para lucrar".

Varios filósofos han intentado definir la Justicia, asimilándola a equidad, y refiriéndose a aquellas cosas que se deben a cada persona. Veamos algunas de estas definiciones.

- HERACLITO DE EFESO: Esa cualidad que mantiene el orden universal.
- SÓCRATES: Es el sometimiento a la ley natural y a las leyes del Estado
- PLATÓN: Es la virtud que ordena las demás virtudes. Es el respeto a las funciones del otro en sociedad.
- ARISTÓTELES: Justicia es el justo medio. Es la virtud que hace prevalecer la igualdad. La Justicia Particular puede ser: Distributiva (Reparto de bienes y obligaciones de acuerdo con el mérito y la necesidad de cada quien. Es lo que la sociedad debe a cada miembro de la comunidad) y Sinalagmática (o correctiva, lo que los individuos se deben entre si)), que puede ser a su vez Conmutativa (Igualdad entre lo que se da y lo que se recibe) y Judicial (La que otorga a las partes su derecho).
- ULPIANO: Permanente voluntad de darle a cada uno lo que le pertenece
- SANTO TOMÁS: Constante y perpetua voluntad de reconocerle a cada uno su derecho. Como virtud es la práctica permanente de lo que se considera justo.
- RADBRUCH: Es la que determina la relación de igualdad entre las personas.
- STAMMLER: La justicia absoluta es imposible de conseguir. Es apenas un ideal que guía los actos humanos. La justicia es el fin de la arbitrariedad.
- GOLDSCHMIDT: Es las más grande manifestación de la moral sobre la tierra..
- RAWLS. Es el elemento esencial para analizar el contrato social justo en una sociedad igualitaria.

IV- CLASES DE JUSTICIA

También existen multitud de definiciones. Nos parece que se pueden agrupar dentro del siguiente esquema:

a- JUSTICIA GENERAL. Es la que abarca la sociedad como conjunto. Es la búsqueda del bien Común.

b- JUSTICIA PARTICULAR. Es la que delimita los intereses del individuo en la vida comunitaria

- CONMUTATIVA. Vela por la igualdad entre lo que se da y lo que se obtiene.
- DISTRIBUTIVA. Es la que vigilar porque se entregue a la comunidad lo que se debe. Reparte proporcionalmente cargas y bienes.

c- JUSTICIA SOCIAL. Es la que protege a los más débiles en la sociedad

d- JUSTICIA COERCITIVA. Es la que defiende a la comunidad de sus transgresores

- COMPENSATORIA. Es la que obliga a resarcir el daño producido entre los particulares
- PUNITIVA. Es la defensa de la comunidad ante el delito

V- JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y SUS PRINCIPIOS

El término justicia distributiva se refiere a lo que es equitativo, a la distribución determinada por reglas de cooperación social, mirando elementos como la propiedad, los recursos, los impuestos, los privilegios y las oportunidades. El término se relaciona con la distribución de los derechos y responsabilidades en la sociedad, incluyendo los derechos civiles y políticos. Se distingue de otros tipos de justicia como la justicia criminal (aplicación de castigos a quienes delinquen) o la justicia rectificatoria (compensación por incumplimiento de contratos, negligencia médica, etc). Si bien no existe un principio que pueda incluir todos los aspectos de la Justicia, se pueden clasificar en dos grupos: Formales y materiales.

Algunos de estos principios son:

1. A cada persona una porción igual (oportunidad de una educación primaria básica).
2. A cada persona de acuerdo con su necesidad (servicios de salud, subsidios de desempleo, etc.).
3. A cada persona de acuerdo con su esfuerzo (al más dedicado, el mejor puesto).
4. A cada persona de acuerdo con su contribución (muy relacionado con el ingreso de cada cual; aplica también para casos como el trasplante de órganos para nacionales y extranjeros).
5. A cada persona de acuerdo con sus méritos (trabajos y promociones laborales).
6. A cada persona de acuerdo con los intercambios del mercado

A pesar de lo anterior, elementos como la tradición, las convenciones, los principios morales y las leyes pueden establecer en muchos casos, propiedades relevantes en la escogencia del principio de igualdad.

Lo que estos principios definen es apenas una serie de guías para formular políticas o ejercer acciones concretas. Sin embargo, se necesitan argumentos morales más profundos para balancear estos principios básicos.

Muchos filósofos creen que un marco general de la teoría de la justicia puede proveer alguna ayuda para lograr esto.

VI-ASPECTOS CONTRACTUALISTAS DE LA JUSTICIA

El genial Rousseau también disertó sobre las bases de la Justicia Social. Decía que cuando el hombre vió el estado de guerra que alteraba su vida, originado en la inseguridad nacida de estas diferencias, las personas se obligaron a efectuar un contrato social, mediante el cual se protegía a los débiles y se contenía a los ambiciosos. Se buscaba crear un poder supremo basado en unas reglas de derecho y de justicia.

Qué se contrata? El establecimiento del cuerpo político y el sometimiento a la ley.

Para Rousseau, no existía en el estado natural la propiedad privada. Ese contrato social, sirve además para proteger de agresiones externas a la comunidad que lo crea.

La persona pierde algunas libertades individuales, pero gana libertades civiles que permiten ampliar las ideas, sublimar los sentimientos y pasa de ser un cuasianimal a un ente lleno de inteligencia.

Sin embargo, este contrato sirvió para legalizar la usurpación y defender la propiedad de los que se apoderaron de las cosas que eran previamente de uso común. La propiedad privada es el origen de todos los conflictos entre seres humanos.

Volviendo al contrato social, las personas enajenan sus derechos a la comunidad. La obediencia a la ley se convierte en una forma de libertad pues es seguir libremente la norma que las mismas personas han fijado. Ya entonces no se es esclavo de los instintos, sino dueño de su propia capacidad de obedecer los dictados de esa ley.

Kant, de una manera más general aborda el problema de la Justicia desde el punto de vista puramente teórico. Los problemas que obsesionaban a Kant eran El relativismo moral (Se necesita fundamentar una ética de manera completamente universalista). La ética no se debe discutir sobre códigos sino sobre fundamentos. La ética debe ser procedimental formal no material. No se deben discutir contenidos cuando se discute a fondo. Para Kant ética es moral vivida y moralidad es moral pensada.

Y en los imperativos categóricos kantianos se encuentra el fundamento de la justicia diaria: Obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal. Y obra de tal modo que te relaciones con la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquiera otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.

El primero cumple con la solución a los cuatro problemas kantianos planteados.

Por su parte, los utilitaristas critican la posición kantiana en el aspecto de su primer imperativo categórico , pues hace referencia a la actuación de tal forma que la misma pueda ser base de una ley universal, implica varias cosas: aplicabilidad en cualquier momento, que sea precedida de una voluntad consciente y racional, etc.

Pero esta es una ética parta seres perfectos, no para humanos. Es inalcanzable para personas normales. El utilitarismo en cambio es para seres más reales.

La ética según los utilitaristas es un producto humano aplicable a comunidades humanas y el utilitarismo no debe confundirse con la filosofía de la avaricia, de la monetarización, que busca la ganancia incluso por encima del placer.

Por el contrario, el utilitario basa su análisis en la evaluación de la mayor felicidad al mayor número de personas.

La ideología marxista sienta sus postulados primordialmente con una base económica como conjunto de elementos que integran una sociedad, así mismo propenden por la necesidad del hombre de liberarse de la explotación que produce los medios de producción en manos de los particulares, porque el trabajo de un hombre no es justamente remunerado ya que los propietarios tienden solo a dar un mínimo vital a los obreros.

Es entonces la socialización de los medios de producción uno de los fines directos, puesto que la propiedad debe pertenecer a quien utiliza los medios de producción, omitiendo en esta forma cualquier concepción de democracia política.

VII- LA INSPIRACIÓN EN EL CONCEPTO DE JUSTICIA DE JOHN RAWLS

En lo que hace referencia al pensamiento de John Rawls respecto de la justicia y su presencia incondicional en una nueva sociedad teórica, debe decirse que su planteamiento de la justicia como equidad, balancea los principios de igualdad, libertad y equidad. Busca un consenso entre las ideas utilitaristas de tipo benthamiano, liberales individualistas y libertarias

Tiene en cuenta los derechos individuales promovidos por el liberalismo clásico y la distribución igualitaria de los pensadores socialistas y democráticos. Reconcilia la libertad con la igualdad.

Plantea que las personas efectúan un contrato social hipotético que busca encontrar principios fundamentales que van a gobernar la sociedad.

Ser parte de la aceptación de lo que cada uno desea como forma de vida (facultad de conocer lo que es bueno) y de la colaboración con los demás si esta redunda en su beneficio.

Pero lo que es bueno no se puede aplicar de manera universal. En cambio, se puede llegar a un acuerdo sobre lo que es justo.

Rawls tiene en cuenta los derechos individuales promovidos por el liberalismo clásico y la distribución igualitaria de los pensadores socialistas y democráticos. Reconcilia la libertad con la igualdad.

Plantea que las personas efectúan un contrato social hipotético que busca encontrar principios fundamentales que van a gobernar la sociedad.

Se parte de la aceptación de lo que cada uno desea como forma de vida (facultad de conocer lo que es bueno) y de la colaboración con los demás si esta redunda en su beneficio.

Pero lo que es bueno no se puede aplicar de manera universal. En cambio, se puede llegar a un acuerdo sobre lo que es justo.

Los puntos de partida en la propuesta de Rawls son:

1- Respeto a la humanidad
2- Sociedad razonable con objetivos racionales
3- Posibilidad de conocer el bien por parte de los ciudadanos. Existe una razón publica.
4- Reconocimiento de las libertades básicas de manera igualitaria
5- Libertad de pensamiento y de conciencia
6- Libertad de asociación
7- Libertad de participación política
8- Libertad e igualdad de acceso a puestos políticos

Enuncia además algunos presupuestos para construir una sociedad justa desde un comienzo:

A- Para organizar una sociedad deben estar de acuerdo las personas en los principios básicos.
B- Un principio de diferencia. Se deben mejorar sustancialmente las posibilidades económicas de los menos favorecidos La satisfacción de las necesidades básicas elementales en todos los miembros de la sociedad.
C- La compensación de las desigualdades ocasionadas por lo que denomina la Lotería Natural de la Vida. Aquellos privilegios que tienen algunas personas por sus habilidades innatas o posición socioeconómica.
D- Una posición original de igualdad antes de la aparición de desigualdades debidas a la competencia entre personas. Las personas buscan principios de justicia aceptables para todos. Se escogen los principios de justicia que regirán la sociedad
E- Un velo de ignorancia entre todos los seres humanos que van a constituir la sociedad, donde no se conozca el origen social, las aptitudes naturales, sexo, raza, religión, principios morales, etc. Esto hace que las decisiones a tomar sean imparciales.
F- Un principio de igualdad de oportunidades

VIII- LA EQUIDAD EN SALUD

Los conceptos de Justicia y equidad son, con bastante frecuencia, confundidos en su definición como si fueran uno solo. Y aunque van ligados

de manera indisoluble, tienen diferencias sustanciales que los separan, no solamente desde un punto de vista puramente semántico, sino filosófico y práctico.

Mientras la justicia se ha entendido desde hace muchos siglos como la constante y perpetua disposición de reconocerle a cada cual sus derechos, esta definición es demasiado general y amplia y, por ende, no permite ser aplicada a los casos individuales.

Es similar a lo que ocurre con ética y moral. Mientras la primera (ética) busca principios generales de aplicación universal, la segunda (moral) es la que analiza los casos particulares y especificas buscando la bondad o no de las acciones concretas de las personas.

Entonces, mientras la justicia define el concepto general del reconocimiento de los derechos de las personas, la equidad se ocupa de manera especifica de la aplicación de este principio abstracto a los casos concretos, teniendo en cuenta los principios de igualdad y proporcionalidad, pero con aplicación de otros aspectos, como el de solidaridad, compasión y humanidad, especialmente por parte de los jueces.

El vocablo equidad proviene del latin aequitas, proveniente de aequus o igual.

El Diccionario de la Lengua Española lo define como "bondadosa templanza habitual" y propensión a dejarse guiar por el deber o la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita.

Analizando lo que ocurre con la sana critica en el aspecto probatorio (utilización por parte del operador judicial de las reglas del sentido común, la experiencia y la ciencia, entre otros), la equidad constituye la humanización del sentido abstracto de la justicia, al pasar por las categorías del juez (un ser humano, al fin y al cabo), quien debe determinar lo que en su concepto debe aplicarse a las personas bajo su análisis, dentro del marco de la Ley, la cual aspira a ser justa, sin lograrlo en sinnúmero de ocasiones. Adicionalmente, cuando la ley no es clara o ni siquiera se ocupa del caso en particular, la equidad acude en su auxilio, basada en la razón natural, los principios generales del Derecho y la costumbre utilizada y aceptada en una determinada comunidad y país.

Y la justicia pretende, desde un punto de vista dialéctico, conciliar posiciones contrarias o enfrentadas, bajo un número de reglas de tipo general (A Brecht):

a- Una concordancia lo más cercana posible con la verdad objetiva
b- La aceptación general de un sistema axiológico (de valores)
c- El respeto a la igualdad de los que son considerados como iguales
d- El ejercicio de la libertad
e- La posibilidad de cumplir normas lógicas y posibles de acatar

La equidad, por su lado, al aplicar la norma al caso especifico, al actuar dentro del espíritu y el enunciado exegético de la Ley (cuando sus enunciados sean claros), flexibiliza dicha norma y la humaniza.

De otro lado, la equidad trata de corregir las lagunas del Derecho y sirve como medio de interpretación (hermenéutica jurídica) de sus normas.

Adicionalmente, la equidad tiene fundamento en la idea aristotélica de la justicia distributiva, cuando defendía el reparto de cosas iguales entre los iguales y de cosas desiguales entre los desiguales, en proporción a su desigualdad.

De la aplicación del Derecho al caso particular o especifico puede inferirse una regla para aplicar posteriormente a un caso similar (inducción del Derecho), es decir, en cierto sentido es creadora de Derecho. Y por otro lado, la aplicación de la norma al caso concreto (deducción) crea un ambiente de igualdad entre los iguales.

IX- EQUIDAD PROCESAL

Se dispone en equidad cuando el derecho en cuestión posea la característica de disponibilidad del mismo. A esto se suma la solicitud de las partes de común acuerdo.
Son características del Derecho

-Es elemento fundamental para regular la conducta humana en la sociedad.
-Se basa en la aceptación de la norma y la Ley por parte de los miembros de la comunidad.

-Debe expresar un ideal ético de justicia, aspirando a ella aunque no necesariamente garantice su respeto.
-Conjuga la autonomía individual con el bien común.

Puede entonces decirse que el derecho es una realidad indispensable en el diario vivir. De allí el famoso silogismo latino: Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius. Y para que exista el derecho debe existir el ser humano y debe existir la sociedad. Dentro de ella, las personas pueden adquirir derechos y contraer obligaciones para su normal desempeño vital.

La convivencia entre seres humanos nunca ha sido sencilla. Por ello debe crearse una fuerza directriz que se ha denominado gobierno. El Derecho crea el poder y la autoridad para hacer cumplir las normas.

El Derecho se encuentra presente en todos los actos humanos que impliquen exteriorización de la voluntad y que en alguna forma afecten la vida de cualquier miembro de la sociedad.

La equidad en la interpretación y aplicación de la norma al caso específico tiene su consagración en la jurisprudencia de las cortes, pues esto no solo es fuente del Derecho, sino de la misma ley, como sucede en el caso de la Corte Constitucional, cuando unifica sentencias en materia de constitucionalidad, las cuales son vinculantes, es decir, de obligatorio cumplimiento.

X- LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Interpretar la Ley es buscar el sentido, el espíritu y contenido real de la norma. Por un lado, es el conocimiento, aplicación y adaptación de las normas abstractas (aquellas que solamente se concretizan cuando se aplican a un caso real) o generales que emite el poder legislativo, a los casos específicos.
Es pasar de lo general a lo particular.

En el momento en que aparece el caso específico o particular, la norma general debe ser interpretada.

Ejemplo: Art 1513 CCC. "...La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano

juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus descendientes o ascendientes, a un mal irreparable y grave...”

No es lo mismo la amenaza o coacción que se ejerce para obligar al matrimonio a una niña de 20 años de clase social alta o a una prostituta de la misma edad. En suma, interpretar la norma es conocerla y aplicarla al caso concreto

XI- LA JUSTICIA Y EL DERECHO

No es lo mismo ley que Derecho; porque toda ley es Derecho, pero no todo Derecho es ley. La ley es una parte del Derecho, ella surge de él, por lo que es necesario no incurrir en el error de catalogarlos como sinónimos.

Después de lo anterior, se puede ver que la Justicia es inherente al Derecho, en donde se debe tratar por igual a todos los individuos, no restringiéndoles su libertad de actuar, siempre y cuando ésta no dañe a los miembros de la sociedad.

El Derecho es justo, no obstante, son los seres humanos los que lo hacen injusto puesto que los legisladores hacen el Derecho positivo y éste es el que debe ser observado por todos. Los positivistas consideran que por Justicia debe entenderse la legalidad, el riguroso apego a la ley, o sea, la imparcial y correcta aplicación e interpretación del Derecho positivo. Pero, en uno de los mandamientos del abogado que da Couture, sostiene: “Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia”. Esto significa que, al menos desde un punto de vista filosófico, la Justicia está por encima del propio Derecho

El término justicia distributiva se refiere a lo que es equitativo, a la distribución determinada por reglas de cooperación social, mirando elementos como la propiedad, los recursos, los impuestos, los privilegios y las oportunidades. El término se relaciona con la distribución de los derechos y responsabilidades en la sociedad, incluyendo los derechos civiles y políticos.

Se distingue de otros tipos de justicia como la justicia criminal (aplicación de castigos a quienes delinquen) o la justicia rectificatoria (compensación por incumplimiento de contratos, negligencia médica, etc).

XII- COMO SE ATENÚA LA SEVERIDAD DE LA LEY Y LA JUSTICIA A TRAVES DE LA EQUIDAD?

Cuando se falla en equidad o teniendo en cuenta la equidad, se humaniza y "benigniza" la fría severidad de la ley general, protegiendo la solidaridad social, promoviendo la compasión de las personas involucradas en el fenómeno procesal.

Lo anterior es necesario teniendo en cuenta dos aspectos del ejercicio de la función judicial:

XIII- LAS FUNCIONES ESENCIALES DEL DERECHO:

1- CONTROL DE CONFLICTOS INTERPERSONALES EN LA SOCIEDAD. La vida diaria se encuentra en permanente conflicto inter subjetivo. Las personas, en sus relaciones diarias, chocan por multitud de motivos. Y para evitar que dichos conflictos desencadenen acciones violentas y disturbios que molestan el normal desenvolvimiento de la comunidad, el derecho regula muchos actos humanos y advierte acerca del precio o pena que debe pagar quien desobedezca los postulados de la norma.

2- ASPIRA A SER JUSTO Y EQUITATIVO. Debido a su tránsito por el órgano que estudia, discute y aprueba la ley, el derecho tiene aspiración de ser justo en el campo que a cada ley compete. Es apenas lógico que la norma no puede complacer a la totalidad de los ciudadanos, e incluso puede ser no muy popular entre la mayor parte de los miembros de la sociedad, como en el caso de los estatutos tributarios o de impuestos. Sin embargo, cada Ley intenta proteger bienes jurídicos importantes y que beneficien a la mayor parte de la sociedad.

3- EL DERECHO EVOLUCIONA CON LA SOCIEDAD. La humanidad se encuentra en permanente evolución y cambio. Por ello, a medida que aparecen avances científicos, nuevas formas de hacer las cosas, aumento en la velocidad de desplazamiento, formas nuevas de delincuencia, etc, el derecho debe regular las acciones secundarias al cambio. A quien se le ocurriría hace cincuenta años hablar de normas sobre clonación humana?

O qué norma regulaba el riesgo de transporte de material nuclear? Hoy en día se impone la intervención estatal y social en múltiples actividades que antes no se planteaban ni en relatos de ficción.

4- REGULA EL PODER DEL ESTADO. El absolutismo de los monarcas pasó a la historia. Ya no se puede aceptar el concepto del poder divino de los reyes ni ciertas posiciones de privilegio basadas en conceptos religiosos dominantes.

XIV- LA TELEOLOGÍA JURÍDICA (LOS FINES DEL DERECHO)

Estos fines se pueden condensar en los siguientes:

A- LA SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS

Fundamentada en que el Estado cree una serie de mecanismos o procedimientos a través de los cuales el ciudadano común y corriente pueda gozar de un estándar de seguridad que le pueda garantizar su vida, honra y bienes.

B- EL BIEN COMÚN

La anterior teoría fue revaluada por la escuela escolástica del Derecho, la cual parte del supuesto que los fines del Derecho están en relación directa con el bien común.

Santo Tomás, en la Suma Teológica, afirma que el Estado debe propender permanentemente el bien común de los asociados. Por lo tanto, debe buscarse un sistema político que evite todas las desigualdades sociales y que al mismo tiempo procure el bienestar social y económico de todos los asociados.

Bien común es la serie de condiciones de vida social mediante las cuales las personas puedan alcanzar la realización y perfección individuales y colectivas.

C- LA CONVIVENCIA PACÍFICA

La Teoría Enciclopedista del siglo XVIII contradice a la anterior. Parte del supuesto según el cual la sociedad se encuentra montada sobre tres principios:

Libertad, Igualdad y Fraternidad. Sobre ellos se edifica el gran fin del Derecho, cuyo fin esencial es la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Esta convivencia debe lograrse mediante una administración pública que, de una parte, emprenda una lucha sin cuartel contra la corrupción y, de otra, como complemento de esa lucha, abra unos canales de comunicación para que exista democracia participativa y, de ninguna manera una democracia simbólica o formal.

CAPÍTULO 7- EL ESTADO COMO GARANTISTA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

I-INTRODUCCIÓN

Los artículos 1 y 2 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 expresan la obligación que tiene el Estado de GARANTIZAR y PROTEGER el derecho fundamental a la salud.

Adicionalmente, plantea la obligación de eficiencia, eficacia y efectividad del Estado como máxima autoridad de la comunidad de individuos, en el acceso a los servicios de salud y en todos sus aspectos: promoción, prevención, diagnostico, tratamiento, rehabilitación y paliación para TODAS las personas.

La Ley expresa en dichos artículos lo siguiente:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

En esta ocasión hablaremos del Estado como creación del ser humano, del cerebro de las personas, de la sociedad, del contrato social originado en la comunidad de los individuos, del triunfo que representa haber vencido la superstición de los primeros años de la humanidad y de la aberración intelectual que representaba el poder de los monarcas, pulverizada por la Revolución Francesa que dio origen al Estado de Derecho y por los movimientos intelectuales, sociales y económicos de finales del siglo XIX y comienzos del Siglo XX, que originaron el Estado Social de Derecho

II-DEFINICIONES BÁSICAS

Antes de que Nicolás Maquiavelo en su obra "El Príncipe" se refiriera al Estado tal y como ahora se entiende, es decir, un ente político compuesto de tres elementos: territorio, población y gobierno soberano, la palabra se empleaba, en sus inicios, para designar el estado de salud de una persona, el estado de las finanzas de un país y en Francia significaba status social, o sea el puesto que cada cual ocupaba dentro de la sociedad.

En tiempos de la Revolución Francesa el rey de Francia, Luis XVI, para sacar al país de la crisis en que estaba sumido, reunió los Estados Generales, convocando a la nobleza, al clero y la burguesía que habitaba las ciudades y que representaba al pueblo en general. Esta representación popular fue conocida con el nombre de "tercer estado" o "estado llano" porque no gozaban de los privilegios o status de los anteriores, o sea de la nobleza y el clero.

Ese estado, o tercer estado, va a hablar, por primera vez, de que él encarna a la nación francesa, siguiendo las tesis de quien después fuera considerado como un gran ideólogo de importancia constitucional manifiesta: el abate Sieyes, con su obra "Qué es el tercer estado", en la que sostiene que hasta ese momento el tercer estado ha sido nada, o sea, que nadie lo ha tenido en cuenta a pesar de que es casi toda Francia, y que aspira a ser algo porque es la propia nación.

Los discípulos de Sieyes y los partidarios de sus tesis las combinaron con el pensamiento de Rousseau y se empezó a hablar de soberanía nacional, es decir, el máximo poder dentro de una comunidad política que para el caso histórico reivindicaba para ella, por medio de sus representantes, el poder de constituir, con sus ideas, la nación francesa, poder que en teoría

constitucional se denomina el poder constituyente, y esa misma Asamblea, en la historia, se convierte en poder constituyente y le da a Francia la primera constitución en 1790.

Igualmente, esa Asamblea proclamó los derechos del hombre y del ciudadano, y en su artículo 16 bosquejó por primera vez el concepto de constitución moderna, sosteniendo que una comunidad política que no tuviera, por lo menos, en su ley fundamental, la consagración de los derechos del hombre y del ciudadano y la tridivisión de los poderes públicos en Ejecutivo, Legislativo y Judicial no podía decir que tenía constitución, porque si esa separación de poderes no se daba, se presentaba, necesariamente, la tiranía, que para ellos era el peor de los sistemas políticos, porque el pueblo, en ese sistema, pierde su dignidad, no es libre ni tampoco soberano, identificando al tirano con el rey de Francia.

III- EL ESTADO DE DERECHO

Esta forma de Estado fue el resultado de las revoluciones que sacudieron al mundo durante los siglos XVII y XVIII: la Revolución Inglesa, que dio como resultado la Bill of Rights (1689), la Revolución Norteamericana de 1776 que generó la nueva constitución del Estado, y la Revolución Francesa, cuyo máximo legado fue la Declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano. Todas estas, antecesoras inmediatas de la revolución industrial, que ocasionó una exagerada concentración de capitales en manos de la aristocracia y alta burguesía.

Partiendo de la base de que fue la burguesía la que impulsó una revolución en torno a los valores imperantes hasta 1789, entenderemos el carácter individualista de la doctrina innovadora que dio pie a las constituciones de corte liberal: el valor preponderante es la libertad, más concretamente la libertad burguesa expresada en términos de libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, de industria y comercio, etc. Precisamente en el postulado revolucionario "libertad, igualdad y fraternidad", no en vano es éste el primer valor que se resalta para la Constitución de un nuevo estado.

Otra de las innovaciones fue el destacar una serie de derechos como inherentes a la persona humana, y por tanto fundamentales (Declaración de los Derechos del Hombre); sin embargo, a la contemplación positiva que, en

esta época, se dio de estos derechos, se le ha hecho una crítica bien justificada: a todos los ciudadanos se les reconocía un status de igualdad formal, cuando en la práctica solo podían ejercer estos derechos quienes contaran con el respaldo económico suficiente. No más ver la miserable existencia del proletariado durante la era de la revolución industrial, se comprenderá la incoherencia entre el ordenamiento que se vanagloria de ser justo y humano, y una realidad polarizada entre muy ricos y muy pobres. No había ningún tipo de mecanismo para hacer valer los pocos derechos que les eran reconocidos a los pobres (igualdad humana, derechos básicos como la vida, etc), pues éstos no constituían de por sí normas positivas, sino comunes denominadores para todo el ordenamiento: "En materia de igualdad, queda claro que la igualdad constitucional no borra las desigualdades reales".

Obedeciendo al respeto a la individualidad que de por sí implicaba el reconocimiento, aunque fuese en el plano de la teoría, de dichos derechos, se determinó que el Estado no podía intervenir en la vida individual, a no ser por medio de una ley que lo justificara. El Estado burgués de Derecho (o Estado de Derecho) se basa, entonces, en el "imperio de la ley", la cual actúa como factor de enlace entre lo que incumbe a la vida privada, y lo que incumbe a la vida pública. Así vemos otra de las características determinantes del Estado burgués de Derecho: las posibilidades de desarrollo para los particulares, en especial la burguesía, se enmarcan dentro de la esfera privada, y el Estado como personificación de la vida pública no puede intervenir en ella, a menos que sea en beneficio de un interés general. Hay una disyunción conceptual entre lo público y lo privado, entre el Estado y los particulares, como dos entes independientes que requieren de una ley para tener algo en común.

Sin embargo, sí había un solo factor que de alguna manera los unía: el interés general, el cual era entendido como el culmen de todos los intereses individuales, el consenso y realización del cual era la meta primordial del Estado y aspiración de igualdad y libertad generalizadas. Este concepto, por definición, implicó una contradicción entre la teoría y la práctica, pues el individualismo marcado de la época no permitía de ninguna manera la definición concreta del interés general como un todo unitario.

"El liberalismo, en forma vertical y contundente, pretendió que el interés público, como idea moral, prevaleciera en todo caso sobre el interés particular, que el ideal de igualdad y justicia prevaleciera sobre el cálculo utilitario de la vida feliz.

(...) Esta exigencia coexistió con una concepción del interés público como feliz resultado de la maximización de beneficios individuales, lo cual lleva a que los intereses del individuo se transformen en intereses particulares difícilmente armonizables con cualquier idea de interés general."

De esta manera, vemos la grave incoherencia entre el individualismo burgués defendido por la revolución y reflejado en el reconocimiento de libertades personales como base del sistema, y el interés general concebido como un fin al cual había que llegar, y que estaba conformado por intereses individuales globalizados.

Entendiendo que este es un sistema que presenta contradicciones entre un principio como lo es el de la individualidad reflejada en las libertades personales, y un fin como lo es el del interés general como valor unitario, podemos entender porqué trajo consigo grandes perjuicios que de hecho son comprobables. Una actitud consecuente con lo que pregonaba el sistema, llevó a la privatización de la esfera pública en manos de la clase económica con mayor poder, la cual consideraba como interés público sus propios intereses particulares y por consiguiente excluía a las clases pobres; el proletariado creció de manera vertiginosa.

No podemos decir, entonces, que el Estado Burgués haya cumplido con los objetivos que para él establecieron sus precursores de la Revolución, puesto que en ningún momento se puede considerar como justo un sistema que tolere las diferencias sociales que se dieron durante el siglo XIX.

Quizás por el planteamiento de unos objetivos demasiado generales y vagos, o por el incipiente desarrollo de un sistema tan innovador como éste, lo que trajo el Estado de Derecho fue una crisis dentro de los valores que pregonaba: hubo crisis de libertad (no había libre concurrencia al mercado por la concentración de riqueza en manos de la alta burguesía), crisis de igualdad (esta se daba solo en plano económico, y por tanto político: eran iguales entre burgueses, y eran iguales entre proletarios, pero jamás era igual toda la sociedad), y sobretodo crisis de justicia (nunca se podrá calificar de justa la sociedad decimonónica de muy ricos y muy pobres).

Como una respuesta a esta situación, y como un objetivo claro de nueva revolución, se dan las distintas doctrinas políticas que desarrollarán nuevos movimientos sociales de distinto orden (socialismo, sindicalismo, solidarismo, marxismo...), los cuales tienen como común denominador el logro de una

sociedad justa y que atienda al bienestar de la generalidad. Tal vez el resultado mas concreto de estas nuevas teorías, es el logro de una nueva forma de estado: el Estado Social.

IV- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Para partir de una definición concreta, podemos definir el Estado Social como la forma de Estado que busca garantizar unas ciertas condiciones básicas de vida para todos sus súbditos, sin distinción alguna, planteando claramente cuáles son los derechos fundamentales de la persona y eliminando la distancia conceptual que el Estado de Derecho había establecido entre el Estado y los particulares por medio de unos mecanismos concretos y eficaces para hacer respetar estos derechos. El Estado social, y en su expresión ideal, el Estado de Bienestar, tienen como objetivo primordial la participación de los particulares en la vida pública y a su vez la participación del Estado en la esfera particular en términos de ser un custodio y defensor, por así decirlo, de los derechos que él mismo garantiza para todas las personas.

Su concepto y desarrollo se dio a partir de mediados del siglo XIX, con el surgimiento de innovadoras doctrinas políticas que tenían en la mira una nueva revolución social, que acabara con los esquemas opresores conocidos e instaurara un orden justo. Entre éstas podemos citar al socialismo, sindicalismo, solidarismo, social cristianismo, marxismo, etc.

Tal vez el logro más concreto que éstas tuvieron, fue la creación de un orden en sí, un nuevo tipo de organización que poco a poco fue adoptada en la mayoría de los países occidentales: el Estado Social, que es perfectamente coherente con la idea contemporánea de la democracia Constitucional.

El Estado Social, o constitucionalismo social, tiene unas características generales muy concretas sobretodo en cuanto a objetivos-valores:

- Libertad: una persona es libre en la medida en que está facultada para ser libre. Soy libre para escribir, si sé escribir; soy libre para ser propietario si tengo el dinero para comprar. La libertad en el Estado social está expresada en términos mucho más racionales que en el Estado de Derecho, por cuanto en el primero se tiene esa libertad cuando se puede optar entre hacer o no hacer algo, a diferencia de lo que se postulaba en el segundo: todas las

personas son igualmente libres. Este enunciado era abstracto y en muchos casos inalcanzable, pues no se podía comparar la libertad de acción de un burgués con la de un proletario.

- Igualdad: las personas no solo son iguales ante la ley, sino que son iguales de hecho. Aquí radica la innovación: la desigualdad de hecho tiene mecanismos para ser erradicada. Y más concretamente en el caso colombiano, la acción de tutela, (la discriminación positiva y los derechos programáticos). Justamente porque Colombia es un estado social, y permite la participación activa de todos los particulares dentro de la vida pública no solo para ser artífices del cambio sino para hacer valer sus derechos, es que hay una igualdad real, tangible. Cualquier persona puede interponer una acción de tutela, pues los derechos son los mismos para todo el mundo. Asimismo, todas las personas pueden exigir que el cumplimiento de sus derechos o en su defecto la procedencia de la acción de tutela, sean efectivos.

- Justicia: la justicia en el Estado Social tiene un matiz diferente; se le interpreta como justicia social, protectora de carentes y débiles. Aquí se tiene en cuenta una tesis eminentemente iusnaturalista: la justicia no surge de un acuerdo entre las partes sobre lo que es justo o no es justo, sino que está condicionada por los presupuestos de la dignidad humana. Es justo, lo que no sea indigno para las personas. Y esta dignidad no es alterable.

Además de estos tres valores del Estado Social, que podemos contrastar con los tres valores del Estado Burgués de Derecho, el Estado Social persigue otras metas (y estas metas, como los valores anteriores, están contemplados en la Constitución): dignificación del trabajo, función social de la propiedad, intervencionismo estatal para preservar los derechos, solidaridad vista como deber jurídico, etc.

El rasgo más importante del Estado Social, y el factor que hace que la esfera privada y la vida pública se vean contenidas dentro de un solo sistema unitario, es la constante actualización a que se ve sometido el derecho original por medio de la interpretación del juez, quien es el encargado de dar soluciones adecuadas a casos concretos, sin tener que someterse a la rigidez de una norma que prevé una situación dada. Pues como de ninguna manera pueden anticiparse todos los casos posibles de problemas jurídicos, el derecho, en función de su justicia, debe adecuarse a la realidad por medio del juez.

En el caso de Colombia, este juez es el juez constitucional:

Aquí cobra especial importancia el estilo del texto constitucional: generalidad, consagración de los principios básicos, no concisión en las definiciones ni en las prescripciones. La interpretación constitucional, a cargo del juez, es por tanto el mecanismo constante de renovación del ordenamiento. "De ahí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho". Así surge otra de las diferencias entre Estado Social y Estado de Derecho: la importancia de juez como ponderador de principios frente a casos concretos.

A nuestro modo de verlo, el Estado Social de Derecho es la expresión más clara de lo que se ha buscado restablecer a lo largo de la historia con las principales revoluciones sociales: la justicia. Es un sistema en el cual el individuo no pierde su individualidad por formar parte de un todo que persigue unos fines determinados, y que respeta la pluralidad (el interés público, visto desde el Estado Social, no es la maximización de unos intereses particulares, sino que abarca todos los intereses más generales de la población). Es un mecanismo mediante el cual se alivia el yugo que ejercen los imperios económicos sobre quienes no tienen los recursos básicos para una existencia digna, haciendo valedero el ejercicio de sus derechos. Es un reflejo del intento que ha hecho la historia por nivelar las condiciones de vida de la población.

V-CONCLUSIONES

El Estado Social de Derecho que declara nuestra Constitución, le traza a la organización Política unos derroteros que constituyen simplemente una obligación en el actuar de la cual no puede excusarse.

Y aunque la contaminación de todos los poderes, debida a la corrupción que impera en todas las esferas de la vida colombiana, desdibuje los objetivos del Estado por la actuación de quienes despojan de manera periódica a la idea de Estado como forma de organización social, la fuerza del Derecho tendrá que imponerse sobre dichos personajes.

El camino no será fácil y, ciertamente tampoco será corto, pero la Ley Estatutaria 1751 de 2015 es clara muestra de la imposición de un nuevo orden social, político y económico que resalte la función del Estado respecto de los débiles y desprotegidos de nuestro país.

CAPÍTULO 8 - EL CONCEPTO DE SALUD

I-INTRODUCCIÓN

Hace más de quince años, en el año de 1997, cuando la Ley 100 de 1993 llevaba ya cuatro años destruyendo la salud de los colombianos, los Dres Herman Redondo y Fernando Guzmán publicaron el libro LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, EL DESASTRE DE UN MODELO ECONÓMICO.

En esa obra planteábamos el fracaso que se encontraba en curso en los comienzos de esa reforma que dejó postrado el sistema de salud colombiano y que solamente sirvió para poner en evidencia la protección de los intereses de los mercaderes del sector de aquel entonces, algunos de los cuales han logrado sobrevivir hasta este momento.

El libro recibió toda clase de reacciones de diversos sectores sociales. Pero quizás uno de los que más recordamos fue el de algunas EPS (Empresas Promotoras de Salud) y de EMPP (Empresas de Medicina Prepagada), las cuales manifestaron su descontento con nuestras manifestaciones criticas y nuestras protestas ante la expoliación del sistema y decidieron excluirnos de las listas de los médicos adscritos a dichas empresas.

Esta forma de retaliación, muy característica de esas organizaciones mercantiles, fue la prueba clara del interés de esas entidades en mantener el engaño a la población y a sus componentes (Instituciones, profesionales y pacientes), para poder continuar con sus actividades económicas de ganancia por encima de la prestación de los servicios.

Dichas actividades desembocaron en los desastres y fracasos de muchas de ellas, envueltas en actividades ilícitas, como lo han demostrado las recientes denuncias y sanciones que se les han impuesto. Dice nuestra reciente Ley Estatutaria, refiriéndose al sistema de salud nacional lo siguiente:

Artículo 4°. Definición de Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades , obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud. Por entonces estudiamos varias de las definiciones relacionadas con el sistema de salud, las cuales simplemente transcribimos en este escrito.

II-EL CONCEPTO DE SALUD

Desde antes la definición clásica de la Organización Mundial de la Salud -OMS- establecida en Génova en 1.958, como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad", y después de ella, discusiones milenarias de las diferentes culturas se han dado sobre el concepto de SALUD. Desde un punto de vista simplista esta definición ha tenido amplia aceptación; sin embargo, ésta definición no precisa, según David Bersh, de qué o quién es el Estado y esta es condición necesaria para precisar el sentido de la expresión, pues en ella debemos involucrar al individuo, a su entorno, a la comunidad a la cual pertenece, a su medio ambiente laboral, económico, político, social y cultural.

Deseamos destacar algunos enfoques recientes del concepto de salud, del cual se desprenden las políticas al respecto. El primero, la salud como bienestar y la relación salud - vida - trabajo.

La salud como bienestar refleja la necesidad de funcionar adecuadamente y de disfrutar del entorno, como sensación y percepción placentera y agradable, como garantía y disfrute de una sobrevivencia digna a través de la satisfacción de necesidades básicas, emocionales y sociales de un individuo, para favorecer el desarrollo de su personalidad.

La relación salud - vida, dentro de ella la relación vida - trabajo, se refiere a la calidad de vida de los seres humanos. La salud no sería tan importante si no estuviera en relación con una vida plena con toda su potencialidad intelectual y de desarrollo en el campo laboral, necesario para obtener un alto grado de autoestima y desarrollo humano deseable.

Esta perspectiva del proceso salud enfermedad nos permite observar los individuos como un todo donde lo social es factor determinante de enfermedad o posibilidad de bienestar, lo cual es inherente al hombre que es precisamente humano porque es social. Según Cristina Laurell esto resulta de suma importancia porque con frecuencia los médicos y los epidemiólogos estudian los grupos como se revelan espontáneamente a los ojos del investigador. La perspectiva debe estar centrada en el proceso de trabajo, es decir, las formas de trabajo adoptadas por un grupo son las que permiten definir mejor sus características, por que ellas inciden en el proceso salud enfermedad de dicho grupo: "en términos generales el proceso salud enfermedad está determinado por el modo como el hombre se apropia de la naturaleza en un momento dado; apropiación que se realiza por medio del proceso de trabajo basado en determinado desarrollo de las fuerzas productivas y relaciones sociales de producción".

III-IMPLICACIONES SOCIALES

El segundo concepto amplía aun más los horizontes del concepto de salud. Si el Estado desea un sistema verdaderamente interesado en la salud de todas las personas (principio de universalidad consagrado en la Constitución Nacional), no debe limitar sus programas a la prestación de servicios médicos. El concepto de Salud, debe ser visto desde la óptica de la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento oportuno, recuperación, rehabilitación y readaptación laboral, todo ello inmerso dentro del desarrollo social y humano sostenible.

Es preciso señalar, como lo afirma Emilio Quevedo, que la enfermedad es un evento en la vida del ser humano. Cualquier evento que le ocurra al hombre durante el decurso de su devenir en este mundo puede afectar el equilibrio entre la salud y la enfermedad; "esto significa que la salud y la enfermedad son elementos constitutivos de un proceso que ocurre siempre en sociedad y en cultura y son, por tanto, históricos". "Nos vemos obligados a deducir que la sociedad y la cultura no son entonces simples factores estadísticos componentes del ambiente sino que actúan como factores causales, son el receptáculo en el que se da la vida humana y, al mismo tiempo, la atraviesan permanentemente. Tenemos necesariamente que definir el proceso salud - enfermedad como un proceso social".

Definido el proceso salud - enfermedad como un proceso social, en consecuencia, debemos valorar las contingencias económicas de la improductividad producida por la incapacidad laboral producto del estado morboso.

En consecuencia, es preciso introducir el concepto de salud inmerso dentro del de Seguridad Social, con sus principios básicos: Universalidad, Solidaridad, Unidad, Integralidad, Igualdad, Obligatoriado, Enfoque, Diferencial, Equidad, Etc.

No es, por tanto, el concepto de salud individual entendida únicamente como la ausencia de enfermedad; compartimos el pensamiento de H. Blum que explica la salud como un fenómeno integral donde el individuo es el escenario donde inter actúan grandes conjuntos de factores, como son: la herencia, el Ambiente, el Comportamiento y los Servicios de Salud. En cada instante de la existencia, esos cuatro factores inclinan, momento a momento, el fiel de la balanza: salud - enfermedad. Estos ¨imputs¨ o categorías de factores, pueden albergar cualquiera de las circunstancias determinantes de la pérdida del equilibrio. Precisamente, el gran mérito de este notable esfuerzo de síntesis, hecho por Blum, radica en el carácter fácilmente comprensivo y de gran valor académico. La obra de Blum, que es sin duda uno de los más sólidos y estructurados en la materia, descansa sobre ciertos pilares fundamentales, de los cuales Bersh destaca: 1. El propósito claro de lograr mejor salud a través de la planeación y; 2. El enfoque amplio (incluye prácticamente todos los factores determinantes) como principal garantía para lograr el propósito de una mejor salud.

IV- LA HERENCIA

La herencia determina las características biológicas de cada ser, su resistencia natural a ciertas enfermedades, o la presencia de trastornos genéticos inclusive incompatibles con la vida, responsables de que el nuevo ser no nazca y el embarazo termine en aborto espontáneo, o con enfermedades heredo familiares como la hemofilia, la diabetes, el mongolismo etc.. La herencia supedita especial resistencia o susceptibilidad a ciertas patologías.

V- EL MEDIO AMBIENTE

El medio ambiente, en el cual todo ser vivo nace, crece, se reproduce y muere. Existen varios micro ambientes en relación con una determinada persona que le son inherentes: de las condiciones laborales y de la salud ocupacional, depende en gran parte el grado de desarrollo humano deseado y la prevención o diagnóstico precoz de enfermedades, de allí la gran importancia que hoy han tomado los aspectos relacionados con la Medicina

del Trabajo, porque el sitio del trabajo ocupa por lo menos el 40% del medio ambiente del individuo, el ambiente familiar pudiera representar un porcentaje similar. Así mismo, está comprobado que las condiciones climáticas, la altura sobre el nivel del mar, la ubicación geográfica, en general el medio ambiente que rodea al ser humano es uno de los más poderosos determinantes de su salud.

Pero no solamente nos referimos al entorno laboral, familiar o climático, también al social, político, cultural y económico donde viva un individuo, que incide en sus condiciones de vida y de salud. Según SINDESS (Sindicato Nacional de la Salud y la Seguridad Social): "No cabe duda de que la salud no es sólo un elemento para el desarrollo, sino la consecuencia del progreso económico, político, social y cultural del país, puesto que expresa en un momento determinado el grado de evolución de la sociedad "

En consecuencia, para mejorar la calidad de vida y las posibilidades de salud de los componentes de una sociedad, los gobiernos deben promover políticas tendientes a cambiar el medio ambiente hostil por uno favorable al desarrollo humano sostenible.

VI- EL COMPORTAMIENTO

El comportamiento, constituye el tercer conjunto de factores que en un momento determinado inciden en la balanza permanente entre un estado de salud y otro de enfermedad. La capacidad que tiene el ser humano de hacer su voluntad, de tener costumbres y comportamientos que generen riesgo o protección para su salud. Para influir en el comportamiento y lograr cambios en este sentido, la OMS promueve los llamados estilos de vida saludables, como complemento en las medidas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, para lograrlos, es evidente que el mejor instrumento es la educación, tendiente a desarrollar actitudes saludables para el individuo, la familia y la comunidad.

No existe el estilo de vida perfecto o ideal, ni siquiera el más saludable en abstracto, pues siempre está referido al contexto dentro del cual se inscribe esa persona o grupo humano. Consideramos que un estilo de vida es saludable si en conjunto ayuda a añadir años a la vida y vida a los años y hace menos probable la aparición de enfermedades. Para propiciar cambios de actitud y estilos de vida más saludables, la educación, es el pilar fundamental. El con-

cepto no debe ser distorsionado, ni tomar preponderancia sobre los otros factores, como lo propone el Banco Mundial (BM) en Invertir en Salud. Según Visillac el Banco Mundial, en el informe sobre el Desarrollo Mundial de 1.993, en el Subtítulo Invertir en Salud "deposita la responsabilidad de la salud en el individuo y en el grupo familiar, porque ellos deben adoptar una conducta saludable y resolver sus enfermedades adquiriendo igualmente los servicios médicos por su cuenta. El BM sostiene que lo que las personas hagan con sus vidas y la de sus hijos, importa mucho más que cualquier cosa que hagan los gobiernos, obviando los condicionamientos sociales y económicos a los que los individuos están sujetos".

VII- EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD

Los servicios de salud y el acceso oportuno a los mismos constituyen el cuarto factor que incide en la salud de las personas. Lo importante de esta teoría es que ha demostrado que en la práctica, la mayoría de los esfuerzos en beneficio de la salud se han concentrado en el aspecto curativo y en la atención de la persona ya enferma. Bersh plantea al respecto: "establecer cuál es el poder que realmente tienen los servicios de salud, para influir en el fenómeno de la salud, es un gran interrogante que continúa desafiándonos sin que podamos resolverlo satisfactoriamente. Sin embargo, no dudamos que nuestros esfuerzos puedan causar en alguna medida un buen efecto, pues las evidencias parciales así lo demuestran".

Los servicios de salud son el resultado de las Políticas y Planes de Salud de las naciones; si la sociedad no puede influir en la herencia de los individuos o alterar fácilmente las condiciones climáticas, sí puede adaptar el medio ambiente, orientar las costumbres hacia estilos de vida más saludables, fomentar la medicina, la salud ocupacional y la seguridad industrial y, sobre todo, puede tomar decisiones políticas que se traduzcan en la accesibilidad a mejores servicios de salud con calidad, suficiencia y oportunidad.

Al mencionar accesibilidad nos referimos, como lo planteó la Facultad de Salud Pública de Medellín durante el Foro por la Reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no solamente al problema de la cobertura institucional, sino, más allá a la pérdida de estrategias estatales con enfoque social y comunitario, de vigilancia en salud pública y control de riesgo; es decir, la ausencia del Estado en localidades y regiones, la falta de acciones en salud pública con consecuencias evidentes en la re emergencia

de problemas epidemiológicos ancestrales superados por otras comunidades desde el pasado siglo y otros nuevos (los emergentes) que las leyes del mercado no han podido resolver.

VIII- LA PROMOCIÓN DE LA SALUD

Dentro de este análisis, es imperativo complementar con el concepto de Promoción de la Salud. Concepto que debe ir más allá del fomento o la educación en salud, o de las campañas focalizadas sobre algunos tópicos específicos, necesarios en algún momento, para prevenir riesgos específicos. Promoción es acción. La promoción es un conjunto de acciones articuladas y orientadas a una finalidad específica.

El objetivo de la promoción de la salud es generar un compromiso entre el individuo, la colectividad y el Estado para destinar recursos, fijar políticas y crear las condiciones que permitan a los ciudadanos ejercer mayor control sobre los procesos de salud, mejorar sus hábitos, eliminar riesgos y afrontar las consecuencias que puedan menoscabar el bienestar general. La Promoción de la salud, es, en consecuencia, una cuestión de desarrollo político y social.

Según Franco y colaboradores:"La promoción de la salud está cerca de las luchas por la equidad, como también de los esfuerzos por hacer posible la paz y la democracia y constituir la defensa de la vida en el gran objetivo individual y colectivo. En Colombia, esta dimensión de la promoción de la salud como defensa de la vida cobra actualmente especial relevancia, dados los altos niveles de violencia y la consiguiente desvalorización de la vida humana".

El interés práctico que vemos en la teoría de Blum es que resulta trascendental para la planeación de la salud y para tomar decisiones, orientar los esfuerzos sobre TODOS los factores que inciden en la salud, sin preponderancia de alguno de ellos. Los modelos eficientistas tienden a ignorar algunos factores determinantes, estableciendo prioridades, racionalizando objetivos, focalizando el gasto con criterio de costo efectividad. Actuando parcialmente y omitiendo factores determinantes en el proceso salud - enfermedad, se conseguirán resultados parciales que inclinarán el fiel de la balanza a la enfermedad. A propósito Bersh señala: "Analizando a fondo la teoría de Blum, en cuanto a la categorización de los factores determinantes de

la salud, y la relación de ellos entre sí, se concluye que tal teoría abre el camino para tratar de influir deliberadamente en las variaciones del fenómeno de la salud, porque el paradigma de Blum tiene un gran poder orientador en la búsqueda de los factores que pueden influir en la salud, y además, porque los agrupa en una forma muy conveniente para el estudio y para la acción práctica".

IX- CONCLUSIONES

El concepto de salud aquí planteado tiene vigencia en nuestro tiempo presente. Contempla una serie de factores que fueron olvidados y abiertamente despreciados por la Ley 100 de 1993, el peor desastre económico, sanitario y social que pueda haber registrado la sociedad colombiana.

CAPÍTULO 9- EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

I- INTRODUCCIÓN

La expresión Seguridad Social fue empleada por primera vez en un documento oficial en los Estados Unidos, la Ley 14 de la Seguridad Social de 1.935 (SOCIAL SECURITY ACT). Si bien esta instituyó regímenes para cubrir los riesgos de vejez, muerte, invalidez y desempleo, no incluyó la jubilación por invalidez, ni los derechos del sobreviviente derivados de la muerte del jubilado. El informe de Sir. William Beveridge ha influido profundamente en la elaboración de los sistemas de seguridad social en el mundo. La política de Beveridge se basó en afirmar el principio de la unidad del seguro, es decir, el reagrupamiento de todas las instituciones que concurren a la seguridad social, con el objetivo de abolir cualquier estado de necesidad, mediante una amplia redistribución del ingreso.

De allí la definición que los autores preferimos: la Seguridad Social es una política del Estado, a través de la cual se busca la atención integral de las contingencias que puedan generar un estado de carencia, busca la liberación de toda necesidad y el bienestar de la población. La tendencia actual es hacia la Seguridad Social Integral como mecanismo de redistribución del ingreso y la búsqueda del bienestar general.

II- QUE ES SEGURIDAD SOCIAL?

Entendemos la Seguridad Social como un soporte del aparato productivo, con amplios campos de acción, como son: promover políticas de salud, saneamiento ambiental, los servicios públicos, vivienda, educación, vestido, pleno empleo, capacitación, cultura, recreación, deporte y la correcta utilización del tiempo libre; las prestaciones económicas para la protección del ingreso familiar, como son las pensiones de invalidez, vejez y muerte, el pago de incapacidades por enfermedad general o licencia de maternidad, el seguro de desempleo a todo aquel que sea excluido del mercado de trabajo y este apto y dispuesto al mismo; la protección por enfermedad común, enfermedad profesional o accidente de trabajo.

La Seguridad Social debe proteger al individuo desde antes del nacimiento; como lo estableció el artículo 43 de la nueva Constitución Nacional -CN-, al establecer la especial asistencia y protección del Estado y el subsidio alimenticio durante el embarazo y después del parto, a la embarazada en situación de desamparo; hasta después de morir, con la protección al supérstite en abandono.

III- PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El actual desarrollo del concepto de Seguridad Social permite identificar los principios que la sustentan, tanto desde el punto de vista de su filosofía como desde su operatividad. Estos principios básicos son universalmente aceptados y respetados en los diferentes modelos de seguridad social de los países desarrollados. Desafortunadamente en nuestro medio se invocan, e inclusive algunos de ellos quedaron establecidos en el texto de la Constitución y de la Ley, pero en la práctica no se cumplen.

IV- SOLIDARIDAD

Constituye la razón de ser de la seguridad social. Es la expresión de un fenómeno natural de interdependencia entre los seres vivientes, entre los grupos sociales o entre los miembros de una misma comunidad. De alguna manera Ud. es responsable del otro por compartir una misma sociedad.

Según Martín Fajardo, "la solidaridad es un sistema de transfusión de recursos entre los diferentes segmentos de la población a favor de otros, o simplemente es un sistema de reparto de cargas". Para nosotros este es un principio constitucional establecido en los artículos 1, 48 y 49 de la Carta. En el ejercicio de este principio cada cual aporta según su capacidad económica y requiere los servicios según su necesidad.

Existen diversas expresiones de la solidaridad en los sistemas de seguridad social, tales como:

Las personas activas aportan en beneficio de las inactivas. Es la típica solidaridad intergeneracional que se presenta en el manejo financiero de las pensiones del ISS, con el sistema de Prima Media con Prestación Definida. El joven ayuda al viejo, para que el día de mañana cuando sea viejo, los jóvenes de la época colaboren con él. Este fenómeno no se expresa en el sistema de ahorro individual de los Fondos Privados.

Las personas sanas al no consultar, ayudan al enfermo.

Los que no tienen hijos colaboran con los que tienen amplias cargas familiares. Los que tienen empleo permiten financiar la protección de los desempleados.

Los de mayores ingresos contribuyen en favor de los de menores ingresos. Así mismo, los pequeños aportes de los de menores ingresos, sumados, contribuyen en la satisfacción de las necesidades de los pudientes.

- Las empresas prósperas colaboran con las que no lo son.
- La ciudad colabora con el campo (y viceversa).
- Las regiones ricas colaboran con las pobres.
- La solidaridad es de doble vía, porque los pequeños aportes de las personas con más baja capacidad de pago, sumados, constituyen un recurso importante que servirá en el momento más oportuno para atender las contingencias de aquellos con mayor capacidad de pago. La sabiduría popular resume el concepto al afirmar: "hoy por ti, mañana por mí".

En el sector de la salud, la solidaridad está reducida al aporte de un punto de la cotización de los trabajadores afiliados al régimen contributivo, porque el Estado progresivamente ha desmontado esta responsabilidad al no cumplir con sus aportes en la atención de los más necesitados.

V- UNIVERSALIDAD

Como su nombre lo señala busca la protección de todas las personas miembros de una comunidad, o de una nación, sin distingos de actividad, sexo, raza, religión, política o creencias, respetando las diferencias culturales. Es principio constitucional para los colombianos, artículos 48 y 49. Para obtener la universalidad se requiere de los principios operativos de la obligatoriedad y la progresión racional.

Este es uno de los graves problemas del modelo de salud de los colombianos que requiere atención oportuna, para cumplir el mandato legal de cobertura universal en el año 2.000 y que constituyó el gran reto que se impuso el país al aprobar la utópica y nefasta Ley 100 de 1.993.

VI- INTEGRALIDAD

Hace referencia a la intensidad, contenido y alcance como deben ser suministrados las prestaciones y servicios propios de la seguridad social, desde el caso mas sencillo, hasta el de mayor complejidad, sin topes, exclusiones o preexistencias. Para que un servicio se preste con integralidad requiere cumplir los principios operativos de oportunidad, suficiencia (completos), eficacia y calidad. Dependiendo de los recursos, igual que el anterior se aplicará el concepto de la progresión racional. Actualmente existe debate respecto de la aplicación de este principio y los costos crecientes de la atención de las denominadas enfermedades catastróficas.

Como lo veremos más adelante la falta de contenido del POS-S en actividades y procedimientos del segundo y tercer nivel de complejidad, es una de las causas de desfinanciamiento de los hospitales. La diferencia existente entre los dos POS hace más complejo el sistema de cobros y demora el recaudo, particularmente en la red pública que en ocasiones, con un mismo enfermo, debe facturar simultáneamente a una ARS (Administradora de Régimen Subsidiado) y al Situado Fiscal.

VII- UNIDAD

Se predica contra la discriminación en las formas de protección social, busca la unidad de regímenes, unidad de concepción, unidad de protección, unidad de gestión, unidad de ejecución e igualdad de las personas frente a la Seguridad Social. Se pretende con la aplicación de este principio que la protección sea la misma frente a igual adversidad. Constituye una meta de integración lógica que conlleva paulatinamente a implantar un régimen general y único aplicable a toda la población.

En Colombia, con la aplicación parcial de este principio se avanzó al suprimir la multiplicidad de regímenes existentes anteriormente en cada Caja de Previsión Social, nacional, departamental o municipal (hasta 1.993 existían cerca de 1.040 de ellas), lo mismo que las diferencias que existían entre los trabajadores del sector público y del privado. Sinembargo, atenta contra el principio de unidad, las excepciones establecidas en la Ley 100 con las Fuerzas Militares, el sector petrolero, los maestros y los propios congresistas.

VIII- INTERNACIONALIDAD

Según Beveridge, "la seguridad social debe seguir al hombre como su sombra". Hace referencia a la protección social del individuo en cualquier lugar donde se encuentre, sea en su trabajo, en vacaciones, en el hogar, en la calle, fuera de su ciudad e inclusive en otro país, mediante convenios internacionales.

Este principio ha tenido gran significación frente al fenómeno de la movilidad de la mano de obra entre los países, provocado por los fenómenos crecientes de inmigración y emigración que conlleva el desarrollo de la "aldea global" de la internacionalización de la economía. El principio opera mediante la utilización de convenios internacionales.

IX- PRINCIPIOS OPERATIVOS

Son indispensables para poder cumplir los principios fundamentales. Son los principios de equidad (igualdad de derechos y obligaciones), obligatoriedad (sin obligatoriedad no hay posibilidad de alcanzar la cobertura universal), participación (comunitaria y de los diferentes actores), calidad, eficiencia, eficacia, oportunidad, inmediación, imprescriptibilidad (los derechos adquiridos en seguridad social no prescriben con el transcurso del tiempo), irrenunciabilidad (los derechos adquiridos en seguridad social no son renunciables), progresión racional (con base en la disponibilidad de recursos), subsidiariedad (responsabilidades básicas que cada ser humano tiene para consigo mismo), complementariedad, integración funcional, libertad de escogencia, suficiencia y concertación, casi todos ellos incluidos en el artículo 153 de la Ley 100.

De allí se desprende la importancia de conocer estos principios para velar por su correcta aplicación, no permitir que se queden en el texto de la Constitución y de la Ley con sentido retórico, como un canto de sirenas que no trasciende en la práctica a las instituciones, en beneficio de las personas.

La Corte Constitucional en su sentencia T-116-93 expresa:
2. La Seguridad Social como Derecho Constitucional Fundamental.
Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las

circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.

Además, en cuanto a su carácter de derecho fundamental, podría afirmarse que, per se, la Seguridad Social no está incluida como derecho fundamental, carácter que se deduce en cada caso particular según el componente de que se trate. Ha de destacarse que la seguridad social ha sido ya considerada por esta Corporación en algunos eventos, como derecho fundamental (art. 48 C.N.)amparado por la acción de tutela y ello en virtud de la función de primer orden que cumple en beneficio del ser humano.

El artículo 48 de la Constitución Política, establece:

"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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. 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. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

El concepto de seguridad social hace referencia pues, al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

Tales riesgos abarcan una amplia gama que va desde la invalidez, vejez y muerte, hasta la atención a la salud de sus afiliados, y cuya cobertura se ampliará progresivamente.

Se infiere de las implicaciones y el contenido de este derecho, su relación estrecha con los derechos eminentemente fundamentales como la vida (artículo 11 C.P.), el trabajo (artículo 25 C.P.) y la salud (artículo 49 C.P.).

Toda persona afiliada a una institución de Seguridad Social, tales como el Instituto de los Seguros Sociales y la Caja de Previsión Social, mediante las condiciones determinadas en las leyes y acuerdos que la reglamentan, adquiere el derecho a ser atendida en forma inmediata y adecuada en desarrollo del inciso primero del artículo 48 de la Carta, que consagra los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad para la prestación del servicio público de seguridad social.

En cuanto se refiere a estos principios que rigen la solidaridad social en Colombia, cabe destacar lo siguiente:

La eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social -el Estado y los particulares-. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Carta como principio rector de la gestión administrativa. Implica así mismo la realización del control de resultados del servicio.

En cuanto a la solidaridad, este es un principio que aspira a realzar el valor justicia, que tiene su fundamento en la dignidad humana. Ello es evidente, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando afirmó que "el subsidio familiar es, desde otro punto de vista, un mecanismo para la redistribución de los ingresos, fundamentado en principios universales de bienestar y solidaridad" (sentencia del 19 de marzo de 1.987. Expediente No. 1530).

Respecto a la universalidad, ésta se relaciona con la cobertura de la seguridad social: todas las personas tienen derecho de acceder a ella. Ello es natural, por cuanto si la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no.

Las autoridades, entonces, están instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida ésta en un sentido de "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Constituyente de 1.991 expresó esa voluntad y clamor popular en una disposición, consagrando de esa manera una definición amplia de la seguridad social, lo cual es manifiesto al revisar los antecedentes de la norma en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se expresó:

"Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado.

En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio nacional.

La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica.

La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 dice: "Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social..."

Desde el punto de vista de la cobertura de la Seguridad Social una concepción amplia permite el derecho a toda la población; una más estrecha (sic) únicamente a los trabajadores".

Vistos los antecedentes de la norma constitucional, conviene hacer algunas precisiones en cuanto al concepto y fines de la Seguridad Social.

En forma general, se define la Seguridad Social como "un conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado, para

garantizar todos los cuidados médicos necesarios, así como para asegurarles los medios de vida en caso de pérdida o reducción importante de los medios de existencia, causados por circunstancias no propiamente creadas voluntariamente".

Esta definición pretende precisar que el concepto de Seguridad Social no sólo interesa a los Fines del Estado, entendido éste como la institución organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares.

Dentro de sus objetivos generales, respecto de la prestación del servicio por parte del Estado, puede afirmarse que se busca a través de las instituciones de Seguridad Social, (el Instituto de los Seguros Sociales y la Caja de Previsión Social), de las entidades públicas y privadas y del ciudadano común, la integración de esfuerzos para encontrar apoyo científico y solidaridad como punto de partida determinante para la prestación de estos servicios, para contribuir a cubrir las contingencias sociales hasta llegar a la promoción del bienestar social

La Constitución de 1.991 ha prohijado un avance en cuanto a la Seguridad Social al consagrarla en sentido universal, ya que hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o de la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona.

Así lo entendió el Constituyente cuando expresó que se les garantiza a todos los habitantes la Seguridad Social como un derecho irrenunciable, porque hace parte de la condición humana, va incorporado a la esencia del hombre como tal, porque sólo se predica de la existencia del ser humano y es fundamental para que él pueda desarrollarse dentro del ámbito social. La Corte Constitucional expresa al respecto (Sentencia T-116-93):

El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. Toda persona afiliada a una institución de Seguridad Social, tales como el Instituto de los Seguros

Sociales y la Caja de Previsión Social, mediante las condiciones determinadas en las leyes y acuerdos que la reglamentan, adquiere el derecho a ser atendida en forma inmediata y adecuada en desarrollo del inciso primero del artículo 48 de la Carta, que consagra los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad para la prestación del servicio público de seguridad social. La eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social -el Estado y los particulares-. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Carta como principio rector de la gestión administrativa. Implica así mismo la realización del control de resultados del servicio. En cuanto a la solidaridad, este es un principio que aspira a realizar el valor justicia, que tiene su fundamento en la dignidad humana. Respecto a la universalidad, ésta se relaciona con la cobertura de la seguridad social: todas las personas tienen derecho de acceder a ella. Ello es natural, por cuanto si la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no.

CAPÍTULO 10- UNOS DESASTROSOS ANTECEDENTES

I- INTRODUCCIÓN

Ya hemos mencionado la publicación de 1997 denominada LA REFORMA DE LA SEGURIDAD EN SALUD. EL DESASTRE DE UN MODELO ECONÓMICO por los doctores FERNANDO GUZMÁN Y HERMÁNN REDONDO.

Y para demostrar los desastres que tuvieron que ocurrir para llegar a nuestra actual Ley Estatutaria, particularmente con la implantación de la Ley 100 de 1993, veamos lo que mostrábamos en ese año, luego de los primeros cuatro años de implantación de ese fracaso que ha constituido la famosa Ley 100.

Decíamos por entonces lo siguiente:

II- LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA (AÑO 1997)

No ha existido en Colombia un pronunciamiento político integral y unificado sobre Seguridad Social que oriente y dirija toda la acción del Estado hacia objetivos superiores, como son mejorar la calidad de vida de los colombianos y el bienestar general de la población. Sin perjuicio de que a lo largo de nuestra historia, particularmente en los últimos 50 años, se hayan realizado esfuerzos que debemos reconocer, para interpretar nuestra realidad presente y programar el futuro.

La creación del ICSS, de la Caja Nacional de Previsión Social, la creación y el desarrollo del Ministerio de Salud, el avance que significó en su momento el Sistema Nacional de Salud y más recientemente la nueva Constitución Nacional de 1.991 y la Ley 100 de 1.993, son intentos en este sentido, pero como trataré de demostrarlo más adelante, su desarrollo no lo ha obtenido, lo cual no quiere decir que aun no lo podamos lograr. Por lo anterior, para estudiar el desarrollo histórico de la seguridad social en Colombia es necesario mirar el pasado de sus instituciones más representativas.

En Colombia el primer esquema de seguridad social empezó en las organizaciones castrenses del Gobierno español, cuando se constituyeron los Montepíos Militares; proclamada la independencia, tales instituciones se orientaron para atender el desamparo de las viudas y las familias de quienes murieron en la guerra de independencia y en la gesta libertadora. Posteriormente, se dio lento trámite a un sistema de protección más integral con la creación de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la Ley 75 de 1.925. Estas Cajas subsistieron hasta nuestros días, fueron recientemente liquidadas como consecuencia de la reforma de la seguridad social de 1.993 y años siguientes.

Otro antecedente importante por su antigüedad en la historia del desarrollo de la seguridad social en nuestro país lo constituye la Ley 82 de 1.912 que creó un sistema de Previsión Social para dar protección a los trabajadores de las ramas Postal y Telegráfica con auxilios en caso de muerte, enfermedad y jubilación. Es el antecedente de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM.

III- BENEFICENCIA PÚBLICA

La asistencia pública, como nos lo recuerda Leonardo Cañon, es la forma que tradicionalmente utilizó el Estado inspirado en la antigua Constitución Nacional (artículo 19, que establecía la responsabilidad del Estado respecto de la asistencia pública, como función propia a su cargo, a favor de los indigentes y de aquellas personas que no tenían de quien reclamar protección) para dar protección a la población pobre, con recursos públicos. Constituye el método más expedito para ofrecer cubrimiento en las necesidades de salud a la población no cubierta por otras modalidades de protección más avanzada, como la afiliación a la seguridad social.

En 1923 se expidió la Ley 64 que autoriza a los Departamentos para la organización de las Loterías y Beneficencias con el fin de recaudar dineros con destino a las instituciones de asistencia pública, como hospitales, hospicios, ancianatos, manicomios, etc..

La Asistencia Pública impulsó los llamados hospitales de caridad (se les asignó este nombre porque con frecuencia eran administrados por comunidades de la caridad cristiana), donde se atendía al indigente en los aspectos

meramente curativos, sin costo alguno, con criterio caritativo y bondadoso, igualmente sin criterio de promoción, prevención y rehabilitación. El individuo una vez recuperado se le enviaba nuevamente al medio ambiente hostil que lo llevó a la indigencia y a la enfermedad (esta situación cruel no ha cambiado demasiado).

Hoy esta fuente de financiación continúa siendo de gran importancia para el sector de la salud, se canaliza a través de los fondos de salud de los entes territoriales, según lo determina la Ley 60 de 1.993, como lo veremos adelante.

IV- MEDICINA PATRONAL

Durante el "proceso de la revolución en marcha" de López Pumarejo, en la década de los años 20, se dio inicio a la llamada medicina patronal, la que constituyó en su momento un gran avance en materia de protección al trabajador; se aplicó por primera vez en Colombia el concepto del riesgo profesional al trabajador particular, constituyéndose en el antecedente más importante del futuro Código Sustantivo del Trabajo.

La Medicina patronal tiene como característica que la financiación y administración es totalmente a cargo del empleador; sin embargo, así como la gran industria por su capacidad económica desarrolló grandes servicios, la mediana y sobre todo la pequeña industria no lo hicieron y los trabajadores de estas empresas, así como los independientes, continuaron en desamparo de sus necesidades en salud y seguridad social.

Dicha modalidad persistió hasta la Ley 100 de 1.993, con grandes e importantes desarrollos como los servicios médicos del Banco de la República, Ferrocarriles Nacionales, ECOPETROL y Puertos de Colombia en el sector público, o Bavaria en el sector privado, para mencionar los ejemplos más representativos.

En la década del cuarenta se producen cambios trascendentales en la vida de los colombianos en materia de salud, de seguridad social y en el ejercicio de la profesión médica. En aquella época, según nos lo recuerda el Dr. Gilberto Rueda, empezó el fin del ejercicio liberal de la Medicina, cuando el prototipo del médico exitoso dedicaba la mañana al hospital universitario, a la investigación y a la cátedra, con emolumentos prácticamente simbólicos, que le

permitían manejo flexible del horario. El resto de su jornada la dedicaba al consultorio privado, donde con el prestigio y la experiencia obtenida con la docencia, percibía recursos importantes que le permitían vivir con decoro, asistencia a congresos, suscripción a revistas científicas e inclusive darse el lujo de destinar tiempo a la familia y al esparcimiento. Por esta razón, para el médico colombiano el Seguro Social Obligatorio y las Cajas de Previsión Social constituyeron en su momento una amenaza para la consulta privada, aunque las familias pudientes, continuaron prefiriendo al médico de la familia.

V- INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES, ICSS, ISS

El 26 de diciembre de 1.946 se sanciona la Ley 90, la cual crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) para asegurar a los trabajadores de la población económicamente activa del sector privado contra los riesgos profesionales, la enfermedad común y la maternidad, la invalidez, la vejez y la muerte. El proyecto fue presentado por el entonces Ministro del Trabajo y Previsión Social, Dr. Adán Arriaga Andrade; la Ley se aprobó en el primer año de gobierno de Mariano Ospina Pérez e incorporó al país el modelo de los seguros sociales obligatorios inspirados en el modelo alemán de Bismark, cuyos principios filosóficos continúan en plena vigencia, a menos que se evolucione al concepto más integral de seguridad social anteriormente descrita.

La ley 90 de 1.946, entorna al mismo Estado dentro de los conceptos de la seguridad social, la cual tuvo su razón de ser en colmar la expectativa y compromisos adquiridos con la OIT. Siendo el concepto o definición que nos prescribía tomado del modelo "bismarkiano" con características como las siguientes:

Cobertura obligatoria para los individuos que están bajo relación salarial. Cobertura opcional para trabajadores independientes.

Con financiación y administración tripartita: Estado, empleadores y trabajadores.

En 1.967, se estructuraron los seguros económicos como la Invalidez, vejez y muerte (IVM) y los accidentes de trabajo (ATEP).

En sus orígenes el ICSS se constituyó como un establecimiento privado, sus empleados eran trabajadores particulares, debería recibir aportes de los patronos en una proporción del 50%, de los trabajadores en un 25% y del Estado en un 25%; es decir, su régimen económico era tripartito. El Estado debería sustituir al patrono respecto de los trabajadores independientes y auxiliar, con recursos especiales, ciertas ramas de seguros.

La cobertura nació limitada por la Ley exclusivamente a los trabajadores del sector privado, dirigida a todos aquellos que prestaran sus servicios a otro mediante un contrato de trabajo o de aprendizaje, inclusive los del servicio doméstico, como también los trabajadores independientes, con proyecciones futuras de extensión a la familia y otros núcleos poblacionales, con aportes del Estado. La ley 90 de 1.946 excluyó expresamente a los trabajadores del sector público, afiliados a la Previsión Social. De esta manera, todas las prestaciones sociales para los empleados y obreros del sector privado, corresponderían al Seguro Social Obligatorio (ICSS), en cambio las prestaciones del sector público, quedaron a cargo de CAJANAL y las Cajas Departamentales y Municipales.

A la par, el Estado permitió que las fuerzas económicas que se mueven al interior del mismo crearan sus propias cajas de previsión tales como: de la policía, Banco de la República, maestros, ECOPETROL, cada municipio en Colombia quería tener su propia Caja, etc.. Es decir, si bien en su momento la creación del ICSS y la Previsión Social significaron un adelanto monumental en el desarrollo de la seguridad social en Colombia, se cometió el error de separar las prestaciones de los empleados del sector público de los del sector privado, vulnerando el principio de unidad.

Al empezar a funcionar estas mezcla de “cajas, cajitas y cajones” e ICSS se atomizó la prestación de los servicios económicos y de salud presentándose los siguientes fenómenos:

La corrupción.
Dispersión del recurso y duplicidad de esfuerzos.
Hubo resistencia al aumento proporcional de los aportes.
No hubo reajustes anuales al porcentaje de contribución, empezando a ser insuficiente el incremento del Estado.
Se presentó la evasión y elusión de los patronos y los trabajadores de alto ingreso.

Los Gobiernos manejaron inadecuadamente las reservas, aumentando el gasto oficial y desviando los recursos de la seguridad social.

En 1.973, siendo Presidente de la República Misael Pastrana Borrero, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1935, unilateralmente, cambió el régimen económico del ICSS y lo convirtió a bipartita, únicamente con aportes de empleadores y trabajadores, en proporción de dos y una tercera parte, respectivamente. El Estado se condonó la deuda adquirida con el ICSS hasta esa fecha, se marginó de aportar al futuro, pero conservó todo su poder de gestión, dirección, control y administración del Instituto.

Se autorizó la emisión de bonos de valor constante e inversiones de baja rentabilidad en el Banco Central Hipotecario (BCH), a través del Instituto de Fomento Industrial (IFI) y del Fondo Nacional Hospitalario. Por ello, el país le debe al Seguro Social el crecimiento de la red pública de servicios, el fomento industrial y el desarrollo de los planes de vivienda que en ese entonces impulsó el BCH, con los recursos de la clase trabajadora.

Este hecho histórico, constituyó el primer paso para que en el futuro las reservas pensionales del ISS mostraran debilidad para garantizar la continuidad en los pagos de los pensionados. Dicha deuda, calculada en ese entonces en cerca de $ 2.000 millones, traída al presente en pesos constantes, sería más que suficiente para garantizar la solidez de las reservas del ISS en pensiones. Quienes cuestionan el sistema de Prima Media Escalonada adaptado en el ICSS por el actuario Gonzalo Arroba, deberían repasar este antecedente que es la causa real de la vulnerabilidad actual y no del modelo mismo.

En 1.976 ante la inminente reestructuración del ICSS que implicaba cambio de su naturaleza jurídica, lo que significaba que pasaría de ser un establecimiento privado a convertirse en un establecimiento público y que sus trabajadores se convertirían en empleados públicos, con lo cual perderían sus contratos de trabajo a cambio de nombramientos ordinarios y el derecho a la contratación colectiva se convertiría en solicitudes respetuosas, se desencadenó la huelga médica más beligerante y prolongada que haya soportado el país, organizada por ASMEDAS (Asociación Médica Sindical Colombiana), la cual se mantuvo por 56 días consecutivos, cuando se llegó a un acuerdo entre los médicos representados por el Dr. Eduardo Arévalo Burgos y el Presidente de la República, Dr. Alfonso López M. y la Ministra de Trabajo de la época, Dra. María Helena de Crovo.

En 1.977 se expidieron los Decretos Leyes 1650 y siguientes, los cuales reorganizan el ICSS para crear el ISS (Instituto de los Seguros Sociales), como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y sometido a la dirección y coordinación del Consejo Nacional de Seguros Obligatorios. En Salud, el ISS, debía someterse a las normas del Sistema Nacional de Salud.

Producto de los Acuerdos de levantamiento del paro médico y para que no hubiesen vencedores ni vencidos, se crearon los funcionarios de la seguridad social, un híbrido sui generis, porque siendo empleados públicos tenían capacidad de negociar convenciones colectivas de trabajo, limitadas a la asignación básica. Posteriormente, se les concedió el derecho de acceder a la Carrera Administrativa.

Otras disposiciones importantes en el desarrollo del ISS vigentes hasta su transformación en EPS, en virtud de la Ley 100 de 1.993, son:

Decreto 3170 de 1.974, reglamentario de los riesgos profesionales, ATEP
Decreto 770 de 1.975, reglamentario de la enfermedad general y maternidad, EGM

Decreto 1824 de 1.975, reglamentario de la invalidez, vejez y muerte, IVM
Decreto 550 de 1.977, sobre la medicina familiar

Decreto 2148 de 1.992, nueva reestructuración del ISS y cambio de su naturaleza jurídica a Empresa Industrial y Comercial del Estado.

La categoría de funcionario de la seguridad social persistió hasta noviembre de 1.996, cuando la Corte Constitucional declaró a estos servidores públicos como trabajadores oficiales, en virtud a que el decreto 2148 de 1.992 cambió nuevamente la naturaleza jurídica del ISS, convirtiéndolo, en esta ocasión, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Como es sabido los trabajadores oficiales tienen derecho a convención colectiva de trabajo plena, como los trabajadores del sector privado; la historia hizo justicia para los trabajadores de la seguridad social, después de 20 años, recuperaron su pleno derecho a la contratación colectiva.

Durante el debate del Proyecto de Ley 155 (hoy Ley 100 de 1.993) hubo sectores que presionaron fuertemente por la liquidación del ISS, no solo

en pensiones para dar paso a los nuevos fondos privados, sino también en salud, para dar paso a las nuevas EPS y en riesgos profesionales para facilitar la creación de las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP). Finalmente, después del debate, la Ley 100 de 1.993 mantuvo la naturaleza jurídica del ISS como Empresa Industrial y Comercial del Estado, determinó que se convirtiera simultáneamente en la primera EPS pública, en institución prestadora de servicios de salud (IPS), en ARP y la única institución que maneja las pensiones con el sistema de prima media con prestación definida (hoy también CAPRECOM maneja este sistema), en competencia con los Fondos Privados que manejan el ahorro individual.

Como lo veremos más adelante éste "sistema dual" en pensiones es una característica del modelo colombiano de seguridad social: la coexistencia del sector público en competencia con el privado, cada uno con un régimen diferente.

VI- SISTEMA NACIONAL DE SALUD -SNS-

Como lo hemos señalado, en la década de los setenta se producen grandes reformas en el sector de la salud para los colombianos, de tanta trascendencia, como las explicadas en la década de los cuarenta.

En 1.975, con base en la Ley 9 de 1.973, el Gobierno Nacional reorganiza el Sistema Nacional de salud creado teóricamente desde 1.968. Pero es realmente mediante el Decreto Ley 056 de 1.975 que se creó el Sistema Nacional de Salud como el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tenían como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación. Son normas complementarias los Decretos 350 y 356 del mismo año y el Decreto 121 de 1.976.

Se acudió en aquella oportunidad a la teoría general del Sistema, frente a la diversidad de instituciones prestadoras de servicios; el Sistema debía articular estas últimas, bajo un modelo centralista en las decisiones políticas y en la planeación y asignación de recursos, acompañado de un esquema de delegación funcional de la Nación a los Departamentos, en materia de la organización y la prestación de los servicios de salud. Se estableció la regionalización, con desconcentración de algunas funciones administrativas y se introdujo el concepto de los niveles de complejidad .

La asistencia pública debía proteger a la población no afiliada a la seguridad social o a la previsión social, esto significa que la población objeto del SNS era la gran masa poblacional que resulta de deducir de la población general, la población afiliada al seguro social, las Cajas de Previsión Social, el Subsidio Familiar y los particulares, calculada en cerca del 70% de los colombianos.

El SNS protegía a la población en sus necesidades básicas de salud, prevención de las enfermedades, conservación, recuperación y rehabilitación. Las principales acciones se refieren a campañas de vacunación, educación en salud, lucha contra la malaria y atención directa e integral (con las limitaciones propias de la infraestructura) en la red hospitalaria nacional, de primero, segundo y tercer nivel de complejidad. Según sus detractores, el modelo se desarrolló por 15 años hasta su agotamiento, fue inspirado en épocas de proteccionismo, de allí su excesivo centralismo e intervencionismo de Estado que condujo a su inoperancia y creó la necesidad de introducir reformas a principios de la presente década, acordes con el nuevo modelo basado en la eficiencia, la competencia y la descentralización.

Sin embargo, esta norma tan sencilla y clara, contraria a las actuales, solamente constituida por 40 artículos que prácticamente no necesitaron reglamentación, desarrolló principios insoslayables completamente vigentes, como la obligación del Estado de financiar y prestar los servicios de salud a la población pobre y vulnerable por medio de subsidios a la oferta, a través de la red pública de servicios, la cual desde su inicio se ha caracterizado por su objetivo social.

Así mismo, el Hospital significó la mejor oportunidad de docencia universitaria y contribuyó en la formación del recurso humano, inspirado en la ética hipocrática y en el contacto directo con el paciente. Allí se formaron hombres y mujeres en el campo de la salud que le han dado lustre y brillo a la medicina colombiana en el campo nacional e internacional

VII- LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGADA -EMP-

La aparición de las Empresas de Medicina Prepagada (EMP) se constituyó en el principio del fin de la medicina como profesión liberal. Economistas y administradores decidieron intervenir el acto médico para hacerlo supuestamente más ‘eficiente’ (en términos de rentabilidad económica, no de

mejoría de los indicadores de salud). Crearon entonces un sistema muy atractivo para el "cliente" (el sujeto de venta de un bien de consumo): con el pago de una suma anual de dinero, no despreciable, podría acudir directamente al médico de su especialidad preferida, hacerse todos los exámenes que se le ocurrieran, hospitalizarse en las mejores clínicas y, sobre todo, quitarse de encima una de las preocupaciones más molestas: la posibilidad de enfermar sin tener un servicio médico adecuado. El sistema tenía un inconveniente: el médico y su formación ética. Para lograr recortar los costos era necesario ofrecerle unas tarifas bajas, compensándolo, en principio, con un aumento del volumen de trabajo y una clientela cautiva. Así los médicos empezaron a recibir 'bonos' por un valor de una cuarta parte de lo que cobraban anteriormente por su consulta privada, y que además son redimidos con retraso de uno o dos meses.

Si las EMP compensaban los costos con volumen, los médicos empezaron a compensar volumen con tiempo. En los países en donde está bien establecido el sistema, el médico dedica poco tiempo a sus pacientes; la mayor parte de las funciones las ejercen otros profesionales o técnicos entrenados para elaborar las historias clínicas y buena parte del examen físico, para ordenar los exámenes estandarizados o para explicarle al usuario paso a paso los componentes del plan diagnóstico o terapéutico. En estos sistemas de medicina 'eficiente' el contacto médico paciente es mínimo, y la calidez y el trato humano se convierten en lujos innecesarios.

Los consultorios, los equipos, incluso los pacientes, se alternan entre varios médicos para maximizar utilidades. El diagnóstico y buena parte de la terapéutica se fundamentan en procedimientos altamente tecnificados que los usuarios y la sociedad de consumo se han encargado de sobre valorar. El paciente termina viendo al médico como un interpretador de exámenes y formulador de recetas; y las EMP pagan como si así lo fuera. La actividad profesional médica se nivela por lo bajo, no se tiene en cuenta ni se incentiva la preparación o la experiencia.

Las EMP son entidades con ánimo de lucro que gracias a la fuerza de trabajo que constituyen los profesionales de la salud obtienen ganancias. Los médicos, ajenos a la determinación de las políticas macro económicas, se han visto transformados en la parte técnica del negocio.

Esta crisis económica se debe en parte al cambio de valores sociales y de los sistemas legales, pero sobre todo a los médicos mismos, que han permitido que el control lo asuman los individuos de otras disciplinas, opuestas, desde

algunos puntos de vista éticos, al ejercicio de la medicina. La ética hipocrática en ocasiones es contraria a la ética empresarial. Los empresarios invierten en la industria de la salud obligando al médico a olvidar su código de ética profesional, considerado obsoleto mientras los objetivos de la empresa buscan tan solo la ganancia.

La falacia del "elevado salario médico". Las compañías de seguros basan sus tarifas en datos estadísticos y tasas esperadas de mortalidad y morbilidad en una población. De esta forma hábilmente seleccionan la gente sana y con expectativa de vida larga para cubrir posibles eventualidades que tienen una probabilidad baja de ocurrencia. Igual sucede con las EMP. Es obvio que mientras más sanos sean los sujetos afiliados al sistema, existen mayores posibilidades de rentabilidad. Estudios hechos en los EE. UU. prueban que la apropiada selección de beneficiarios disminuye la probabilidad de enfermedad, en particular si se detectan y excluyen las denominadas preexistencias, o se afilia una mayor proporción de hombres jóvenes. Esta es la base que sustenta la selección adversa de personas vulnerables o con alto riesgo de enfermar y morir, precisamente aquellas que más requieren de los servicios de salud y que las EMP soterradamente transfieren al Estado.

Sin embargo, el futuro de las EMP es incierto porque el estar afiliado a una de ellas no exime al usuario del POS, de tal manera que se presenta doble cotización. En la medida que las familias entiendan el problema preferirán afiliarse al régimen contributivo y, si tienen facilidades económicas, adquirirán un Plan Adicional en Salud (PAS) de los que existen en el mercado, como son los Planes Complementarios en Salud (PACS), o las pólizas de Hospitalización y cirugía. El número total de afiliados a las EMP en el país ha disminuido al pasar de cerca de más de un millón de afiliados en 1.993 a cerca de 800.000 en la actualidad.

VIII- CONCLUSIONES

Puede verse que el logro de nuestra Ley 1751 de 2015 no ha sido una simple concesión a los colombianos pobres que, en resumen, son los verdaderos actores del sistema.

No! Es un logro social de la mayor importancia. Fruto de esfuerzos, luchas injusticias, inequidad y acciones verdaderamente delincuenciales de muchos de los que se opusieron, por obvias razones, al implante de esta Ley que por fin defiende a todos los ciudadanos, obligando al Estado a respaldarlos y protegerlos.

CAPÍTULO 11- EL TEMPRANO FRACASO DE LA LEY 100 DE 1993

I- INTRODUCCIÓN

Hemos dicho en anteriores escritos que la Ley Estatutaria en Salud es el fruto positivo de muchos años de injusticia social en Colombia.

Gracias al esfuerzo de numerosas organizaciones y de movimientos de todo tipo en nuestro país, parece que se está logrando superar una época de ingrata recordación para la salud colombiana, demarcada por la Ley 100 de 1993, que lo único que hizo fue entregarle a los intermediarios de la salud el proyecto de ganancias obtenidas a través de un sistema diseñado como fuente de ingresos para unos pocos, en detrimento de la salud de toda la nación.

Analicemos ahora lo que constituye por ahora una Declaración de Principios y planes de acción para el Estado Colombiano en relación con la salud de los ciudadanos y cuya verdadera eficiencia está por demostrarse: La Ley Estatutaria en Salud (Ley 1751 de 2015).

El artículo 5 de esta Ley expresa:

Artículo 5°. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

> a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;
> b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para

toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;
c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;
d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;
e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;
f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;
g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;
h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;
i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;
j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.

II- EL ESTRUENDOSO FRACASO DE LA LEY 100 DE 1993

También nos basamos en el libro de Redondo y Guzmán (La Reforma de la Salud en Colombia. El fracaso de un modelo económico. 1997).

Allí se resumieron algunos de los puntos que demostraron el desastre de esa reforma que prácticamente destruyó el de por sí precario sistema de salud colombiano.

Se plantearon inicialmente estos puntos en la siguiente forma:

En salud, como en pensiones, la reforma en Colombia como en América Latina, es fiel a los delineamientos trazados por el FMI y el BM.
Los principios fundamentales que inspiraron la reforma no han sido respetados ni cumplidos plenamente en su desarrollo, como son:

Equidad: un POS para aquellos que tienen capacidad de pago y un POS-S para los que no la tienen.

Obligatoriedad: se entiende más como una responsabilidad individual que como una obligación del Estado; 24 millones de personas sin el carnet que les acredite los servicios de salud como un derecho lo confirman.

Universalidad: esta meta esta programada para el año 2.001; pero, sin voluntad política y sin nuevos recursos cada año que garanticen la ampliación progresiva de la cobertura, no será posible su cumplimiento. Los recursos del paripassu que tenían este objetivo fueron recortados por la Ley de Racionalización del Gasto Público (Ley 344 de 1.996)

Integralidad: existen limitantes que impiden la atención integral de la salud, como son las cuotas moderadoras, los copagos, los períodos de carencia, las exclusiones, que pudieran ser válidas en los seguros comerciales con ánimo de lucro, pero no en el contexto de la seguridad social integral.

Solidaridad: se descarga en el aporte de los empleadores y trabajadores, mientras el Estado reiteradamente incumple sus compromisos y; Calidad: afectada por el imperativo eficientista del modelo que obliga a la realización de mayor número de actos médicos por unidad de tiempo para mejorar rendimientos y registros.

La enorme complejidad de la reforma es un inconveniente para su coherencia, en ella intervienen las Leyes 10 y 50 del 90, las Leyes 60, 80 y 100 de 1.993. Solamente en salud se han expedido 12 DL, 140 Decretos Reglamentarios, más de 125 Acuerdos del CNSSS y "N" resoluciones del Ministerio de Salud y la Superintendencia, lo que constituye una verdadera maraña legal que muy pocos comprenden, con muchos vacíos y lagunas jurídicas.

En general la reforma en salud, como lo vimos en pensiones, aumenta la cotización y disminuye los beneficios.

Los más lesionados en este sentido son los pensionados, quienes ahora deben aportar el 12% de su mesada y están limitados al estrecho límite del POS; si desean atención integral, deberán adquirir un costoso Plan Adicional que nadie les quiere vender (amén de que con su pensión no les alcanzaría para adquirirlo), por su riesgo elevado de enfermar y morir, en razón de su alta carga de enfermedad.

El modelo de Seguridad Social en Salud no ha cumplido su objetivo fundamental de ampliar la cobertura a toda la población colombiana, puesto que existen a febrero de 1.999 cerca de 24 millones de compatriotas NO VINCULADOS al Sistema, dentro de los cuales un número cercano a los 15 millones no tiene acceso a los servicios de salud. Este es el mayor fracaso del modelo de libre mercado y competencia a ultranza. Para completar, por limitación de recursos, este año la ampliación de cobertura será mínima.
En 1.993 se calculaban cerca de 12 millones de colombianos (sobre una población de 33 millones), sin accesibilidad a los servicios. La supuesta ampliación de cobertura, no va más allá de un intercambio de poblaciones de las CCF a las EPS y del cambio de financiación de oferta a demanda en la red pública.

La reforma implanta nuevos paradigmas basados en las leyes del mercado que favorecen la selección adversa de los sectores más necesitados y la aparición de voraces intermediarios que en la práctica han usufructuado los recursos del sistema en detrimento de la población y de los prestadores del servicio públicos y privados.

En lugar de detenernos en los costos de las prestaciones y los servicios, deberíamos examinar en primer lugar la situación social del país, para comprender mejor la necesidad de más inversiones imprescindibles para la vida y la salud del pueblo: el bajo nivel de vida es el signo predominante, graves problemas en materia de desnutrición, analfabetismo del 12%, desempleo del 15.3%, índice de pobreza del 48%, población rural del 29 % desplazada por la violencia; Mortalidad en menores de un año de 28 por mil nacidos vivos, Tasa de Mortalidad Materna de 78 por 100.000 nacidos vivos; la cobertura en salud de la población (Nececidades Básicas Insatisfechas) alcanza únicamente el 47%, con grandes variaciones regionales que afectan las zonas más apartadas.

No cabe duda que en materia de salud pública hemos retrocedido. En la presente década hemos asistido a la reaparición y extensión de las denominadas enfermedades emergentes como la Hepatitis C y el SIDA y, enfermedades

reemergentes que ya deberían estar controladas, como el cólera, la malaria, el dengue, la TBC, las enfermedades de transmisión sexual (ETS) y vectorial (ETV).

Desde el punto de vista demográfico y epidemilógico, Colombia es un país en transición: mientras la tasa de fecundidad y la velocidad de crecimiento de la población han disminuido, existe tendencia al crecimiento de la población adulta y mayor. A los viejos problemas de salud comunes entre los países del tercer mundo que aun persisten en Colombia como la desnutrición, la enfermedad diarréica, se suman los daños propios del desarrollo, como las enfermedades cardiovasculares, neoplasias, crónicas degenerativas y, el trauma y la violencia que significan la mayor carga de enfermedad.

En promedio, existen mejoras en los indicadores sanitarios pero los peores déficits en las condiciones de salud se presentan entre las poblaciones pobres y marginadas. Las brechas epidemiológicas entre la población rural sumada a los cordones de miseria de las capitales, en comparación con las zonas urbanas, se han acentuado.

Los médicos, los trabajadores y los profesionales de la salud han manifestado deterioro en sus condiciones laborales y en el ejercicio de la medicina como profesión y como ciencia, con clara afectación de la ética, la calidad, la calidez en la relación médico paciente y, en general, en las condiciones de vida y de trabajo en el sector.

La red hospitalaria es un auténtico patrimonio nacional. Los hospitales y las instituciones privadas sin ánimo de lucro son los tradicionales receptores de la carga de la enfermedad en nuestro país, han cumplido a lo largo de la historia importantes funciones de tratamiento y rehabilitación de las víctimas de todo tipo de entidades patológicas que afectan a los ciudadanos colombianos, sin diferencias de procedencia o de credo religioso o político, como lo ordena la CN.

Adicionalmente, los hospitales y las instituciones de salud privadas sin ánimo de lucro, han sido el centro de aprendizaje de todos los profesionales de salud, para garantizar el avance y la perpetuidad del conocimiento. Por ello, la medicina colombiana es respetada ante la comunidad internacional, lo que nos ha enorgullecido, pero que con la medicina gerenciada, mercantilizada, burocratizada, empresalizada y mal pagada, estos valores se están perdiendo con el nuevo paradigma del mercado y la competencia a ultranza.

Muy pocas personas han previsto lo que sucederá con la salud en Colombia cuando la cultura médica olvide el mandato hipocrático y anteponga el vil metal frente al dolor de sus semejantes. Dios quiera que nos equivoquemos.

III- LAS RECOMENDACIONES QUE POR ENTONCES SE PLANTEARON

En nuestro libro se dijo lo siguiente:

Hemos tomado la mayoría de las recomendaciones del documento de la Junta Directiva de la Asociación Médica Colombiana de octubre de 1998.

Es necesario reconocer el fracaso del SGSS impuesto en Colombia con la aprobación de la Ley 100 de 1.993, en sumiso acatamiento las directrices del BM y del FMI, y plantear un nuevo modelo que consulte la realidad nacional, que interprete y aplique con certeza los principios de la seguridad social integral.

Creemos necesario un auténtico Sistema de Seguridad Social Integral, dirigido desde un organismo central del Estado que coordine e integre funcionalmente a todas las instituciones relacionadas con la seguridad social para unificar las políticas, optimizar los recursos y obtener los mejores resultados.

Sería conveniente crear el Departamento Administrativo Nacional de Seguridad Social como el nivel ejecutivo, (o en su defecto un Ministerio), centralizado políticamente y descentralizado administrativamente hasta el nivel departamental, distrital y el de las ciudades capitales, bajo la dirección del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS), de constitución tripartita: Gobierno, empleadores y trabajadores (dentro de los cuales estarían representados las Centrales Obreras, los pensionados, los usuarios y los profesionales de la salud).

Proponemos que el Sistema de Seguridad Social Integral sea instituido como un Estatuto Orgánico para unificar, simplificar, reunir y actualizar todas las normas existentes en materia de seguridad social, así como para coordinar e integrar funcionalmente a todas las instituciones prestadoras de servicios relacionados con la seguridad social.

Para hacer efectivo el artículo 49 de la Constitución Nacional, debe garantizarse el servicio público de la salud a todos los ciudadanos, particularmente a los

más débiles y vulnerables. Estos compatriotas son, esencialmente, usuarios de los hospitales públicos que se encuentran en la peor crisis de la historia, con la mirada indiferente del Gobierno.

Debe declararse la emergencia sanitaria nacional para superar la crisis y fortalecer la red hospitalaria; esta sí de verdad necesaria para el país. Proponemos modificar el plan de pagos de la deuda de la Nación al FOSYGA, por concepto del paripasuu dejado de cancelar durante los años de 1.994 al 96, por un valor de $ 541.900 millones, de tal manera que estos recursos se destinen a los hospitales, con base en un estudio técnico realizado por el Ministerio de Salud y según los criterios de distribución establecidos por el CNSSSS.

Para que la red pública tenga viabilidad financiera, se debe restablecer la responsabilidad del Estado con la Salud Pública, los recursos del Estado destinados para la salud, utilizarlos para el aseguramiento de la población pobre a través de las Direcciones Territoriales de Salud y garantizar el flujo permanente y equitativo de dichos recursos a los hospitales.

Los recursos del SOAT deben ser administrados por entes gubernamentales que reviertan la ganancia (en caso de presentarse con la nueva administración planteada) a los hospitales. Adicionalmente, las tarifas del SOAT deben revisarse a fondo. No es justo que en este caso también los ganadores sean los intermediarios financieros (ver capítulo siguiente).

En materia de Salud Pública proponemos que el Ministerio de Salud y las Direcciones Seccionales retomen el liderazgo, como máxima autoridad sanitaria que son, de la responsabilidad administrativa y financiera de los programas de fomento, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y de los programas especiales de control de TBC, Malaria, Cólera, Lepra, Lehismaniasis, enfermedades emergentes y reemergentes y, en general los contenidos del Plan de Atención Básica.
Es claro que las ARS y todo tipo de intermediación privada en salud y seguridad social son francamente inconvenientes para la obtención de los objetivos de la seguridad social, por tanto, deben desaparecer.

El valioso aporte del sector privado en la salud lo constituye su mayor fortaleza: la red de clínicas en todo el país. La competencia se debe dar al nivel de los prestadores del servicio, no al nivel del asegurador que debe ser único: el Estado.

Recomendamos garantizar a toda la población la prestación de los servicios asistenciales en salud, de manera integral y con cobertura familiar, como lo estableció el DL 1650 de 1.977.

Proponemos crear el Sistema Único de Invalidez y el Sistema Único de Determinación de la Incapacidad Laboral administrado por el Estado para garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la enfermedad, el accidente o la muerte, mediante el pago de la incapacidad médica temporal, indemnización por incapacidad permanentes parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y las prestaciones asistenciales en salud que se deriven.

Proponemos orientar los Servicios Sociales Complementarios en la óptica del Sistema de Seguridad Social Integral. Organizar las prestaciones sociales complementarias a través del Departamento Administrativo de Seguridad Social (o el organismo haga sus funciones), para que coordine las entidades hoy existentes como el SENA, el ICBF, las CCF, COLDEPORTES, INURBE y todas aquellas entidades que desarrollen campos de acción de la seguridad social. La propuesta tiene múltiples ventajas porque los servicios sociales hoy manejados en forma incoordinada, se convertirán en verdadera acción complementaria de las otras prestaciones, se logrará la integración de las instituciones, se evitará duplicar esfuerzos, se desarrollarán mejor las políticas, se optimizarán los recursos y se determinarán con mayor conocimiento las prioridades de los sectores sociales más necesitados.

Respecto de los medicamentos, se debería, igualmente, condensar en un solo instrumento todas las políticas farmacéuticas del país, definir sus objetivos, metas, mecanismos de control y garantía de calidad, buenas prácticas de manufactura, producción, distribución y suministro; farmacovigilancia, estabilidad, bioequivalencia, protección al usuario, disponibilidad y precios, licencias y patentes; manual de medicamentos esenciales y condiciones de la prescripción constituidos por las "Conferencias de Consenso" con las Sociedades Científicas, en lo que podría denominarse "la Ley del Medicamento".

Consideramos imperativo rescatar la relación médico paciente como el eje central del ejercicio de la profesión médica, para incentivar la calidad y la humanización en la prestación de los servicios. Serán prácticas prohibidas constreñir el criterio médico, coartar la solicitud de exámenes para el diagnóstico oportuno, impedir la libre remisión de enfermos al especialista o a otra institución cuando el médico tratante lo considere necesario, o limitar la prescripción de medicamentos. Se debe establecer con claridad que las

instituciones de servicios de salud están en la obligación de proporcionar a sus trabajadores los elementos indispensables para garantizar la prestación de los servicios con calidad, suficiencia y oportunidad. Igualmente estos organismos de salud prestarán la debida asistencia jurídica y serán solidarios con ellos ante los eventuales procesos jurídicos; en todo caso, en lo atinente al ejercicio de la profesión, el médico será juzgado en primera instancia por los Tribunales de Ética Médica establecidos en la Ley 23 de 1.981 (Código de Ética Médica).

Es necesario mejorar las condiciones de vida y de trabajo en el sector de la salud, favoreciendo la capacitación y la educación continuada. Así mismo, tanto en el sector público como en el privado, cuando el médico o el trabajador de la salud presten sus servicios personales bajo relación de subordinación y reciban a cambio un salario u honorarios se considerará establecida la relación laboral formal y tendrán los derechos que la Ley concede. Por tanto, se terminarán las plantas paralelas que niegan las prestaciones sociales y se dará cumplimiento a la nivelación salarial de que trata el artículo 193 de la Ley 100 de 1.993, reglamentado por el DL 439 de 1.995, con base en los topes máximos debidamente actualizados.

Solamente es posible obtener estos objetivos mediante un nuevo modelo que interprete y aplique con certeza los principios de la seguridad social integral. Esta clara visión la han planteado las instituciones médicas, en particular la AMC.

IV- UNA ESPERANZA CONVERTIDA EN REALIDAD LEGAL

Si se analizan los puntos que demostraron el fracaso de la Ley 100 de 1993 y las recomendaciones que por entonces se plantearon, puede encontrarse el vinculo que une las frustraciones de aquel entonces, las propuestas de corrección del desastre de la reforma de ese tiempo y la materialización de la Ley estatutaria, que es una verdadera “joya de la corona” para todos los que hemos sido actores del sistema de salud nacional. La conclusión es sencilla: ESTE LOGRO SOCIAL DE LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD DEBE DEFENDERSE A TODA COSTA

CAPÍTULO 12- UN CONCEPTO ABIERTAMENTE PROTECTOR DE LA SOCIEDAD

I- INTRODUCCIÓN

No es exagerado afirmar que la Ley 1751 de 2015 constituye uno de los avances sociales más importantes de los últimos tiempos en Colombia.

En varios de sus artículos aflora de manera diáfana la demostración del Estado Social de Derecho, expreso en nuestra Carta Fundamental, a pesar de las manifestaciones neoliberales que sufre nuestro país actual.

Una de dichas demostraciones se encuentra en el artículo 9 de dicha Ley, que determina lo siguiente:

Artículo 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud.

El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados.

Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

II-UNA DECLARACIÓN DE ESPERANZAS HACE CASI VEINTE AÑOS

Hace más de quince años expresábamos en nuestro libro critico de la Reforma en Salud planteado en la Ley 100 de 1993 (Guzmán F, Redondo H. La reforma de la seguridad social en Colombia. El fracaso de un modelo económico. Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1997), lo siguiente:

La salud debe ser parte integral y fundamental del aparato social del Estado, dentro de ese contexto general presentamos el análisis de la reforma de la salud en el país. Colombia ha presentado en la década de los noventa una transformación radical de su sistema de salud, comparable por su magnitud a los que se presentaron en las décadas de los cuarenta y los setenta. La Reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia y en América Latina, debe analizarse en el marco de las reformas impulsadas desde el Banco Mundial -BM- y el Fondo monetario Internacional -FMI-, con gran influencia de las teorías conservadoras de Ronald Reagan y Margaret Tatcher, en los Acuerdos de la Unión Europea, en los Documentos del G-7 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-; en los condicionamientos de la Banca Internacional y demás organismos multinacionales para el acceso al crédito o la inversión en los países del tercer mundo, tendientes al fortalecimiento de rígidas pautas monetarias que arrebatan al Estado su injerencia en la economía de las naciones; corriente de pensamiento conocida como neoliberalismo, caracterizado por la apertura económica, el libre mercado como el principal valor de la organización política, la disminución del tamaño del Estado, la descentralización, las privatizaciones de las empresas públicas, la focalización del gasto y la flexibilización de las relaciones de trabajo con supresión masiva de empleos y pérdida de estabilidad laboral.

Esta política de tendencia mundial se complementa con la estigmatización de lo público como sinónimo de corrupción, anacronismo, ineficiencia y clientelismo, en tanto lo privado es sinónimo de transparencia, modernismo, productividad y desarrollo. Se invocan los valores ecológicos, el derecho internacional humanitario y la lucha contra el narcotráfico, no siempre bajo principios universales de solidaridad y desarrollo humano sostenido, sino mediatizados por intereses políticos flexibles a las necesidades de las naciones más ricas y poderosas.

Colombia, como todos los países del tercer mundo, no se encontraba preparada para cambios abruptos de tal naturaleza; menos para abrir sus fronteras a mercados internacionales con los que no esta en condiciones de competir, sin el riesgo de liquidar su incipiente industria nacional. No hubo un proceso previo de reconversión industrial, de actualización tecnológica, ni una infraestructura vial y de comunicaciones modernas que permitan a la pequeña y mediana industria criolla supervivir a la apertura. Por esta razón, resulta más oportuno estimular la regionalización que es la forma de unión con países de características similares, como lo son la Comunidad Andina, El G3, Mercosur, Etc. que plantea la necesidad de un modelo económico que convine el mercado y la preponderancia del Estado para conciliar el crecimiento económico y la redistribución del ingreso; propiciar la liberación del mercado en aquellas áreas en que sus participantes se encuentran en condiciones semejantes y mantener la presencia y regulación del Estado en las áreas sociales y los servicios públicos para garantizar el bienestar general y la justicia social.

Para analizar la Reforma en Colombia y en América Latina es imprescindible recordar previamente algunos conceptos y principios básicos insoslayables que le dan a la Salud el carácter de Derecho Fundamental del Hombre. El derecho a la salud por ser parte de los derechos humanos, debe ser respetado sin restricciones y quedar generosamente respaldado en las políticas de ajuste económico.

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL/ OPS), "Es urgente enfatizar el relevante papel que juega la salud en el logro de un desarrollo humano sostenido, dado que permite mejorar la calidad del potencial humano y fomenta el bienestar social, condiciones esenciales para materializar plenamente el potencial creativo y productivo de la población" .

Tal convicción implica que todo ser humano tiene derechos esenciales en lo civil, económico, político, social, y cultural, merecedores de reconocimiento en el plano nacional e internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, consagró en el artículo 22: "Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación

internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada país, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" .

En el artículo 25 de la misma Declaración, señala: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, 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, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Consideramos que el debate sobre la reforma de la Salud no ha terminado, es necesario, en este período de transición, introducir reformas estructurales y reglamentarias para construir un modelo de salud más acorde con nuestra realidad, más humanista, que respete y cumpla con los principios básicos de la seguridad social, que tome en cuenta la opinión médica y que responda a lo escrito en el preámbulo de la Ley 100 que define la Seguridad Social Integral como:

"El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de los que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida y para la protección de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad" Que cumpla con el objetivo central de la Ley, establecido en su artículo 152:

"Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención". Que esté acorde con las palabras de Libertador Simón Bolívar pronunciadas en Angostura en febrero de 1.819: "El sistema de gobierno más perfecto es el que comparta mayor cantidad de bienestar, seguridad social y estabilidad política".

Colombia requiere crear una Cultura del Acuerdo y de la solución inteligente de los problemas y las diferencias de pensamiento, esto implica realizar un esfuerzo mutuo para entender el punto de vista de la contra parte, buscar puntos de acercamiento, diseñar alternativas, compartir opciones, superar obstáculos y visualizar rutas diferentes, mirando hacia adelante

podremos caminar juntos en la búsqueda de la Seguridad Social Integral para todos los colombianos en la alborada del nuevo siglo. Este texto pretende ser una contribución en este sentido.

Estas fueron predicciones acerca del fracaso del sistema implantado y una declaración de esperanza que por fin se ha vuelto realidad a través de nuestra Ley estatutaria en Salud.

III- LA DIFERENCIA SOCIAL COLOMBIANA

De acuerdo a lo que hemos denominado el "Concepto Neglia" (En atención al profesor de Sociopolítica Ángelo Neglia), nuestro país en particular, y América Latina en general, no libra simplemente una lucha de clases económicas. No es la pelea entre obreros y patrones, que conforman una estructura social en la cual cada uno lucha por ascender. El problema es más profundo. Desde la conquista han existido dos grupos, dos historias. Por un lado, el grupo hegemónico, compuesto de terratenientes, empresarios, profesionales, militares, trabajadores organizados, burócratas y políticos, heterogéneo en su constitución, pero con una alta participación social, con una vertebración interna y unas claras reglas de juego, el cual ofrece a todos sus estratos la posibilidad de relativo progreso dentro de su estructura social.

En cambio, el grupo marginal, formado a base de campesinos minifundistas, jornaleros, pequeños aparceros, artesanos no calificados, gente de tugurios e indígenas, homogéneamente miserable, con mínima o nula participación social, con una marginalización global que los afecta en todas sus esferas vitales y una miseria radical que los vuelve incapaces de organizarse e integrarse coherentemente.

Para los marginales de nuestra sociedad nada ha cambiado positivamente en los últimos cinco siglos. Las condiciones de miseria solamente han empeorado. Las grandes masas de personas sin la más mínima posibilidad de progreso aumentan en cada sociedad latinoamericana. Los Estados se han vueltos totalmente incapaces de manejar las bombas de tiempo que existen dentro de sus mismas ciudades.

Ese segmento de población MARGINAL, olvidada de Gobiernos y profesionales, abandonada por la ciencia y evitada hasta por los políticos de oficio, es una enorme franja de población que crece en forma progresiva y

rodea con sus cinturones de miseria las ciudades latinoamericanas, pagando con su situación el precio de una humillante conquista española y colocando a la sociedad en un grave riesgo de destrucción que ya comienza a sentirse en todas las ciudades del país, victimas de una violencia nunca antes vista y fruto de una actitud contemplativa y cómplice por parte de quienes pertenecemos al segmento protegido o hegemónico de nuestra organización social.

Por múltiples mecanismos, esta situación ha generado resentimiento y odio, ese terrible sentimiento por el cual se desea y procura el mal para otras personas por quienes llega a sentirse repugnancia, y genera alegría cuando produce la desgracia ajena. El odio es parte de nuestra educación diaria en todas las esferas.

IV-LUCHA SOCIAL EN COLOMBIA

Nadie puede negar que existen diferentes niveles sociales dentro de una comunidad, cualquiera que esta sea, sea por efecto de la distribución de la riqueza, bien por la diferencia en la tenencia de la tierra, bien por su acceso al poder.

Pero una cosa es la diferencia de clases y una muy diferente la creación y la conservación de castas, es decir, grupos cerrados en donde interviene el factor descendencia. De acuerdo con Bouglé, este régimen castal viene definido por la especialización profesional hereditaria (nepotismo intelectual), la organización jerárquica y la oposición frente a otros grupos. El ejemplo de la India es típico: quince millones de personas organizadas en más de dos mil castas, dominan a más de quinientos millones de individuos y, muy particularmente, a cerca de cincuenta millones de parias o "intocables", cuyo único destino en el mundo es el sufrimiento.

La diferencia entre castas es infranqueable, en tanto la diferencia de clase tiene siempre una puerta abierta. De hecho, el análisis marxista de la lucha de clases no es enteramente válido en Colombia, pues a partir de la Conquista española, también se creó una especie de sistema de castas.
A diferencia de los colonizadores anglosajones en Norteamérica, que venían escapando de la presión religiosa y buscaban tierra para quedarse, los españoles no pensaron inicialmente en radicarse definitivamente en medio de los nuevos bárbaros. Su sueno fue siempre volver a la madre patria cargados de riquezas.

Por eso, mientras los conquistadores anglosajones destruyeron las culturas indígenas por completo, por considerarlas competidoras en la nueva tierra, los españoles doblegaron a los indios, los diezmaron, los humillaron y los aplastaron, pero no los destruyeron: Los dejaron sobrevivir como cultura marginal para poder explotarlos. Y esta es la causa de nuestros problemas sociales actuales: La creación de dos historias paralelas, la de los descendientes de los conquistadores y la de los descendientes de los indígenas.

Esta situación, corregida al menos en teoría por la Constitución de 1991, existe claramente en la actualidad. La diferencia de clases es posible entre el obrero y el dueño del capital, pero no es una lucha por calidad sino por cantidad. Porque si bien el capitalista continúa siendo el dueño de los medios de producción y del más amplio acceso al poder, el obrero organizado también tiene un importante asiento en la sociedad, hasta el punto de permitir a miembros de su clase llegar a las más altas escalas del poder, como los ministerios y el parlamento.

En cambio, la diferencia entre los marginales y el sistema estructurado de clases sí es un problema de estructura y de calidad de vida.

CONCLUSIONES

Este particular artículo 9 de la Ley estatutaria en Salud tiene un contenido social que debe analizarse y defenderse a fondo.

Y representa un respaldo nunca visto a los niveles más desprotegidos del país.

Recordemos en esencia el Parágrafo, que enuncia lo siguiente:

Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

CAPÍTULO 13- CONCEPTOS ELEMENTALES SOBRE ÉTICA MÉDICA

I-INTRODUCCIÓN

Expresa el Artículo 6 de nuestra Ley 1751 de 2015

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

II-ÉTICA Y MORAL MÉDICAS

Moral proviene del latin "mores" y Ética del griego "ethos". Ambos significan: costumbre. La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas de una determinada comunidad. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es. El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

La moralidad de los actos humanos depende de tres cosas: El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.; la intención o fin, en la que actúa la voluntad; y la razón y las circunstancias de la acción. Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios. No es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

El acto humano libre se basa en conocimiento y deseo a la luz de su propia razón, que posee las características de inteligencia y voluntad. Sin embargo, esto no quiere decir que la moral deba ser de tipo "situacional", pues la conciencia no puede obrar independientemente de los principios universales, que son al fin y al cabo los que orientan los casos particulares.

Por esto, moral y ética son diferentes. La primera (moral) estudia el acto humano individual particular en su entorno y circunstancias concretas. La segunda (Ética) es más amplia, pues es ni más ni menos que el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal. Se ha definido además como "ciencia del comportamiento", pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo. La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

III-PRINCIPIOS BÁSICOS

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo que concierne al ser humano en si. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su

individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios "mínimos" de convivencia es el fundamento de la ética social. Hay tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que deseas que hagan contigo. Por su parte, los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

En lo que respecta a la ética médica, una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral íntegra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico. El Código de Ética Médica Colombiano, lo menciona en su Titulo I, Capítulo I, Artículo 10: "Los principios éticos que rigen la conducta de los médicos, no se diferencian substancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad..."

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad. Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona. Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas del médico como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, porque sus características de universalidad, sobrepasan los eventuales límites que las diferencias morales, sociales o religiosas entre los distintos grupos humanos podrían señalar. Estos principios, denominados por el filósofo inglés W. D. Ross de "prima facie" son respeto por la autonomía, beneficencia - no maleficencia y justicia. Hace ya varios años se realizó el planteamiento de estos principios, apoyado por diferentes escuelas éticas, y la prueba del tiempo no ha mostrado la necesidad de incluir otros como "fundamentales" para la solución de los problemas éticos médicos o de modificar la aproximación basada en el enfoque que hemos mencionado. El método ha sido objeto de naturales críticas, que sin embargo no han llegado a inestabilizar el constructo ético que sobre él se ha levantado.

IV-PRINCIPIO DE BENEFICENCIA

El Principio de Beneficencia se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: "Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio". En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en "me abstendré de causarles daño o perjuicio", resumido en el mucho más conocido "Primum non nocere", de obvio carácter obligatorio, y el segundo en "prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie". En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo, es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal.

Uno de los problemas éticos más conflictivos es la decisión de limitar el libre ejercicio de la voluntad de un paciente, sometiéndolo a restricciones por decisión del médico o de una instancia legal, que se oponen a su albedrío, lesionando así un aspecto fundamental del carácter actual de la relación médico-paciente, como es el profundo respeto por la autonomía del mismo.

V- PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Dadas las condiciones legales actuales, no solo de nuestro país sino de muchas otras naciones, así como nuestras convicciones personales acerca del ejercicio médico, estamos convencidos del papel fundamental que el ejercicio de la autonomía del paciente tiene en el acto médico, elevándolo de la condición que hasta no hace mucho tiempo se le daba de "paciente", como si la palabra derivara de su "pasivo" rol, a la de "persona enferma", en la que no se le menosprecia su integral condición de "persona" por la razón de estar "enferma". No obstante, así mismo, vemos clara la necesidad de adoptar el principio de beneficencia, en busca del bien del paciente o por solidaridad con una determinada comunidad, cuando bajo ciertas condiciones el individuo no puede ejercer dicha autonomía a la que tiene pleno derecho.

El Principio de Autonomía consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir su actúar autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. " Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo los personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad no es otra cosa, que el apetito racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades". Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades. A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones "sine qua non": capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.

La capacidad hace referencia al pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, es el entendimiento aristotélico. La posesión del derecho es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. La libertad es la posibilidad del ser de tomar por si mismo (es decir, sin ser precedentemente determinado de manera unívoca por nada) una dirección frente a valores limitados conocidos, para elegir o no elegir. La información adecuada es el conocimiento de las alternativas de tratamiento, de los beneficios esperados y las posibles complicaciones que los procedimientos puedan generar sobre el paciente.

VI- ENFRENTAMIENTO DE PRINCIPIOS

Si atendemos de manera cuidadosa a las definiciones que hemos dado de beneficencia y autonomía, encontramos en dichas descripciones, no sólo la esencia de lo que ellas constituyen, sino a la vez unos límites claros que permiten establecer certeramente lo que no son. En múltiples ocasiones el desconocimiento de estos límites conduce a actuaciones que pretenden ampararse en el respeto por la autonomía, siendo en realidad negligencia, o en la beneficencia tratándose en realidad de paternalismo.

Hemos dicho que en la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo. La pregunta que nos debemos entonces plantear es ¿quién ha de decidir qué es benéfico para el enfermo? Mientras los médicos piensen que por haber dedicado parte de su vida al estudio de las condiciones de salud y enfermedad de los individuos son poseedores del derecho de decisión absoluto sobre lo que es bueno o malo, no cabe duda que la respuesta será: el médico. No obstante, es claro que la respuesta surge de la falsa premisa de la "posesión del conocimiento absoluto", hecho evidentemente ficticio al que hay que agregar la total ausencia de la participación del objeto de la decisión (el enfermo), por lo que conduce a una respuesta naturalmente errada. Este tan frecuentemente cometido desatino constituye el extremo conocido como paternalismo.

El paternalismo en términos generales consiste en actuar en forma tal, que se cree que se está protegiendo o resguardando el interés de un individuo, aunque el obrar de esta manera vaya en contra de su voluntad inmediata o de su libertad de escoger. Es en esta circunstancia en que una mala comprendida "beneficencia" lesionaría el derecho de autonomía. (Esto realmente no es beneficencia).

Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia. La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina jurídica se presenta cuando "el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar..."

En la situación descrita, una mala comprendida "autonomía", lesionaría el principio de beneficencia, pero es obvio aquí, como lo fue en el extremo opuesto, que si no se dan las condiciones para el ejercicio de la autonomía -capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada- no es autonomía lo que se practica y por lo tanto no se le pueden atribuir a ella los deletéreos efectos producidos.

VII- EL EQUILIBRIO

A partir del origen de la relación médico paciente en algunos casos el paciente no podrá practicar su autonomía, pues la decisión respecto a ésta no ha surgido de una decisión voluntaria, sino de manera espontánea del médico en caso de emergencia o por solicitud de terceros. En estos eventos el médico emprende su labor dirigido por el principio de beneficencia que estrechamente ligado al acto médico hace parte de su esencia.

Dos circunstancias adicionales han de ser consideradas: 1. Aquellas condiciones en las que se determina que el paciente no pueda usar su autonomía y 2. La condición en la cual el paciente desea transferir parte de su autonomía al médico porque confía que actuará de la mejor manera. Siempre que sea posible el paciente debe tener el derecho de decidir autónomamente sobre lo que le conviene, es obligación del médico de manera sincera y desinteresada orientarlo e informarle sobre las posibles opciones. En este tipo de relación no hay contraposición beneficencia-autonomía pues se cuenta con el paciente para decidir lo mejor (lo que lo beneficie).

Hemos ya descrito desde las definiciones las condiciones que limitan la autonomía y sólo bastaría agregar la enorme importancia de la información en este proceso. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él mismo. Es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad a la vez que se constituye en deber del médico:

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado particular atención a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente aceptados en forma documental (en casos de emergencia el documento debe obviarse por estar

en peligro la vida del paciente, dejando una clara nota a este respecto en la historia clínica).

VIII- CONCLUSIONES

1. El ejercicio médico se fundamenta hoy en los tres pilares éticos de Autonomía, Beneficencia y Justicia.
2. El análisis cuidadoso y el conocimiento real de los principios de Beneficencia y Autonomía permiten determinar que entre ellos no hay oposición, pues ninguno mira objeto distinto que el bien del paciente.
3. La oposición surge cuando se desvirtúa la Beneficencia en Paternalismo lesionando la Autonomía, o la Autonomía en Negligencia atentando contra el beneficio.
4. Es deber del médico ver en el paciente a la persona integral que ante la enfermedad requiere su ayuda, pero que mientras pueda ha de ser libre de ejercer su voluntad.

CAPÍTULO 14- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

I- INTRODUCCIÓN

La Ley 1751 de 2015 plantea una serie de derechos y Deberes de las personas en relación con el servicio de salud.
Dice ese artículo:

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;
b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;
c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;
d) A obtener una información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir tratamiento de salud;
e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;
f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;
g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;
h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;

i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;
j) A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad;
k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine;
l) A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito;
m) A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos;
n) A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley;
o) A no ser sometido en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento;
p) A que no se trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;
q) Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad.
Deseamos referirnos a los literales c y d, que hacen referencia al consentimiento para los tratamientos y la información que se relaciona con el mismo.

II-EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento del paciente, o su autorización, es uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto licito y que tenga además una causa licita (Artículo 1502 del Código Civil).
El estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios

en los aspectos médicos reviste la mayor importancia. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos derechos y obligaciones determinadas. Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico. Consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato-acto de voluntad bilateral- de prestación de servicios médicos.

Nuestra medicina occidental, la más compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente artículo: " Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos ".

III- DEFINICIÓN

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis Este consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

-Para tratamiento farmacológico
-Para procedimientos diagnósticos no invasivos
-Para procedimientos invasivos diagnósticos
-Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos
-Para procedimientos quirúrgicos

-Para Cirugía Estética
-Para tratamiento no convencional "heroico"
-Como sujeto de experimentación
-Como donante de órganos

No se hablara en este punto del consentimiento del médico, a pesar de ser indispensable la existencia de contrato de prestación de servicios. Y no se hablara de ello, porque ante la obligación que su juramento le impone, el médico debe actuar, es decir, salvo algunos escasos rarísimos esta "obligado" a prestar sus servicios. Por lo tanto, se hablara esencialmente del consentimiento del paciente.

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

La ley fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:

1-El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
2-El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.
3-El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto nulo o viciado de nulidad.
4-Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

IV-CONDICIONES PARA QUE EXISTA CONSENTIMIENTO EN MEDICINA

En los actos médicos, la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con varias legislaciones:

A- CAPACIDAD

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo al Artículo 1503 del Código Civil: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces". Y el artículo 1504: "...dementes, impúberes sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Absolutos); menores y adultos disipados que se hallen en interdicción..."

De esta categoría están excluidas legalmente las personas con alteraciones mentales transitorias o permanentes y los menores de edad. En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales. Este punto se contempla en el Código de Ética Médica Colombiano (Titulo II, Capítulo I, Artículo 14):

"El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata".

En casos de autorización por parte de los allegados de la persona enferma e incapaz, se presume que al ser ellos personas racionales y quienes legalmente representan al enfermo, deben tomar una decisión basados en el conocimiento de su personalidad.

En caso de extrema urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona incapaz y su familia no este presente y no sea posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar una constancia muy clara en la Historia Clínica de la situación antes de proceder a tratar el paciente.

B-POSESIÓN DEL DERECHO

Para que existe consentimiento se requiere la posesión o titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico.

Este es un punto importante: La vida humana, aunque es disfrutada por la persona individual, es en esencia un bien social que las instituciones protegen por encima de todo. Por lo tanto, en lo que respecta al acto médico, la conservación de la vida prima sobre la calidad de la misma que pueda ofrecerse (Aunque desde el punto vista ético podría ser discutible). Esta es la esencia de la justificación de muchas intervenciones como la cirugía radical parcialmente incapacitante o la quimioterapia en casos de enfermedad maligna, a pesar de los resultados o efectos colaterales molestos que puedan producirse en el enfermo.

Puede servir de ejemplo lo que ocurre con la persona que presenta un tumor maligno de cuello que requiere extirpación amplia que incluye mandíbula, piso de la boca, lengua y parte de las estructuras del cuello, con sus terribles consecuencias estéticas que brindan una sobrevida mayor en cantidad, pero "deficiente" en calidad. También la utilización de drogas antineoplásicas de efectos secundarios tan desagradables como la perdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

Podría discutirse en este punto la posición de algunas sectas religiosas, como los Testigos de Jehová, que no aceptan la práctica de transfusiones sanguíneas aun en caso de extrema urgencia. Según algunas opiniones, el médico en estos casos, puede proceder a utilizar la transfusión bajo el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a la libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.

C-LIBERTAD

Se requiere la libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de la decisión de efectuar el acto médico. Es lógico que se excluyen de esta categoría la coacción de cualquier tipo (Física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto médico, previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el

procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. Por lo tanto, es esencial una buena información al paciente.

La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que esta escogiendo entre dos riesgos (Dejar progresar la enfermedad al no aceptar tratamiento o someterse al riesgo que este implica).

Esto también esta consagrado en el Código Civil (Art 1510): "...El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra..."

Y en el artículo 1511: "...El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree..."

D-INFORMACIÓN ADECUADA

La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se esta faltando a un principio ético, sino esta vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Ejemplo: El médico que advierte al enfermo sobre la falsa urgencia inminente de extirpar unas varices incipientes, susceptibles de manejo no quirúrgico, aduciendo la posibilidad inmediata de una inflamación perentoria (tromboflebitis).

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser sumamente cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Además, puede pensarse que el ser humano agobiado por el dolor y la angustia no se encuentra completamente libre para tomar una decisión trascendental en relación con su cuerpo.

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad.

Ejemplo: Un hombre de 40 años tiene una masa en el tórax, secundaria a un tumor maligno en el intestino. El médico le dice en el consultorio que muy seguramente tiene un cáncer metastásico y que las posibilidades de sobrevida son muy pocas, sin tener en cuenta que el enfermo tiene antecedentes de intento de suicidio.

A este respecto hay discusión. Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronostico es pésimo.

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se esta agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades.

El tema de la información también ha sido contemplado por la Ley (Ley 23 de 1981, Titulo II, Capítulo I, Artículo 18):

"Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales"

E- CAUSA O MOTIVO DEL ACTO

El Artículo 1524 del Código Civil dice: "...No puede haber obligación sin una causa real y licita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato..."
Por lo anterior, se presume la existencia de una causa para ejercer el acto médico, tanto en el sujeto pasivo (Donación de un riñón por parte de un padre a su hijo que requiere un trasplante), como en el activo (El planteamiento de una terapéutica por parte de un médico a su paciente, debido a una enfermedad específica).

Aquí se parte de la base del comportamiento ético por parte del médico con base en su formación y de la conducta correcta del paciente basada en su correcta información.

El motivo principal del acto médico no puede ser económico. La medicina es una profesión altruista y humana por definición. Si bien es cierto que los médicos deben recibir una remuneración adecuada por su trabajo, el motor principal del ejercicio médico no puede ser el dinero sino la conservación y el mejoramiento de la vida humana

F- DOCUMENTO

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado atención especial a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.
En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto

G- REVERSIBILIDAD

Por último, debe tenerse bien claro que hay reversibilidad, es decir, la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder dar marcha atrás en la decisión. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley.

V- ADVERTENCIAS FUNDAMENTALES

La existencia de un documento donde se exprese el consentimiento por parte del paciente, aunque no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuó de acuerdo

con su voluntad, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos

Este es un contrato consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Es decir, todo documento que se suscriba tiene un carácter "ad probatorium", que para este contrato específico es de gran utilidad, al presentarse cualquier conflicto que en últimas generará responsabilidades para las partes.

Es lógico pensar que pueden existir excesos y actitudes de mala fe por parte de los enfermos y por lo tanto, tomar precauciones contra denuncias temerarias. Por ejemplo, cuando un cirujano emprende una operación, aun habiendo advertido al paciente de la necesidad de resección ampliada de un órgano, puede encontrarse con situaciones que cambien el planteamiento inicial y que solamente el profesional, en su acto quirúrgico, está en capacidad de determinar hasta donde pueden definir la supervivencia y calidad de vida de quien se ha colocado en sus manos, cambiando por consiguiente la estrategia a seguir. Aun así, se enfrenta a la queja del paciente, a pesar de las explicaciones preoperatorias y la situación en la misma cirugía.

CAPÍTULO 15- LA HISTORIA CLÍNICA

I- INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones del legislador en la Ley estatutaria en Salud se centró en la historia clínica y su manejo.

En efecto, el artículo 10 en su literal g expresa, entre los derechos del paciente que recibe los servicios de salud, lo siguiente:

g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;

Analicemos un poco la importancia de la historia clínica, ahora consagrada nada menos que en la Ley más importante en salud de los últimos tiempos:

II- OBJETIVOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

1-CONSTITUYE EL REGISTRO DE VARIOS HECHOS DE LA VIDA DE UN SER HUMANO

Por definición, historia es la relación de eventos de la vida de una persona. En ella se registran datos de una extrema intimidad, pues el enfermo sabe que cualquier distorsión en la información puede redundar en su propio perjuicio. Adicionalmente, se involucran datos familiares que también se consideran de un manejo delicado.

2-INTENTA ENCUADRAR EL PROBLEMA DEL PACIENTE

De acuerdo con los conocimientos presentes, la queja del enfermo se ubica dentro de un marco teórico que sea capaz de involucrar sus síntomas,

signos y documentos paraclínicos, con el objetivo de explicar la causa de la dolencia y las formas de combatirla en sus mismas raíces.

3-ORIENTA LA TERAPÉUTICA

El individuo que acude en busca de consejo y alivio a sus enfermedades se llama paciente. Quien recibe la información, la procesa y la utiliza para entregar una opinión científica y con base en ella disponer un tratamiento se llama médico. Y una de las partes más importantes del acto médico es la disposición terapéutica, sea de tipo biológico o psicológico.

En la historia clínica queda constancia de los pasos que se siguieron para llegar a esa opinión científica. De allí la importancia de su exhaustividad, con el objeto de encuadrar el mayor número de datos en forma ordenada y así llegar a conclusiones válidas.

4-POSEE UN CONTENIDO CIENTÍFICO INVESTIGATIVO

La investigación científica es uno de los objetivos de la medicina. Y con esto no se hace referencia a grandes proyectos y métodos de extrema sofisticación únicamente. Cada paciente es sujeto de su propia investigación, comenzando por el diagnóstico de su enfermedad.

Ciertamente, en el campo terapéutico, el médico se debe atener a los dispuesto en las leyes, los códigos de ética y la Lex Artis. Por lo tanto, debe orientar el tratamiento, la prescripción de medicamentos y la planeación de procedimientos invasivos de acuerdo a las normas de excelencia aceptadas en ese momento por la sociedad y la ciencia médicas.

Investigar no es administrar sustancias no aceptadas por estudios científicos previos. Esto es experimentación humana sin consentimiento y constituye un delito.

El Código de Ética Médica hace referencia a este punto:

"...2. El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a

su disposición. En consecuencia el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión...” Artículo 2, Ley 23 de 1981

5-ADQUIERE CARACTER DOCENTE

Hoy en día el trabajo médico, especialmente el de tipo hospitalario, se lleva a cabo en equipo. El ejercicio exclusivamente individual es cada vez más escaso. En las escuelas de medicina y en los hospitales, se impone a los docentes la responsabilidad de velar por el correcto desempeño de los practicantes (internos y residentes) y de responder por sus errores culposos, claro está, que “pese a su cuidado y autoridad no hubieren podido evitar el hecho” (CC art. 2347 in fine).

La estructura de un hospital universitario se mueve alrededor de la jerarquía académica de sus docentes. Allí trabajan los especialistas por varios motivos, entre los que se cuentan: el volumen de casos que pueden ser atendidos, el tipo de enfermedades que presentan los pacientes que acuden a esa institución, la posibilidad de efectuar investigaciones clínicas específicas por la clase de lesiones que allí se observan, el honor de la docencia, la remuneración, y el amor al trabajo hospitalario.

En la historia clínica se registran las acciones terapéuticas y de manejo médico de los pacientes. Asimismo, en forma explícita o no, se encuentran elementos de la participación del equipo médico, incluyendo las notas del personal en adiestramiento, todas las cuales deben ir respaldadas por la firma del responsable legal del enfermo.

“...5. Conforme con la tradición secular, el médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad. Cuando quiera que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la medicina o a regentar cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias sobre la materia, así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional...” Ley 23/81.
Y el Decreto 3380:

"...Artículo 30. Las historias clínicas pueden utilizarse como material de consulta y apoyo a los trabajos médicos, con sujeción a los principios del secreto profesional y de la propiedad intelectual..."

6-CONSTITUYE IMPORTANTE ELEMENTO ADMINISTRATIVO

Por obvias razones de tipo económico y gerencial, la historia clínica es el documento más importante para respaldar procedimientos practicados, complicaciones sufridas y costos monetarios de quienes responden por cada enfermo.

7-TIENE IMPLICACIONES MÉDICOLEGALES

a- Por un lado, es parte del contrato de servicios médicos, cuyo fundamento se basa en varios aspectos.

A-Capacidad de los sujetos. Se origina en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión.

B-Consentimiento. Basado en la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

C-Objeto lícito. Esto quiere decir, ajustado a la ley.
D-Causa lícita. O sea, aquella permitida por la ley, es decir, de acuerdo con el orden público y las buenas costumbres.

b- Es la base de demostración de la diligencia médico-hospitalaria. Diligencia es la cualidad por la cual el médico ejerce su acto profesional utilizando los principios de cuidado, exactitud, ciencia y conocimiento, con el objeto de llegar a un diagnóstico preciso de las condiciones de un enfermo, para orientar su terapéutica. Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incurría. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.

La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

"... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..." ((Jurisprudencia y Doctrina. Legis. tomo XVI. 184. P 322. Abril/87).

La historia clínica es uno de los elementos probatorios de la diligencia, desde su elaboración formal hasta su trasfondo científico.

c- En tercer lugar, posee carácter probatorio ante la ley.

La historia clínica es una forma de prueba, pues se considera documento. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil (Sección III, Régimen Probatorio, Título XIII, Pruebas, Capítulo I, Artículo 175):

"...Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez..."

El mismo Código, en su artículo 251 expresa:

"...Son documentos, los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo..."

Documento es todo aquel elemento perceptible por los sentidos del oído y la vista que al ser examinado sirva para comprobar la existencia de un hecho o una manifestación del intelecto y que, por lo tanto, puede ser llevado físicamente ante el juez.

De acuerdo con el Profesor J Parra Quijano, en el aspecto procesal y probatorio hay dos tipos de documentos: Solemne (cuando la ley impone que un acto se celebre a través de un documento específico, como la venta de un inmueble o un consentimiento informado); y Probatorio cuando se constituye como objeto permanente de representación como medida de seguridad (Historia clínica).

Adicionalmente, la historia es parte de la función del médico como auxiliar de la justicia, evento consagrado en la Ley de Ética Médica:

"...6. El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y sólo la verdad..."

III-CARACTERÍSTICAS

1-SU PRÁCTICA ES OBLIGATORIA

Ningún acto médico hospitalario o de consultorio debe efectuarse sin su correspondiente registro en la historia clínica. En las instituciones de salud se exige la historia clínica como elemento indispensable para ejercer una medicina de calidad.

Por otro lado, en casos de complicaciones (salvo en algunos casos de extrema urgencia y corto tiempo disponible), su ausencia no tiene excusa.

2-ES IRREEMPLAZABLE

La escritura de la historia no puede ser reemplazada por la memoria del médico. Es lógico que no se puedan conocer detalles de cada paciente, ni por el número ni por la complejidad individual de cada ser humano.

3-ES PRIVADA Y PERTENECE AL PACIENTE

Aquí se involucran los conceptos de confidencialidad, secreto profesional e información.

4-ES OBJETIVA Y VERÁZ

Se basa en hechos ciertos y describe las situaciones como son y no como el médico quisiera que fueran.

Además, debe estar libre de especulaciones. Se aceptan únicamente las disquisiciones diagnósticas y los criterios de las Juntas Médicas. De resto, la historia clínica es descriptiva.

Existen algunas situaciones en las que se enuncian juicios de valor, pero ellas son de alta peligrosidad debido a las implicaciones legales que conlleven.

En la elaboración de la historia clínica el paciente debe expresar su versión de los síntomas y el médico no puede guiarlo hacia un diagnóstico específico.

IV- FUNDAMENTOS DE LA HISTORIA

1-BASE CIENTÍFICA Y HUMANA

Si por conocimiento entendemos el conjunto de representaciones intelectuales sobre las cuales tenemos certeza de verdad, es necesario distinguir entre el conocimiento vulgar y el conocimiento científico. El primero simplemente conoce la cosa o el hecho, sin dar el explicación ni razones metódicas. El segundo, en cambio, explica y razona sobre las cosas y los hechos conocidos y los expresa con cuidado para evitar errores.

La Ciencia es pues una forma coherente y sistemática de conocimiento que acepta y explica la realidad, predice su conducta y la controla. El cuerpo de ideas obtenido después de probar la certeza del conocimiento constituye la ciencia, es decir, el conocimiento racional, sistemático, exacto y verificable. La ciencia busca construir explicaciones a partir de observaciones organizadas y logradas en condiciones reconocidas como validas.

De otro lado, el método científico es un procedimiento para describir condiciones en que se presentan sucesos específicos. Es la aplicación de la lógica a los hechos observados. A través de ella se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Su interés se centra en determinar características, propiedades, relaciones y procesos en los hechos observados; es verificable; se puede someter a confrontación empírica; es relativo (sus afirmaciones pueden ser reformadas); es sistemático; es comunicable por medio de un lenguaje específico; es descriptivo, explicativo y predictivo.

La tecnología es la aplicación de los conocimientos para resolver problemas humanos. Es el juego de procesos, herramientas, métodos, procedimientos y equipo que se utilizan para producir bienes y servicios. La tecnología determina el curso de la sociedad. Sin embargo, no debemos

ser simples usuarios de tecnología, sino administradores de tecnología, tomando decisiones inteligentes que evalúen el impacto de la tecnología sobre los seres humanos y el medio ambiente. Por esta razón, cuando se habla de la medicina como una ciencia, es preciso considerar a la vez, una tecnología que le proporciona instrumentos y una ética que imprime carácter a su trabajo.

Pero no puede olvidarse la esencia humana de la actividad médica, enunciada en forma clara en el artículo 1 de la Ley 23 de 1981, que dice en uno de sus apartes:

"...1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes..."

2-CONCORDANCIA CON LA LEX ARTIS

La locución latina Lex Artis, literalmente 'ley del arte' o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

La Lex Artis tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene.

3-CLARIDAD

Claridad es sinónimo de luz, transparencia y distinción. Constituye una característica de perfección intelectual y formal que se traduce en cohe-

rencia intelectual entre anotado en las páginas de la historia y lo que esté ocurriendo con el enfermo; a esto se suma la utilización de términos adecuados, buena estructura lingüística y justificación de los actos que se originen en las condiciones del paciente.

4-LEGIBILIDAD

Uno de los defectos tradicionales de los médicos es la falta de claridad en su escritura. Y esto es perjudicial no solamente para quien trata de interpretar los manuscritos en casos de urgencia o interconsulta, sino para quien juzga la actividad médica (Auditores, superiores jerárquicos, jueces, etc). La historia clínica debe ser completamente legible. Las abreviaciones deben, en lo posible, evitarse. Las firmas deben ir acompañadas del nombre de quien escribe en la historia clínica y, si es factible, de un sello.

"...Artículo 36. En todos los casos la historia clínica deberá diligenciarse con claridad..."

5-INTEGRIDAD Y ESTRUCTURACIÓN INTERNA No puede omitirse ninguna de sus partes constitutivas. Debe existir orden y coherencia entre las diferentes partes de la historia clínica. No solamente debe ser completa, sino estructurada entre sus partes.

V- CONCLUSIONES

El respeto y protección a la historia clínica, evidenciados en la Ley 1751 de 2015 es la base de un ejercicio médico adecuado y el pilar de la estructura del nuevo sistema de salud basado en la Dignidad Humana.

CAPÍTULO 16- LA INTIMIDAD PERSONAL

I- INTRODUCCIÓN

El artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 habla del respeto a la intimidad de los pacientes como un derecho de gran trascendencia.

Este aspecto tiene dos puntos de vista que se refuerzan simultáneamente: la intimidad personal y el secreto profesional.
Analicemos estos aspectos en este escrito.

II-LA INTIMIDAD PERSONAL

La fuente última de la dignidad humana, base de muchos ordenamientos y de todo el Derecho Natural, es la condición de persona, pues esta constituye el núcleo más específico de cada ser individual. En el concepto de persona se apoya el análisis jurídico de los Derechos Fundamentales.

La persona posee una serie de características, de entre las cuales destacan dos: la intimidad y la expresión que se haga de la misma a alguien

Intimidad es la parte interior que solamente cada uno conoce de sí mismo. Es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor. Por su parte, en la expresión de la intimidad se colocan en juego la capacidad de dar y la posibilidad de dialogar con otra intimidad diferente. La capacidad de dar consiste en entregar algo de la intimidad y lograr que otra persona lo reciba como propio. Esta expresión se obtiene a través del lenguaje, el cual puede ser verbal, corporal y expresivo. El hombre necesita expresarse con los demás.

La dignidad humana, dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida en que se tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como

aquel fuero interno que sólo puede interesar al ser humano como individuo o dentro de un contexto reducido de personas que en últimas está determinada por el consentimiento de quien es depositario de su existencia.

El diccionario de la Real Academia define intimidad como "zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia." Esta zona reservada de la persona humana y de la familia la protege en forma clara el artículo citado al prescribir que "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede molestarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

De otro lado, la Corte Constitucional, mediante el fallo T-413-93, sobre el derecho a la intimidad, a propósito de la violación de reserva de la Historia Clínica, manifestó lo siguiente:

"El derecho a la intimidad, inicialmente, se concreta, en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo. Sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella; en este ámbito privado, el ser humano ejerce la libertad (artículo 13 de la Constitución) y se hace protagonista de su propio destino, al decidir y realizar libremente el desarrollo de su personalidad, "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico." (Artículo 16 de la carta)."

En la sentencia T-261 de 1995, la Corte Constitucional expresó:

"Este terreno –se refiere al de la intimidad- no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o la familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar a los demás el respeto a su identidad y privacidad personal."
Para Olano García la intimidad es: "un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: Como secreto de la vida privada y libertad. Concebida

como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de hechos propios de la vida privada. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad."

En reciente sentencia del tribunal Nacional de Ética Médica se expresa:

Providencia 013 de 2003, Magistrado Ponente Fernando Guzmán Mora:
"…Por lo anterior, nada puede ser más violatorio de la inmanencia humana que la intromisión indebida en la intimidad de la persona. Es invadir lo más interno y sagrado de la persona.

Artículo 54. La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta.

El acusado en mención ya había sido infractor de la intimidad personal, sexual y del pudor de otras enfermeras, lo cual había sido informado ante numerosas autoridades en los sitios de trabajo y comprobado en uno de los procesos disciplinarios que se le siguieron en consecuencia.

Por último, este tribunal ya se ha manifestado respecto a este tipo de violaciones al código de ética, como lo demuestra la providencia 22-2001 dentro del Proceso No. 223 del Tribunal del Ética Médica del Meta.

"… Posteriormente afirma que su defendido sufrió en el momento de la realización de la conducta un trastorno emocional-perceptivo, en cuyo desarrollo varias de las funciones de la voluntad se alteraron y como demostración de su afirmación cita la obra " La sexualidad humana " de William H. Master, Virginia E. Jonson y Robert C. Kolodny, quienes al describir las reacciones del ser humano ante una excitación erótico sexual destacan que tales reacciones pueden ser motivadas por una caricia, o un mensaje visual en el caso de alguien que viste un atuendo especial.-

No comparte la Corporación las argumentaciones formuladas por la defensa, porque el hecho de que el disciplinado con anterioridad haya tenido una excelente conducta, no lo releva, ni puede relevarlo de las infracciones a la ley que pueda cometer con posterioridad a su buena conducta anterior.- Estima la Sala que la descripción que da el médico disciplinado en relación a los hechos y lo que lo llevó a tener relaciones sexuales con su paciente en su consultorio no son indicativos de la existencia de un trastorno mental transitorio como pretende la defensa y si bien es cierto que el investigador está obligado a realizar una indagación integral, tanto en lo favorable como lo desfavorable, no siempre es necesario ordenar pruebas psicológicas o siquiátricas y éstas se imponen como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, solo cuando de los antecedentes familiares, la historia clínica del sindicado, por la forma como ocurrieron los hechos o cualquier otro indicio muestren evidencias de que el sujeto activo de la infracción haya podido actuar en situación de anormalidad mental.-

III- EL SECRETO PROFESIONAL

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

En el juramento Hipocrático se estipula:

"...Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos..."
Clara está la importancia del sigilo profesional del médico para garantizar el derecho a la intimidad de las personas dentro de un entorno social. Es apenas elemental que la persona humana, como dueña única de su existencia, decida qué exterioriza de su ser, que en el caso de enfermedades susceptibles de tratamiento quirúrgico y por razones de salud, se ve prácticamente en la obligación de hacerlo. Esas revelaciones, lógico es, no pueden darse a conocer por el cirujano. Obligación moral y legal de contenido universal, pues basta leer el juramento heredado de la cultura griega. Según el Profesor Uribe Cualla, existen tres tipos de Secreto profesional médico:

1-Absoluto. El médico debe callar siempre, todo, bien sea en privado o ante la justicia.
2-Relativo. No debe guardarse frente a la justicia, para así colaborar en la búsqueda de la verdad.
3-De conciencia. El médico debe divulgar la verdad.
De acuerdo con este autor se requieren varias condiciones para que exista violación del secreto profesional:

-Que el infractor tenga una profesión u oficio
-Que el asunto se haya conocido con motivo del ejercicio profesional, aunque no tenga nada de confidencial.
-Que el médico cause algún perjuicio o pueda causarlo con la revelación de lo secreto, no obstante tener la obligación de guardarlo.
-Que se haga con plena conciencia (Delito) o inadvertidamente (Falta Moral).

El artículo 74 de la Constitución Política dispone la inviolabilidad del Secreto Profesional. La corte Constitucional en la Sentencia C-264 de 1996 expresó:

"La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales. En el ámbito de la relación profesional, depositado el secreto o conocida la información o el dato por parte del profesional, el sujeto concernido adquiere el derecho a que se mantenga el sigilo y este derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida. Correlativamente, el profesional tiene frente al titular del dato o información confidencial, el deber de preservar el secreto….el profesional, a su turno, tiene el derecho de abstenerse de revelar las informaciones y datos que ingresan en el reducto de la discreción y la reserva."
"Determinados profesionales tienen la delicada tarea de ser recipiendarios de la confianza de las personas que ante ellas descubren su cuerpo o su alma, en vista de la necesidad de curación o búsqueda del verdadero yo. El profesionalismo, en estos casos, se identifica con el saber escuchar y observar, pero al mismo con el saber callar. De esta manera el profesional, según el código de deberes propio, concilia el interés general que significa

su oficio con el interés particular de quien lo requiere. El médico, el sacerdote, el abogado, que se adentran en la vida íntima de las personas, se vuelven huéspedes de una casa que no les pertenece y deben, por tanto, lealtad a su señor."

El médico es uno de los profesionales que tiene el conocimiento más profundo de la intimidad de las personas. Es el depositario de la enfermedad que lo aqueja, del tratamiento que efectúa, del impacto que sus instrumentaciones dejan en los cuerpos de quienes necesitan de su arte y ciencia… Es, en cierta forma, el guardián de la vida y de la muerte de muchas personas. Es, por así decirlo, el paradigma del defensor de la intimidad de las personas.

La noción del secreto profesional la abordó el filósofo del derecho Rudolph Stammler siguiendo a otro filósofo del derecho alemán Helmunt Kolhn decía que :"el secreto profesional es aquella actitud de reserva que recaía sobre una cosa corporal o incorporal con el fin de proteger la intimidad del individuo". Hoy en día ese secreto podría entrar a través del art.94 de la Constitución política cuando nos habla de bienes inherentes a la persona humana, y uno de esos bienes es su intimidad. Ahora, el mismo Rudolph Stammler manifestaba que: " la intimidad era la autocontemplación del hombre en la privacía". El secreto profesional por lo tanto es una actitud de reserva.

Por que existe el derecho a la intimidad? Por que existe el secreto profesional ?. por una necesidad de la naturaleza humana. Qué es necesidad ? y que naturaleza humana?. Necesidad es lo que irreversiblemente tiene que ser de un modo y no del otro so pena de contradicción lógica u ontológica y naturaleza humana es la esencia como principio de operación

IV- LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte ha dicho al respecto:

SENTENCIA C-264/96
El laconismo del lenguaje constitucional se orienta a establecer de manera perentoria la prohibición de revelar el secreto profesional, pero en modo alguno se endereza a excluir la regulación legal en este campo. La efectividad del precepto constitucional, requiere que la vulneración del secreto profesional sea sancionada y prevenida. En este sentido, se torna indis-

pensable fijar supuestos de responsabilidad civil y penal, lo mismo que definir los titulares de derechos y obligaciones. No puede, pues, negarse al Legislador la facultad de dictar reglas en punto al secreto profesional que contribuyan a concretar su alcance y a precisar las condiciones y procedimientos necesarios para asegurar su eficacia y aplicabilidad.

La interpositio legislatoris, no se omite ni siquiera respecto de los derechos enumerados en el artículo 85 de la C.P., en cuyo caso su preterición no se opone a su aplicación inmediata. Tanto en su ámbito como en el de los demás derechos y deberes, el desarrollo legal resulta indispensable si se piensa en la inevitable exigencia que surge de la vida de relación de coordinar y precisar las condiciones de ejercicio de los derechos y deberes, los que suelen formularse en la Constitución de manera abstracta y en sus contornos más notorios y generales. La solución de los conflictos y tensiones que ordinariamente se dan entre los distintos derechos y deberes, se resuelven por vía judicial. Empero, sin descontar la importancia de los precedentes judiciales, las soluciones de orden general a estas situaciones, es una tarea que no puede ser ajena al Legislador como que en su realización se cifra la efectividad de los derechos y la seguridad que se asocia a su ejercicio.

Todos los derechos y deberes plasmados en la Constitución Política son inviolables. Las esferas de protección que de ellos se deducen, no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad o persona privada. La regulación legal que se dicte con sujeción a la Constitución y al contenido esencial de tales derechos y deberes, que verse sobre sus condiciones de ejercicio y de aplicabilidad, no puede sin más considerarse violatoria de los mismos. Cada uno de los derechos en una perspectiva teórica puede ser ilimitadamente expansivo, de suerte que sino se señalan cauces para su ordenado ejercicio y restricciones, fatalmente se anularía a los restantes y se suprimiría la posibilidad de su simultánea y pacífica práctica colectiva. La Constitución, por regla general, se limita a definir los derechos y los deberes fundamentales. Corresponde a la ley, dentro del marco de la Constitución y con el debido respeto a los valores y principios democráticos que ella preconiza, promover la efectividad de los derechos y deberes fundamentales y, para el efecto, fijar las condiciones necesarias para su ejercicio y los procedimientos y mecanismos adecuados para su defensa.

Se comprende que no milita razón alguna que pueda contraponerse a la regulación legal del secreto profesional. En cierta medida puede afirmarse que el desarrollo legal, por el contrario, puede ser útil con el objeto de

concretar y de imprimir eficacia a la esfera de protección que brinda la norma constitucional. Naturalmente, la ley que se dicte ha de sujetarse a la Constitución Política.

5. La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el fundamento del secreto profesional, en los siguientes términos:

"La preservación del secreto profesional aparece como una necesidad urgente en las sociedades donde el grado de desarrollo y la complejidad de las relaciones interpersonales e intergrupales, determinan la prevalencia de la solidaridad orgánica (o por desemejanza) sobre la solidaridad mecánica (o por parecido), en términos de Dürkheim pues a medida que se acentúa la división social del trabajo, cada uno de los miembros del conglomerado, que ejerce un oficio específico - y sólo uno -, requiere más del aporte de los otros, para la satisfacción de sus necesidades más apremiantes. Esto por contraste con las sociedades embrionarias donde, en esencia, todos hacen lo mismo y desempeñan a la vez múltiples funciones.

Lo anterior significa que en una sociedad como la nuestra, la información confiada a determinados profesionales, que el propio ordenamiento señala, exige cada vez más protección en función de la confiabilidad que debe serle aneja.

La solidaridad de las personas que integran la comunidad en general y, específicamente, la República de Colombia, no sólo es un valor, que debe estar presente en el comportamiento de todas las personas residentes en el país, para viabilizar las relaciones de convivencia ("respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas." artículo 95, numeral 2 de la Carta), sino un hecho ineluctable, en la medida en que todo lo que afecta a un miembro de la comunidad, de algún modo repercute en los otros y termina afectando a la comunidad misma considerada como un todo.

Es esa solidaridad, en su doble proyección (hecho y valor), la que explica que se consagre en el artículo 15 de la Carta Política, la inviolabilidad de las comunicaciones, los documentos privados y la intimidad personal y familiar. Las relaciones que las personas establecen con el Ministro del culto religioso que profesan, con el abogado, con el médico y con otros profesionales, pertenecen al fuero íntimo, personal y familiar, protegido por el mandato del artículo referido.

En razón de las relaciones que las personas se ven precisadas a establecer con los profesionales enunciados en el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, éstos últimos se enteran de asuntos atinentes sólo al fuero íntimo de aquéllas; y es en función de esa especialísima condición, que la Constitución ordena, en su artículo 74, la guarda rigurosa del secreto profesional, así como la preservación del buen nombre (Artículo 15) , íntimamente vinculado a aquella, pues, como atinadamente anota Helmut Coing, "El individuo puede exigir que no se le espíe; hay que dejar en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles quiere mantener sólo en su conciencia" .

Con base en lo anterior, resulta conveniente sintetizar los aspectos que configuran el secreto profesional y profundizar sobre su alcance.

La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que se destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales. En el ámbito de la relación profesional, depositado el secreto o conocida la información o el dato por parte del profesional, el sujeto concernido adquiere el derecho a que se mantenga el sigilo y este derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida. Correlativamente, el profesional tiene frente al titular del dato o información confidencial, el deber de preservar el secreto. Como una proyección del derecho del titular del dato o información, al igual que como una concreción particular del interés objetivo y legítimo de una profesión en auspiciar un clima de confianza en las personas que constituyen el círculo de los usuarios de los servicios que dispensa, el profesional, a su turno, tiene el derecho de abstenerse de revelar las informaciones y datos que ingresan en el reducto de la discreción y la reserva.

El derecho y el correlativo deber que se derivan de la prohibición de revelar el secreto profesional, tienen carácter formal en cuanto que, en principio, son indiferentes respecto de su contenido concreto. En realidad, lo comprendido por el secreto no es tan significativo desde el punto de vista jurídico como la necesidad de que permanezca oculto para los demás. Aquí se revela una faceta peculiar del secreto profesional y que consiste en servir de

garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que se destaca el derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad etc. De otra parte, este nexo funcional, explica porqué las limitaciones que en un momento dado pueden revelarse legítimas y proporcionadas en relación con un derecho fundamental, eventualmente pueden en una situación extrema repercutir sobre el propio ámbito del secreto profesional, inclusive restringiéndolo.

La íntima ligazón funcional que vincula el secreto profesional con otros derechos fundamentales, en particular con los de naturaleza personal, permite descubrir en el primero una especie de barrera protectora de la vida privada, distinguible de la vida social y de la pública. En ésta última, a través de la faz común de la ciudadanía, la persona participa en condiciones de igualdad en los asuntos que revisten un interés intrínseco para la comunidad.

En la esfera social, el individuo traba toda suerte de relaciones con sus congéneres y allí satisface necesidades vitales de su propia existencia, tales como la educación, el trabajo etc. En este espacio, el sujeto es más o menos visible, dependiendo del grado de interpenetración con los otros y de la mayor o menor masificación de que sea objeto.

Sin embargo, la personalidad del individuo no se circunscribe a lo público o a lo social. Trasponiendo ése umbral, exigencias radicales del ser humano, obligan a considerar una esfera íntima y profunda donde la persona se recoge e intenta encontrarse consigo misma, lo cual libremente puede hacer con otros seres ante quienes voluntariamente decide abrir las compuertas de su yo o a través de sujetos calificados que obran como su alter ego (Vgr., el médico psiquiatra).

No podría darse vida privada, menos todavía evolucionar de manera fecunda generando un individuo diferenciado y singular, si el derecho no extendiese su protección a los lazos de confianza íntima que lo hacen posible y a la exclusividad y apartamiento provisorio de lo público, sin los cuales el individuo difícilmente podría encontrar la paz y el sosiego necesarios para retomar el dominio de su propio ser.

En este sentido, el secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que

compromete la parte más centrípeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas. Se comprende que la Constitución asuma la defensa vigorosa de la vida privada, pues cuando de ésta así sea un fragmento se ofrece a la vista y al conocimiento público o social, ella se profana y la persona percibe la infidencia como la más injusta afrenta a su bien más preciado, que no es otro que su mundo interior.

6. La Corte examinará cada una de las hipótesis en las que la ley, autoriza al médico a revelar el contenido del secreto profesional.

6.1 Las revelaciones que el médico hace al paciente, no entrañan violación al secreto médico. El titular del derecho al secreto profesional es el paciente. Las informaciones que el médico suministra al paciente, permiten a éste conocer su realidad vital y sólo en estas condiciones podrá eventualmente dar su aprobación consciente a los tratamientos y terapias que indique el primero. La Corte ha sostenido que la relación médico-paciente no es de tipo autoritario o paternalista, sino de confianza y se rige por los principios de competencia científica del médico y de consentimiento informado del paciente.

Sobre este particular, la Corte ha expuesto la siguiente doctrina:

"La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

2. La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

3. En esta materia se presenta una dificultad adicional que consiste en saber bajo qué criterio general debe juzgarse la información, con el objeto de determinar, por ejemplo, hasta qué punto el médico está obligado a divulgar ciertos detalles que pueden causar perjuicio en el estado anímico y físico del paciente. Resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos posibles. La información que el médico debe trasmitir al paciente es un elemento para ser considerado dentro de un conjunto de ingredientes que hacen parte de la relación médico-paciente .

Recientemente la Corte, insistió en la necesidad de contar con el consentimiento informado del paciente:

"Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

"Antonio V, Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de ´informed consent´ en U.S.A. y de ´consentement eclairé´ en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular

de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito" .

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial .

De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado. En consecuencia, el literal a del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, será declarado exequible bajo el entendido de que en la relación médico-paciente la información a éste último es la regla y no la excepción.

6.2 El desvelamiento de la información cubierta bajo el manto del secreto profesional a los familiares del paciente, en caso de que ello sea útil para el tratamiento, sólo puede juzgarse correctamente si se distinguen varios supuestos.

Si el estado mental del paciente le permite ser consciente de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información, hacer caso omiso de su consentimiento, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico. No obstante que el descubrimiento de la reserva a los familiares, pueda resultar útil para los fines del tratamiento, el paciente que, bien puede rehusar por entero el tratamiento del mal que lo aqueja, con mayor razón podrá negarse a una modalidad del mismo que comporte el conocimiento o la intervención de sus parientes próximos. La Corte, sobre este punto, ha expresado:

"El derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la libertad general, que en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico.

El derecho al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad, o de libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, ejercido dentro del marco del respeto de los derechos de los demás y el orden jurídico, es un derecho constitucional fundamental, pues no sólo así se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual hace parte del capítulo 1 del titulo II, denominado "De los derechos fundamentales", sino que esa connotación le ha sido reconocida por esta Corporación, entre otras, en las providencias T-050 del 15 de febrero de 1993 y C-176 del 6 de mayo de 1993.

Tanto los peticionarios de la tutela, como el fallo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango Antioquia, desconocen el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", en cuanto coartan la libertad que posee María Libia Pérez Duque de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida (T-493 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell)".

Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente - estado mental anormal, inconsciencia o minoridad -, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del paciente y, en sí misma, no representa un quebranto al secreto profesional, pues materialmente los familiares en la relación médico-paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos.

Por consiguiente, la Corte declarará la exequibilidad del literal b de la Ley 23 de 1981, salvo en el caso de que el paciente esté en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares.

6.3 La entrega de información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, no quebranta el secreto profesional médico. La relación médico-paciente, desde el punto de vista jurídico no puede, en este caso, prescindir de los representantes legales del menor o del incapaz. El suministro de las informaciones médicas a los susodichos representantes legales, corresponde al cumplimiento del deber del médico de procurar un consentimiento

ilustrado y no puede, por ende, considerarse en modo alguno violación al secreto profesional. De otro lado, las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso del menor y del incapaz enfermos, reclaman de la sociedad y de sus parientes próximos el mayor cuidado, y éste no puede darse si sus representantes legales no reciben información de parte del médico tratante. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del "impacto del tratamiento" sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y, al mismo tiempo, sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad (sentencia T- 477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero). En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del literal c del artículo 38 de la Ley 23 de 1981.

6.4 Las informaciones que se suministran a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley, pueden comportar violación al secreto profesional médico si se dan ciertos supuestos.

En principio, siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico, hubieren sido válidamente ordenadas por un Juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo. Esta situación, sin duda, es diferente de la que se presentaría a raíz de la declaración que eventualmente se le podría exigir al médico sobre hechos o circunstancias del paciente, conocidos en razón de su relación profesional, que podrían conducir a su incriminación. En este caso, la condición de "alter ego" que se predica del médico, impediría que por su conducto se llegare a dicho resultado y la prueba así practicada no podría tenerse en cuenta (C.P arts. 29 y 34).

Si se trata de un informe sanitario o epidemiológico, según lo exijan las circunstancias, no será posible, a riesgo de violar el secreto médico, que se individualice al paciente. En verdad, para los fines generales de la policía de salud pública, resulta desproporcionado que en los registros, sin su autorización, figure el nombre del paciente y sus condiciones personales, máxime si se tiene en cuenta que de esa revelación podrían desprenderse discriminaciones y consecuencias prácticas indeseables. En fin, la única forma de no violar el secreto médico, en este contexto, es el de reportar la novedad, sin aludir al dato particularizado.

Con estas salvedades la primera frase del literal d del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 será declarada exequible. En relación con la frase "en los casos previstos por la ley", la Corte se declarará inhibida, pues el demandante no indicó las normas legales a que ella se refiere y, en todo caso, es procedente resolver el punto cuando se eleven las respectivas demandas.

6.5 La apertura del secreto a los interesados, "cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia", indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera. En estricto rigor, no puede afirmarse que la ley señale una condición bajo la cual resulta legítimo violar el secreto profesional. Simplemente, en la situación límite en que fatalmente debe decidirse por uno de los dos valores - confianza y vida -, se ha considerado que la preservación de la vida desplaza, en ese caso, a la conservación del secreto.

Debe tratarse, como lo advirtió en la sentencia C-411 de 1993, de una "situación extrema" en la que la no revelación del secreto tuviera objetivamente la virtualidad de sacrificar la vida del cónyuge o de su descendencia. En otras palabras, si la relación de causalidad de la que parte el médico es puramente conjetural, es evidente que sólo con el asentimiento del paciente podrá revelarse su dolencia y características a los interesados. Pero, si de manera cierta cabe formular la relación entre enfermedad y peligro para la vida del otro cónyuge y de su descendencia, y no existe otro medio idóneo para prevenir el fatal desenlace, distinto de la revelación de la información, se impone hacer prevalecer el derecho de los niños (descendencia) y del cónyuge (cuyo deceso afectaría a los niños en cuanto puede significar la extinción virtual de la familia), sobre el derecho del paciente a que sus datos personales se mantengan, no obstante el peligro existente, ocultos. La regla de solución de conflictos cuandoquiera que se arriba a una situación límite en la que se deba afrontar la disyuntiva de sacrificar la vida de los niños y un derecho tan caro a ellos como el de tener una familia y no ser separado de ésta, la ofrece la misma Constitución Política: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (C.P. art., 44).

A los anteriores argumentos se agregan otros que también están llamados a obrar en una situación dilemática como la planteada. Si se hace caso omiso del derecho a la vida del cónyuge que se encuentra en una situación de

objetivo peligro, en razón de que se decide favorecer el derecho al secreto radicado en cabeza del otro, se colocaría el derecho a la vida del cónyuge amenazado en un plano inferior al derecho a la vida del paciente y a los otros derechos de éste. Se desconocería que la relación familiar se basa "en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes" (C.P. arts. 42 y 43).

En todo caso, del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia consciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte. En realidad, aún respecto de los profesionales, naturalmente a partir de un umbral superior, tampoco son exigibles deberes excesivamente onerosos, es decir, aquéllos que "rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal" [en esta ocasión la Corte agrega: a un "profesional recto y diligente"] (sentencia C-563 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Con base en las consideraciones hechas, la Corte declarará la exequibilidad del literal e de la Ley 23 de 1981, bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo.

7. La frase demandada del artículo 37 de la Ley 23 de 1981, que reza "(...) salvo en los casos contemplados por disposiciones legales", será declarada exequible sólo en relación con las hipótesis contempladas en el artículo 38 de la ley. En efecto, la Corte sin un examen detenido de cada caso previsto en una ley, para lo cual se requiere de la correspondiente demanda, no puede extender su aval a todos los eventos en los que se permita - por motivos que en este momento no es dado colegir - la revelación de informaciones cubiertas por el secreto profesional médico. Finalmente, la apelación a la prudencia que se hace en el primer inciso del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, no puede ser objeto de glosa constitucional. Los episodios que en el mismo artículo se enuncian, exigen del médico una actividad de ponderación y reflexión profundas sobre las circunstancias concretas que rodean la decisión. En estas condiciones, es apenas razonable exigir un juicio prudente.

CAPÍTULO 17- EL DERECHO DE LAS PERSONAS A SER ATENDIDOS POR PERSONAL CAPACITADO

I- NTRODUCCIÓN

Dice la Ley estatutaria en el artículo 6
d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Dentro de los literales del artículo 10 de la Ley Estatutaria se encuentra lo siguiente:

"Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:
……..
h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer.

II-ANÁLISIS

A este respecto es sumamente ilustrativo el mencionar una reciente providencia del Tribunal Nacional de Ética Médica, respecto de las calificaciones profesionales de los especialistas que prestan atención a los pacientes del sistema de salud, en cualquiera de sus áreas.
En este caso se menciona el caso de los denominados "médicos estéticos" o "médicos esteticistas":

Bogotá D. C. Octubre 28 del año dos mil catorce (2014).

REF: Proceso N° 1769 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico
Asunto: Recurso de Apelación contra condena
Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
…….
Se analizarán uno por uno los argumentos de los defensores, con el objeto de darle claridad a la decisión a tomar por parte de esta superioridad

A- Afirma que su defendido posee conocimientos en el área de la medicina estética, con más de 15 años de experiencia y amplios estudios en el país y en el exterior

Una cosa es un Cirujano Plástico de escuela, es decir, que ha pasado por el filtro de las Residencias Universitarias para cada especialidad y otra diferente es la de un médico general que se dedica comercialmente a lo que se ha denominado en forma errada como "medicina estética", cuyos productos profesionales han producido tanto daño en los pacientes de todo el país. Los "médicos estéticos" no ocupan una posición aceptable en el contexto médico nacional. No son Cirujanos, ni cirujanos plásticos, ni dermatólogos. Y en su ejercicio han demostrado que invaden campos que no les corresponden, pues son apenas médicos generales con algunos estudios en procedimientos menores, en conceptos de belleza y en ideas muy poco diferenciables de las que esgrimen las esteticistas técnicas, a pesar de poseer un previo titulo de médicos generales.

B- Que XXXXXXX procedió a solicitar los conocimientos científicos de otro galeno para realizar el acto médico.
Como el mismo condenado afirma, es un simple captador de pacientes. Un médico general dedicado a atraer pacientes con posibles problemas corregibles mediante cirugía, para admitirlos en su "equipo de trabajo", pero tomando decisiones que pertenecen a la esfera de verdaderos especialistas en Cirugía Plástica, antes de remitirlos a un médico de categoría superior.

C- Que la paciente fue revisada por el cirujano plástico consultado y que la función de su poderdante no era la de vigilar si el tiempo que este especialista le dedicó a la paciente era o no adecuado.
Es curioso este argumento. Por un lado se habla de un equipo de trabajo y luego se separan los campos específicos de este "equipo", abandonando la responsabilidad a quien practica el acto quirúrgico en el cual, dicho sea

de paso, también participa ese médico general "captador" de pacientes, en calidad de ayudante, pero sin haber advertido previamente a la paciente que el cirujano en realidad es otra persona a la que conoce el mismo día de la cirugía.

D- Que si el cirujano YYYYYYYYYYY trasgredió la ley no lo compromete en la responsabilidad resultante, pues la responsabilidad del equipo no es solidaria.
La responsabilidad del equipo que interviene un paciente SÏ es compartida. Y lo es hasta el punto de repartir dicha responsabilidad cuando no se encuentra el verdadero causante de un daño o de un acto que pueda causar un daño por el solo hecho de llevarlo a cabo.

E- Que su defendido si efectuó de manera personal y adecuada el consentimiento informado previo a la cirugía.
Obviamente ese consentimiento no tuvo efecto como acto médico. En las declaraciones que reposan en el expediente se afirma en varias ocasiones que quien efectúa el consentimiento es una profesional de la enfermería y no el especialista o cirujano que va a practicar la cirugía, quien es el realmente obligado a llevarlo a efecto.

F- Que nunca se sometió la paciente a riesgos injustificados
Esto se encuentra controvertido a lo largo de todo el expediente. La paciente SÏ fue sometida a dichos riesgos en varias oportunidades: en el preoperatorio al tomarse decisiones quirúrgicas por parte de un médico no calificado en Cirugía Plástica; en el transoperatorio al llevar a cabo la intervención un médico que no ha sido mencionado por el "captador" de pacientes y quien conoce a la paciente a pocos minutos u horas de practicarse el procedimiento; y ciertamente en el postoperatorio, al ser vigilada y "cuidada" por médicos diferentes al que intervino la paciente, quien es el realmente obligado a permanecer como responsable de la misma.

G- Que XXXXXXX no se ofreció a la paciente como médico y que fue la paciente quien lo buscó.

No es compatible este argumento con la posición de "captador" de pacientes con que el mismo XXXXXXXXXXX se autocalifica. Y esto se ratifica con las tarjetas de anuncio profesional que se entregan a las personas (potenciales pacientes quirúrgicos), cuyo fundamento comercial es evidente.

H- De nuevo, con una redacción lamentable, expone en el folio 223 lo siguiente: "…Por qué en una atención de urgencias se puede realizar una intervención sin consulta previa de días y se permite la intervención con una simple manifestación anterior???? Y por que en una intervención médico estética no se puede si el galeno plástico se considera profesional, con los conocimientos suficientes para realizar la intervención sin consulta de días antes????..."

Para responder esta confusa afirmación, debe recordarse al defensor o a quien lo asesora médica y científicamente que una cosa es una intervención de urgencia, especialmente en lo que se denomina estado de necesidad, y otra totalmente diferente es la que ocurre en una cirugía electiva, planeada y mucho más controlada como una intervención de tipo estético.

I- En otro acápite expresa: "…después de leer la normatividad existente no se hayo (SIC. SIC. SIC) una norma que imponga al médico un determinado tiempo entre la consulta y la cirugía y menos cuando es el médico que remite o lleva quien no realiza la cirugía…"
Lamentando el espantoso error de ortografía, se debe responder que evidentemente no existe en la normatividad una exigencia de tiempo determinado entre el consentimiento y la intervención quirúrgica. Pero es evidente que una cirugía electiva debe planearse con tiempo, con calma, con prudencia profesional y no de una manera comercial, como ocurre en muchos centros de cirugía estética en nuestro país, en donde los que practican dichos procedimientos conocen a los pacientes prácticamente en la puerta de las salas de cirugía o en las mismas camillas de transporte y, lo que es peor, muchas veces bajo efectos de premedicación anestésica, lo cual hace que el consentimiento para el acto médico sea aun más viciado en su esencia.

J-La paciente fue atendida por un ilustre cirujano con amplio conocimiento en el campo de la cirugía plástica y ejercicio integro de su especialidad. A esto debe responderse que A MAYOR ACUMULO DE CONOCIMIENTO MAYOR EXIGENCIA CIENTÍFICA, PROFESIONAL, LEGAL Y ÉTICA.

El ilustre cirujano que describe la defensora, al ser tan conocedor del campo de su especialidad y haberla ejercido de manera tan exitosa como ella lo afirma, debe ser aun más cauto, más prudente, más diligente y más perito en su área de experticia. Y esto incluye no solamente el conocimiento

de la parte técnica quirúrgica, sino de las repercusiones médicas de una intervención mayor como la que se practicó en esta paciente, así como de los peligros presentes de tipo médico y de tipo legal en casos de falta de cuidados elementales, como lo que ocurrió en el presente caso.

La paciente es "captada" por un médico general que afirma ser un experto en "medicina estética", pero que no es cirujano de escuela en ninguna área de la medicina intervencionista. Luego es "enviada" a un cirujano plástico que atiende la paciente el mismo día de la intervención (sin tratarse de una cirugía de urgencia o de un estado médico de necesidad). Adicionalmente, con una advertencia del riesgo (consentimiento informado) que no es parte de un acto médico sino de un acto de enfermería, como lo demuestran las declaraciones de los médicos implicados. Y culmina en un cuidado postoperatorio en manos de personal no perteneciente a la especialidad quirúrgica de quien intervino a esa paciente.

K- Que de acuerdo con la Ley 14 de 1962, los médicos generales no tienen obstáculo legal alguno para realizar actividades propias de la medicina, salvo lo pertinente a la anestesiología y la radiología, únicas especialidades médicas reglamentadas en Colombia.

Este argumento, esgrimido por médicos que no se someten a los filtros de la especialización en hospitales universitarios, intenta amparar un ejercicio médico esencialmente de tipo comercial.

Ingresar al entrenamiento en cualquier especialidad médica o quirúrgica es difícil desde su comienzo. Primero se debe el médico someter a las pruebas de ingreso, en donde se escogen los mejores candidatos de acuerdo con sus notas, exámenes y características profesionales y humanas.

Posteriormente y por espacio de varios años se entrega el residente a una vida de sacrificio, de esfuerzo, de estudio y de aprendizaje permanente, bajo la supervisión de sus profesores, también especialistas en su campo. Luego se culmina con los múltiples exámenes que acreditan su experiencia, obtenida en largas jornadas de trabajo y estudio.

Cómo puede entonces ser igual un médico general adiestrado en lo que se ha denominado "escuela de la vida" a un especialista sometido a los duros rigores de la residencia hospitalaria?

Porque de acuerdo con el argumento de la defensora, que es el mismo de los especialistas empíricos, un médico general recién graduado podría intervenir pacientes de neurocirugía, cirugía cardiovascular, cirugía ortopédica, oftalmología, o ejercer especialidades tan complejas como la anestesiología, el cuidado intensivo, la pediatría, la medicina interna, la ginecología, la ontología y cualquiera otra.

Lo que olvidan los que esto argumentan es que los jueces no somos ignorantes y que evaluamos los actos médicos con base en experiencia adecuadamente adquirida y bajo los dictados de la Lex Artis, que constituye la norma de excelencia en el ejercicio médico en cualquier área, teniendo en cuenta circunstancias de tiempo, modo y lugar.

L- Que no se puede imputar riesgo cuando nunca existió. Es evidente que esta afirmación es falsa, por los argumentos considerados en el acápite F de esta providencia.

M- Que no puede imputarse daño cuando nunca existió. En primer lugar SÏ existió daño. Y la prueba es el aspecto descrito por la misma paciente, quien tuvo que sufrir la deformidad en sus senos por efectos de la "cirugía perfecta" practicada por un "ilustre especialista de enorme éxito", como lo da a entender la defensa en su escrito de apelación.

De otro lado, existen conductas desarrolladas por personas que colocan a otras personas en riesgo de daños severos. Esto hace parte del concepto de imputación objetiva, que en esencia alude a la obligación de responder por el daño cuando este es ocasionado por elevación de un riesgo normal de tipo social, profesional, individual o jurídico.

En derecho penal existen lo que se denominan los delitos de mera conducta, cuya sola acción es merecedora del reproche legal para quien la efectúa.

N- Critica al sistema de salud, afirmando que el ejercicio privado de la medicina es idóneo en el país.

Estamos de acuerdo en que nuestro sistema de salud es un verdadero desastre. Y esto no es una afirmación peregrina o superficial. El país conoce muy bien cuales son los problemas de la reforma en salud de la Ley 100 de 1993, cuyos efectos han repercutido en toda la población colombiana.

Pero aunque no tengamos el sistema de salud que merecemos los colombianos y que podríamos tener con los recursos de los cuales disponemos y que han sido expoliados por numerosos agentes del sistema sanitario, no quiere esto decir que la solución sea la medicina privada, la cual es costosa, menos controlada, en muchas ocasiones abusiva y de corte francamente neoliberal, con todo lo que esto implica.

O- Que el tribunal seccional abusa de su poder sancionatorio, "sobrepasando la dignidad humana" en un estado social de derecho como el nuestro.
No es muy clara esta afirmación sobre el "sobrepasar la dignidad humana". No se entiende la frase, aunque se acepta el vago concepto que la defensa trata de argumentar.

Los tribunales de ética médica por el contrario, protegen celosamente la dignidad humana al vigilar el ejercicio correcto de la medicina, el cual debe ser acorde con los dictados de la ciencia, la ética, el sentido común, la honestidad y otras virtudes jurídicas y sociales que deben ser parte del mismo.

P- Que el cirujano plástico YYYYYYYYYYY vigiló adecuadamente el postoperatorio de la paciente quejosa.

Tampoco encuentra fundamento esta afirmación cuando se analizan los puntos enunciados en esta misma providencia. Porque calificar de adecuado el manejo postoperatorio en un especialista que hace presencia de manera telefónica luego de una delicada y enorme intervención quirúrgica, dejándola en manos de médicos generales y "médicos estéticos o expertos en belleza", no suena adecuado desde ningún punto de vista.

Q- EL ACTO MÉDICO SÍ ES UN ACTO JURÍDICO

El acto médico tiene implicaciones jurídicas porque actúa sobre bienes protegidos por la ley.

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

Los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

La Cirugía Plástica, por su misma esencia, cubre una serie de actos médicos que tienen implicaciones jurídicas desde todo punto de vista. Por eso es indispensable conocer al menos los rudimentos del Derecho Civil y Penal, para conocer las consecuencias de su propio ejercicio.

R- EL PRINCIPIO DE CONFIANZA SOCIAL AL MÉDICO

El principio de confianza es conferirle al médico un voto de apoyo a su acción profesional, siempre y cuando obre dentro de los limites de prudencia, diligencia, pericia y la no creación de riesgos no permitidos (imputación objetiva).

Una profesión consiste en la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. La profesión médica puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. La medicina es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

Sin embargo, el ejercicio de la medicina puede lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley. La práctica quirúrgica en particular puede llevar al empeoramiento de las condiciones de salud de un enfermo y a su ulterior deceso, los cuales son justificables solamente a la luz del ejercicio por parte de profesionales idóneos que actúen dentro de normas universalmente establecidas y que procedan con la debida diligencia en el cuidado de los pacientes.

Como puede inferirse, no basta con exhibir un título genérico de idoneidad, cuando las circunstancias habrían ameritado y permitido que el paciente fuera puesto en manos de un especialista.

Por eso no es de aceptación que un médico general que ha tomado algunos cursos, diplomados, seminarios y otros, que lo hagan sentir "respaldado" en el ejercicio de lo que no sabe realmente, actúe en reemplazo de un verdadero cirujano plástico, quien ha invertido muchísimos años de estudios serios, supervisados y calificados.

Jamás será igual un médico general adiestrado en el empirismo de un ejercicio no calificado a un verdadero especialista en Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva.

S-EL DEBER DE CUIDADO EN MEDICINA

El deber de cuidado interno, hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. Y si el avance de la medicina en los últimos años no ha tenido parangón en la historia universal, debemos ser conscientes de la imposibilidad de cubrir todos sus campos especializados por quien simplemente posea un título de médico general. Este punto es de suma importancia en nuestro país: De acuerdo con la ley, el solo hecho de poseer la licencia para ejercer medicina acredita, en teoría, para efectuar actos médicos de cualquier tipo en cualquier paciente, lo que, dadas las circunstancias actuales del conocimiento, es absurdo. Esto ha constituido una especie de coraza para que médicos sin experiencia aceptable y sin escuela de ninguna clase, se aventuren en procedimientos que deben ser parte de un entrenamiento formal en hospitales autorizados y con profesores calificados.

Ha cambiado en nuestro medio el significado de lo que es excepción para convertirse en regla general. En las páginas de los periódicos, haciendo

gala de la libertad de expresión, se anuncia toda una caterva de charlatanes que ofrecen curas milagrosas y tratamientos infalibles para los males que la ciencia considera hasta hoy como incurables. Son 'especialistas' en hacer milagros y prometen lograr lo que la medicina no ha podido en siglos de trabajo serio; engañan así a los incautos, los enredan en una maraña de términos incomprensibles y luego los despojan de sus recursos económicos.

En muchos casos se trata de médicos graduados que, prevalidos de esta autorización general del Estado colombiano, incursionan por caminos 'alternativos' en donde falta el piso firme con que la ciencia ha enladrillado el conocimiento. Por estos terrenos movedizos, muchas personas están hoy andando el poco camino que les queda luego de un desahucio médico.

No es cuestión de descalificar ninguna forma de saber. No se niega la posibilidad de otro conocimiento. No se discute la existencia o efectividad ocasional de dichas formas de sanar. Se defiende el derecho del enfermo de no ser abusado; se predica la necesidad de una ética afincada en el supremo valor de la honestidad médico-científica, para no vender milagros, para no garantizar resultados, para no decir con el fin de conseguir, mientras interiormente se sabe que ese decir es falso e improbable.

Otra cosa es permitir la práctica de actos médicos complejos o intervenciones quirúrgicas de alto riesgo en los sitios en donde el beneficio de los especialistas se encuentra presente. Desde este punto de vista, debería prohibirse la práctica de procedimientos especiales a quienes no hayan sido capacitados para tales efectos. Para decirlo más claramente: el ejercicio médico debe regularse y, salvo estados de necesidad, debe clasificarse por niveles lo que un médico puede o no puede, debe o no debe hacer. Por lo tanto, el primer paso en la aceptación de las limitaciones es no irrumpir en campos en los cuales la experiencia no se posee o se ha adquirido sin la norma universitaria de la denominada 'escuela'.

Por eso, la denominación de "médico estético" es sospechosa cuando no se refiere a un cirujano plástico de escuela. Y quien se ampara en el escudo de "el titulo de médico me da autoridad para ejercer cualquier rama de la medicina" se encuentra profundamente equivocado, pues desconoce la verdadera experiencia de la escuela científica profesional, los dictados de la Lex Artis Ad Hoc y la inteligencia misma de los jueces, a quienes tratan de engañar con sus falsos argumentos.

…….

T- EL RIESGO PREVISTO

El riesgo previsto siempre debe ser advertido pues el organismo obedece en sus respuestas al azar y muchas veces no se puede preveer o prevenir la ocurrencia de una complicación. La impredecibilidad del comportamiento orgánico hace que deban considerarse todos los posibles riesgos y complicaciones de los actos médicos.

Es bien sabido que el ejercicio de la medicina entraña riesgo; y es un hecho que la práctica médica puede provocar lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley. Debido a esta circunstancia, algunos abogados han inferido, con poca profundidad en el análisis, que la medicina es una actividad peligrosa. En esta providencia se pretende demostrar por qué no es válida esa afirmación.

A lo largo de la historia la sociedad ha aceptado la existencia del médico y el ejercicio de su actividad como un beneficio. Los seres humanos no sabrían qué hacer si en la comunidad no contaran con el precioso recurso de la medicina. Las personas dedicadas a la profesión médica han sido siempre tratadas con especial consideración y aprecio, porque se reconoce en ellas su dedicación, su voluntad de servicio , su idoneidad y eficiencia. Y es esa aceptación social, debida en buena parte al altruismo y la responsabilidad inherentes a la práctica médica, la que la distingue de lo que, incluso para la sociedad, se denominan actividades peligrosas.

Efectivamente, mientras en la medicina el riesgo calculado es una forma normal y necesaria de desarrollar los principios más caros de solidaridad, bien común y ayuda al prójimo, en las actividades peligrosas el ejecutor mira generalmente sólo su propio beneficio: Conducir un automóvil o portar un arma son ejemplos de actividades peligrosas. Se conduce un vehículo automotor por propia comodidad o como medio para adquirir lo económicamente necesario para sí mismo y su familia. Se porta o se utiliza un arma de fuego para la defensa personal y para defenderse de otro ser humano por medio de la agresión mortal.

De modo que tenemos en la raíz misma del comportamiento un móvil diferente, opuesto: mientras el médico aspira a servir, a curar, a restablecer la salud del prójimo, el hombre armado aspira a todo lo contrario, así sea sólo en caso de necesidad. Equiparar a los dos sujetos para introducir la profesión médica en la categoría de las actividades peligrosas es, por decir lo menos, un acto de irresponsabilidad intelectual.

Cualquier tratamiento médico y quirúrgico es potencial causa de daño a la integridad del paciente. Ni la efectiva y humilde aspirina escapa a esta afirmación, pues ella puede producir la activación de una úlcera gástrica que lleve a hemorragia masiva, o puede ocasionar una reacción orgánica letal en algunos niños, que se conoce como el síndrome de Reyé. Su ingesta excesiva es la principal causa de intoxicación en niños, en quienes produce una severa acidosis metabólica.

Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente.

Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

El Estado se encarga, entonces, de dar el espaldarazo a la decisión de la comunidad y acepta al médico como un integrante que, lejos de ser peligroso, es benéfico para la sociedad. Obviamente se regula su actividad y se le exige un nivel de competencia que el mismo Estado certifica (título universitario); pero una vez que el médico se encuentra ejerciendo legalmente, su actividad queda regulada en esencia por su criterio personal y profesional pero bajo los dictados de la norma de excelencia vigente, el respaldo de títulos legal y científicamente adquiridos y no simplemente el animo económico de ejercer en campos desconocidos, en donde se pueden causar daños de todo tipo por falta de verdadera experiencia profesional.
De esta manera se explica que el riesgo inherente al acto médico, sea asumido como normal por el paciente y no por el mismo médico quien, dicho de paso, debe calcularlo con precisión, con el fin de no exponer al paciente a un peligro mayor del necesario. Si traspasa este límite previsto, estaría obrando culpablemente.

…….

U- LA CIRUGIA PLASTICA Y LA CIRUGIA ESTÉTICA

Según palabras del profesor Felipe Coiffman, editor del libro de cirugía plástica más importante que se haya escrito en lengua española : “es la especialidad quirúrgica que trata de la reconstrucción funcional y estética de los tejidos [...]”

La cirugía plástica es, por lo tanto, una extensa rama del ejercicio médico, a la cual acuden multitud de pacientes de todo tipo, entre los cuales se incluyen los que poseen grandes expectativas, los amigos de la moda corporal, los exigentes, los indecisos, los inmaduros, los que consultan con desaprobación familiar o forzados por ella, los que tienen problemas psicológicos para aceptar su propio cuerpo, los 'adictos' a la cirugía y los verdaderamente deformes. Todos ellos constituyen una potencial fuente de demandas legales.

La presunción de que el paciente que acude al cirujano plástico es un paciente 'sano' o 'normal' también es inaceptable. Si por salud se entiende el estado de bienestar físico y emocional y no únicamente la ausencia de enfermedad, quien va al cirujano plástico lo hace porque tiene una necesidad de cualquier tipo, una alteración en su morfología que no lo satisface. Y en ese momento, el deseo de cambio se convierte en noxa, en alteración que debe ser corregida ofreciendo a la persona algún tipo de solución.

Con diferente lente debería mirarse a quien sin poseer verdadera experiencia y respaldo académico, legal y científico, intenta ejercer la Cirugía Plástica y la Cirugia Estética de manera esencialmente comercial.

La cantidad de anuncios comerciales de médicos no calificados en estas áreas, que ofrecen sus servicios es absolutamente increíble. Baste mirar las ultimas paginas de algunos periódicos y revistas que por razones de su actividad intentan atrapar incautos para ponerlos en manos de estos "especialistas", con consecuencias desastrosas, ya conocidas por los mismos medios de comunicación.

Es una conjunción de médicos irresponsables con animo de mercader, sin real formación en el campo que pretenden conocer, interviniendo en las famosas "clínicas de garaje" y produciendo daños de tal magnitud, que muchos han sido denunciados ante los entes judiciales y concretamente ante los tribunales de ética médica.

Baste solamente mencionar uno reciente en Bucaramanga, en donde se inyectó metil metacrilato en los glúteos de una paciente, ocasionando necrosis y perdida completa de tejido a ese nivel, constituyendo un verdadero calvario para la paciente, una vergüenza para la profesión médica por parte de los médicos (ya condenados) que lo ocasionaron y una voz de alerta para toda la sociedad.

CONCLUSIONES

Este tribunal nacional comparte en su totalidad los argumentos del tribunal de primera instancia y además considera que en el presente caso SÏ fue trasgredida la norma ética impuesta por la Ley 23 de 1981, como lo hace evidente en la parte considerativa de la presente providencia.

…….

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley
RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar como en efecto confirma, la decisión sancionatoria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de dos meses al doctor XXXXXXXXXXXX…….. y sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de seis meses al doctor YYYYYYYYYYY, médico…. especializado en Cirugía Plástica en la misma universidad. Lo anterior con base en la parte motiva de la presente providencia.

……

ARTÍCULO SEGUNDO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente decisión no cabe recurso alguno.

III- LA LEX ARTIS EN MEDICINA

De las cuatro características principales que distinguen al acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis, por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.
La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y políticas otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión y oficio. El profesional de la medicina, al igual que los de otras ramas del conocimiento (ingenieros, abogados, arquitectos, etc.), posee una compleja estructura teórica que se integra y asimila luego de muchos años de observaciones y estudios. Esta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos a través del manejo de técnicas especiales. Y quien aplica estas técnicas lo

hace imprimiendo su sello personal, su característica individual. Estos tres aspectos integran el ejercicio médico: ciencia, técnica y arte.

La locución latina Lex Artis, literalmente 'ley del arte' o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular un analgésico que practicar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce.

La Lex Artis tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene.

No se puede apreciar con la misma severidad el concepto renacentista del denominado 'pus laudable' (diagnosticar una herida como 'sana' si se acompañaba de supuración), con un tratamiento con antibióticos modernos. Simultáneamente, no es justo comparar un acto quirúrgico que se ejerce de urgencia en una apartada región por un médico general que actúa bajo un estado de necesidad, y el que se práctica al mismo tiempo en una clínica especializada de una de las principales ciudades del país, con todos los elementos técnicos a disposición del cirujano.

Si proyectamos el ejercicio médico hacia el futuro, es muy probable que, como decía el maestro Guillermo Fergusson, los médicos recuerden el uso de las drogas quimioterapéuticas que actualmente utilizamos para el tratamiento del cáncer con el mismo horror con que nosotros miramos el

uso de aceite hirviendo en las heridas. Igualmente, las generaciones venideras contemplaran nuestros hoy tan admirados métodos de cirugía de corazón abierto, como una de las más salvajes agresiones al organismo de una persona. A pesar de todo, estos dos ejemplos constituyen la Lex Artis de hoy en el manejo de enfermedades muy específicas (cáncer y algunas afecciones cardiacas) y son la 'excelencia' del ejercicio médico actual para combatir sus efectos sobre estos enfermos.

En resumen, la Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad: los mismos médicos.

La Lex Artis es experiencia, es estudio, es actualización periódica. Para abordar su esencia debemos ubicarnos en contextos históricos y sociales determinados. En medicina, se aprende de los casos clínicos, de la investigación, del contacto con otros médicos y, sobre todo, de la experiencia críticamente dirigida, la cual llega a ser acumulativa. A este respecto expresaba el filosofo John Locke:

"[...] supongamos que la mente sea un papel en blanco, limpio de todo signo. ¿Cómo llega a tener ideas? ¿De dónde saca todo el material de la razón y del conocimiento, ese prodigioso cúmulo, esa variedad casi infinita, que la activa imaginación ha pintado en ella? Contesto con una sola palabra: de la experiencia. Este el fundamento de todo nuestro saber, que de ella deriva en ultima instancia."

IV- LEX ARTIS Y CIENCIA

La ciencia agrupa todos los conocimientos demostrables. El pensamiento científico ha hecho al ser humano capaz de transformar la naturaleza y la sociedad. Sus fundamentos históricos son ancestrales y sus conceptos, en constante evolución resisten el embate del tiempo. Según Descartes, los criterios de verdad quedan sujetos a la percepción clara y nítida de los objetos y los fenómenos: "Illud omne esse verum quod valde clare et distincte perceptio". Y llamaba claro a aquel conocimiento presente en los espíritus atentos, y que es tan preciso que se diferencia de todas los demás cosas. Así, una idea es verdadera porque es clara y evidente a la razón.

Pero, queda entendido, el conocimiento es desde esta óptica, subjetivo.
Si por conocimiento entendemos el conjunto de representaciones intelectuales sobre las cuales tenemos certeza de verdad, es necesario distinguir entre el conocimiento vulgar y el conocimiento científico. El primero simplemente conoce la cosa o el hecho, sin dar el explicación ni razones metódicas. El segundo, en cambio, explica y razona sobre las cosas y los hechos conocidos y los expresa con cuidado para evitar errores. Las formas sistemáticas de conocimiento, o disciplinas intelectuales, pueden ser de tres tipos: humanísticas (el cultivo de la mente y los sentidos. Ej.: lógica, filosofía y arte); tecnológicas (acción sobre el medio ambiente para transformarlo); y científicas (explicación de la realidad para predecir su comportamiento).

La Ciencia es pues una forma coherente y sistemática de conocimiento que acepta y explica la realidad, predice su conducta y la controla. El ser humano trata de entender el mundo para cambiar la realidad circundante en su propio beneficio. El cuerpo de ideas obtenido después de probar la certeza del conocimiento constituye la ciencia, es decir, el conocimiento racional, sistemático, exacto y verificable. La ciencia busca construir explicaciones a partir de observaciones organizadas y logradas en condiciones reconocidas como validas. Su construcción intelectual se crea bajo situaciones históricas y sociales definidas. Las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracterizan por su racionalidad y su objetividad.

Esta racionalidad debe estar constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no por sensaciones, imágenes o pautas de conducta; sus ideas deben ser capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se pueden simplemente amontonar caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones, que constituyen las teorías científicas.

De otro lado, el método científico es un procedimiento para describir condiciones en que se presentan sucesos específicos. Es la aplicación de la lógica a los hechos observados. A través de ella se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Su interés se centra en determinar características, propiedades, relaciones y procesos en los hechos observados; es verificable; se puede someter a confrontación empírica; es relativo (sus afirmaciones pueden ser reformadas); es sistemático;

es comunicable por medio de un lenguaje específico; es descriptivo, explicativo y predictivo.

El valor científico de una teoría no puede determinarse en relación con su aceptación por la mente humana o por la sociedad misma cuando ésta está inundada de creencias dogmáticas y supersticiones. Esto no quiere decir que la ciencia y el científico no deban ser modestos y humildes frente a la ignorancia de lo que aún no se conoce.

"[...] con casi cada nuevo logro científico, con cada solución hipotética de un problema científico, el número de problemas no resueltos aumenta: y así mismo aumenta el grado de su dificultad; de hecho, ambos aumentan a una velocidad superior a la que lo hacen las soluciones. Y sería correcto decir que mientras nuestro conocimiento hipotético es finito, nuestra ignorancia, nuestra creciente ignorancia es infinita."

La tecnología es la aplicación de los conocimientos para resolver problemas humanos. Es el juego de procesos, herramientas, métodos, procedimientos y equipo que se utilizan para producir bienes y servicios. La tecnología hace suposiciones sobre los valores humanos de los productos materiales y la calidad de vida de trabajo, entre otras cosas. Existe una herencia del pasado en tecnología: El desarrollo del lenguaje, la domesticación de animales, la conservación de alimentos, el reloj mecánico, etc. El avance de la tecnología se ha denominado 'determinismo tecnológico'.

La tecnología determina el curso de la sociedad. Sin embargo, no debemos ser simples usuarios de tecnología, sino administradores de tecnología, tomando decisiones inteligentes que evalúen el impacto de la tecnología sobre los seres humanos y el medio ambiente.

Por esta razón, cuando se habla de la medicina como una ciencia, es preciso considerar a la vez, una tecnología que le proporciona instrumentos y una ética que imprime carácter a su trabajo.

Todos los elementos, científico, tecnológico y ético, pueden compilarse en la Lex Artis, que valora la aplicación del conocimiento médico con los parámetros de la excelencia. Es evidente que para cada época han existido parámetros diferentes, dado el nivel de desarrollo científico alcanzado hasta ese momento. Con el paso del tiempo, unas 'verdades' van siendo re-

emplazadas por otras más firmes y el apoyo de la técnica o de la tecnología abre nuevos horizontes y permite la inauguración de nuevos métodos. Por esta razón algunos filósofos de la ciencia hablan ahora de la provisionalidad del conocimiento, de la falibilidad como principio y de la necesidad de generar, para esta epistemología antidogmática, una ética que considere las implicaciones de los descubrimientos científicos y sus aplicaciones tecnológicas.

Así, la Lex Artis ad Hoc vendría alimentada por el componente ético, que a veces pretende dejarse por puertas con el argumento de que la ciencia debe ser éticamente neutra si se quiere evitar su estancamiento. Pero no seria una ética de viejo cuño, que sobre el hombro del científico esté susurrando a cada paso: "detente, es malo lo que haces, está prohibido por la naturaleza; va en contra de los principios establecidos por siempre."

Sería una ética que considerara un valor absoluto: la honestidad. Y de él derivara todas sus consecuencias. Porque el médico honesto 'sabe que no sabe' o, en el mejor de los casos, 'cuán poco sabe'. Y entiende que no es depositario de la verdad absoluta, de modo que únicamente el estudio perseverante y el esfuerzo en la práctica harán que la falibilidad se reduzca a su mínima expresión. Y es consciente de la necesidad de una crítica que ponga a prueba sus teorías; y si con la crítica y la discusión encuentra un error, humildemente estará en capacidad y en disposición de aceptarlo y superarlo. ¿Quién duda entonces que una postura ética así, con ese entronque socrático, que es a la vez epistemológico, no se harían mejores profesionales de la medicina?

V- LEX ARTIS Y LITERATURA MÉDICA

El médico tiene el deber de mantenerse constantemente actualizado. Y no solamente por afán científico o por el placer de conocer los últimos adelantos de su respectiva especialidad, sino por la obligación de conocer aquellos datos prácticos que tengan evidente repercusión en su ejercicio y que van a redundar en un mejor servicio a sus pacientes.

La literatura médica representa los informes de la experiencia de centros hospitalarios, instituciones investigativas y grupos de práctica que, utilizando el método científico, describen investigaciones, avances técnicos, conceptos renovados y métodos terapéuticos adecuados para los diferentes tipos de enfermedades y trastornos que sufrimos los seres humanos.

Ya no basta, como en el pasado, con mencionar la 'experiencia personal', cuando ésta no ha sido sometida a la crítica de la ciencia. Hoy en día pesa más la mención de trabajos realizados en los diferentes hospitales, que hablan de centenares de casos y sus respectivos resultados, que el caso anecdótico de quien pretende fundamentar su conocimiento en una experiencia no controlada.

El cúmulo actual de información es de tal magnitud, que ya es imposible de asimilar incluso en aspectos específicos de alguna especialidad profesional. Sin embargo, la lectura diaria, la actividad académica, la discusión de los casos con colegas de igual altura intelectual, la revisión de temas, la publicación de casos y la docencia misma, son formas de mantener al médico actualizado.

Por esto, el profesional de la salud debe poseer habilidad específica, disposición de animo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la disfunción orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad. El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y exigente con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas. Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y maquinas correspondientes.

VI- RIESGOS DEL TRATAMIENTO Y LEX ARTIS

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica. En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir. En esencia, lo moralmente bueno es la 'buena voluntad'. Con ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención, pues además se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto. Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas. La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (artículo 16):

"La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados." Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico.

El consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia.

El médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico. Esto se contempla en la Ley 23 de 1981 (artículo 15): "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados".

VII- CONCLUSIONES

Los colombianos tienen todo el derecho a ser atendidos por personal de salud capaz, bien educado, dedicado, hábil y en permanente educación.
Pretender dejar una función social tan importante como la salud de las personas en manos de profesionales de baja calidad, mal entrenados en sus disciplinas y entre quienes prime lo económico por encima de lo social, no es adecuado, no es justo y mucho menos legal.

CAPÍTULO 18- LOS OBSTACULOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

I- INTRODUCCIÓN

La Ley estatutaria es contundente respecto de la obstrucción en la prestación de servicios de salud a quienes deben recibirlos por mandato legal. En este aspecto debe tenerse en cuenta que no se pueden trasladar cargos administrativos a los pacientes.

II-ANÁLISIS

Resulta interesante transcribir una reciente respuesta enviada a una autoridad a cargo de la prestación de ese servicio

"…Me permito presentarle el concepto médico jurídico respecto de la orden emitida por xxxxxxxxxxx respecto de los exámenes de laboratorio y procedimientos especiales en pacientes que, de acuerdo con los médicos tratantes, sean solicitados.

De acuerdo con esas indicaciones se exigen ahora los siguientes documentos:

1- Carta dirigida al Director de xxxxxx
2- Orden de referencia totalmente diligenciada
3- Resumen de Historia Clínica con los soportes que evidencien la necesidad del procedimiento
4- Copia carné servicios médicos (legible)
5- Copia documento de identidad (legible)
Al respecto me permito manifestar que, cuando se solicita un examen paraclínico, sea de laboratorio, imágenes diagnósticas, etc., el médico tratante lo pide para efectos de confirmar un diagnóstico, buscar una causa de enfermedad difícil de detectar en su paciente o efectuar un seguimiento de cualquier tipo de enfermedad.

El hecho de colocar nuevas condiciones para acceder a exámenes de laboratorio y procedimientos de baja complejidad, puede ser considerado como una talanquera, un obstáculo para el acceso a los servicios de salud que son obligatorios y deben ser eficientes en todo sentido.

Teniendo en cuenta este punto, deben mencionarse algunos aspectos relacionados, contenidos en varias disposiciones legales, siendo la de más actualidad la Ley 1751 de 2015 (Estatutaria en salud), la cual se vería involucrada respecto de estas disposiciones que usted me ordena analizar, específicamente en los artículos 6, 10, 11, 14, 15 y 17 en forma directa.

a- Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

….

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud debe proveerse sin dilaciones.

Aquí debe decirse que la colocación de estas nuevas condiciones podrían ir en contra de este artículo de una ley que, por su condición de ESTATUTARIA, se encuentra por encima de las demás leyes, salvo de la misma Constitución Nacional, de la cual constituye una verdadera expansión jurídica.

b- Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

…..

p) A que no se trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;

En este artículo es evidente que las disposiciones de Sanidad Ejercito pueden encontrarse en contravía con la disposición legal superior.

c- Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

….
Parágrafo 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011.
…….
Por lo tanto, al ocupar (sin ninguna discusión) el lugar de victimas, deben recibir no solamente la protección estatal y el servicio de salud, sino las facilidades adecuadas a sus limitaciones.
Por ejemplo, ordenar a una persona mutilada por efectos de la violencia colombiana a un vaivén de locomoción para cumplir con condiciones burocráticas adicionales no es justo ni tampoco legal.

d- Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.
Aquí la Ley no puede ser mas clara. En casos de urgencia, por obvias razones, las autorizaciones administrativas no son obligación de los pacientes, sino de nuestras instituciones de salud.

e- Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.
En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
e) Que se encuentren en fase de experimentación;
f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Menciono este artículo por una consideración lógica: estos seis criterios son taxativos para negar la financiación de servicios y tecnologías en donde se adviertan de manera clara.

El resto de exámenes de cualquier tipo, solamente requerirían de la orden del médico tratante como parte de su autonomía profesional, como se verá además en el siguiente punto de este concepto.

f- Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.
Este artículo habla por si mismo.
g- Por su parte, el Decreto Ley 019 de 2012 (Ley Antitrámites), determina en su articulado algunas cosas al respecto.
ARTÍCULO 120. TRÁMITE DE AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. Cuando se trate de la atención ambulatoria, con internación, domiciliaria, de urgencias e inicial de urgencias, el trámite de autorización para la prestación de servicios de salud lo efectuará, de manera directa, la institución prestadora de servicios de salud IPS, ante la entidad promotora de salud, EPS. En consecuencia, ningún trámite para la obtención de la autorización puede ser trasladado al usuario.

El Ministerio de Salud y Protección Social adoptará, en un período no superior a seis (6) meses siguientes a la vigencia del presente decreto ley, el Formato Único de Autorización de Servicios que deberá ser diligenciado por las IPS y regulará la autorización de otros servicios de salud, conforme a lo previsto en el presente artículo, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio, las condiciones de conectividad y la zona en que se presta el mismo.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a las sanciones previstas en la ley.

h- ARTÍCULO 125. AUTORIZACIONES DE SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, tendrán la obligación de contar con sistemas no presenciales para autorizar los servicios de salud, de tal forma que el afiliado no tenga que presentarse nuevamente para recibir la misma. En ningún caso las autorizaciones podrán exceder los cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de la autorización. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento de los tiempos de autorización que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud y publicarse periódicamente en medios masivos de comunicación.
El incumplimiento de esta disposición acarreará las sanciones previstas en la ley.

III- CONCLUSIONES

La costumbre viciosa de trasladar las cargas administrativas a los pacientes, en aras de demorar el servicio, evitar su prestación y ahorrar dinero para aumentar las ganancias de las empresas que se han apoderado de la industria sanitaria ha recibido un campanazo de advertencia respecto de su inútil presencia y su nociva actividad de ganancias a expensas de la salud de los colombianos.

CAPÍTULO 19- LOS DEBERES DE LAS PERSONAS EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE SALUD

I- INTRODUCCIÓN

Por primera vez se enuncian de manera clara las obligaciones que tienen las personas que reciben el beneficio del sistema de salud.

En reciente capítulo de nuestro libro DERECHO ÉTICO DISCIPLINARIO MÉDICO (Universidad Libre. Bogotá. 2007), enunciábamos lo siguiente:

El paciente es la esencia del acto médico. Es el centro de la actividad profesional en salud y el objetivo de todas las políticas estatales en el área.
Y por el solo hecho de ser persona humana y paciente al mismo tiempo, goza de una serie de derechos que han sido protegidos por la Ley y las normas en todo el mundo.

De acuerdo con la Asociación Médica Mundial, estos incluyen :

-Derecho a escoger libremente el médico
-Derecho a tomar decisiones respecto de su organismo
-Derecho a la información sobre su enfermedad
-Derecho a morir con dignidad
-Derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual

A su vez, en la Resolución 13437 de 1991, la ley colombiana expresa, en resumen, los derechos de los pacientes así:

-Elección libre del médico dentro de los recursos disponibles en el país
-Comunicación plena y clara con el médico
-Confidencialidad en la historia clínica
-Respeto de decisiones en caso de enfermedad irreversible
-Explicación de costos por parte de médicos e instituciones
-Atención no condicionada a pago de honorarios en caso de urgencia
-Recibir o rehusar ayuda espiritual

-Respeto a la decisión de participar en investigaciones
-Respeto a la voluntad de donación de órganos
-Derecho a morir con dignidad

El paciente, en su condición de actor principal del Acto médico considerado como un contrato de servicios, tiene también una serie de obligaciones. Pero, fuera de las que obligan a cualquier ciudadano por mandato de la Ley, las únicas obligaciones que se mencionan son:

-Colaborar en el cumplimiento de las normas institucionales
-Tratar con respeto al médico, a los paramédicos, a otros pacientes y a los acompañantes.
-Firmar el documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos, cuando así lo decida.

II- DEBERES DEL PACIENTE EN LA NUEVA LEY

Dice el artículo 10 de la Ley Estatutaria:

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:
….
Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;
b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;
c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud;
e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema;
f) Cumplir las normas del sistema de salud;
g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud;
h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;

i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago

III- ACTITUD FRENTE A PERSONAS IRRESPETUOSAS

En lo concerniente al maltrato a personal de la salud, nos permitimos transcribir una nota de advertencia a un paciente agresivo, grosero y abusivo con el personal que lo atendía en una enfermedad grave:
"…ASUNTO: MALTRATO A PERSONAL DE SALUD

Se han recibido múltiples quejas sobre la conducta impropia, agresiva, grosera y soez de parte suya con nuestro personal de salud.

Según sus versiones, usted ha permanecido en plan de ofender, criticar, ordenar de manera inadecuada, humillar y esgrimir un trato indigno para las personas que deben transportarlo a los procedimientos de diálisis, desde su casa de habitación hasta las instalaciones de xxxxxxxxxxx.

Por estos desafortunados incidentes usted se encuentra trasgrediendo la Ley 1751 de 2015(Ley estatutaria en Salud), la cual es sus artículos pertinentes expresa xxxxxxxxxxxxx
A usted se le prestado un servicio adecuado y conforme a la misma Ley 1751 de 2015. Por lo anterior, debemos llamar enérgicamente su atención con el objeto de terminar en forma tajante su conducta, impropia de un paciente y de un miembro de yyyyyyyyyyy
Por lo anterior, si continua en esta actitud ofensiva con el personal que le está brindando lo mejor de cada uno (obviamente no reconocido por usted), nos veremos en la penosa necesidad de informar a las autoridades de xxxxxxxxxxx respecto de esta situación
Adicionalmente se harán consultas para evaluar que tipo de medidas deberán tomarse en casos como el que usted está protagonizando

IV- CONCLUSIONES

Con la nueva Ley Estatutaria se declaran los deberes y derechos de las personas que reciben el servicio de salud .Y, por primera vez de manera clara, se enuncian los derechos de los profesionales de la salud, especialmente de los médicos, respecto de sus derechos y no solamente de sus deberes, los cuales siempre se han cumplido a cabalidad

CAPÍTULO 20- EXCLUSIONES

I- QUE DICE LA LEY?

Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
e) Que se encuentren en fase de experimentación;
f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no

podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

II- ANÁLISIS

Nos queremos ocupar en esta pequeña obra de los procedimientos estéticos practicados por médicos sin la suficiente calificación para efectuarlos y que han cobrado decenas de vidas de pacientes en el país.
Allí se podrá entender el alcance de esta prohibición de intervenciones estéticas no aceptadas por la Ley Estatutaria en Salud.

Bogotá, septiembre veinticuatro (24) del año dos mil trece (2013).

SALA PLENA SESIÓN No. 1195 DEL VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013).

PROCESO 1270. TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE SANTANDER
ACUSADOS: DRS XXXXXXXXXXX
DENUNCIANTE: DRA XXXXXXXXXXXXXX
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION CONTRA IMPOSICIÓN DE PENA DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CUATRO AÑOS
Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 77-2013

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander, en sesión del 18 de junio de 2013, decidió no aceptar los descargos efectuados por los doctores XXXXXXXXXXXXX por violación de los artículos 10, 12 y 15 de la Ley 23 de 1981.

Por lo anterior decidió que la sanción a imponer a los mencionados ciudadanos médicos era suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio superior a seis meses, por lo que decidió enviar el proceso al Tribunal

Nacional de Ética Médica.
Esta superioridad, luego de un cuidadoso análisis del caso y de las pruebas, decidió Imponer a los doctores XXXXXXXXXXXXXX SANCION DE SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CUATRO AÑOS por violación de los artículos 10, 12 y 15 de la Ley 23 de 1981.
Dentro de términos, el abogado defensor de los médicos condenados, interpuso recurso de reposición ante este Tribunal Nacional y, como subsidiario, de APELACIÓN por ante el Ministerio de Salud de Colombia.
Procede este cuerpo a resolver el recurso de reposición elevado con base en los siguientes.

HECHOS

Tuvieron lugar el 1 de julio de 2010. El abogado EDUARDO GALVIS TIBADUIZA, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.208.985 expedida en Bucaramanga, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No 109.792 del CSJ, actuando como apoderado de la Doctora YYYYYYYYYY identificada con la cédula de ciudadanía número 63.515.576 expedida en Bucaramanga, presento ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander el 19 de enero de 2011, copia de la denuncia presentada ante la Dependencia Seccional de la Fiscalía General de la Nación, que se resume en los siguientes puntos:

1. La Médica XXXXXXXXXXX le ofreció a la Doctora YYYYYYYYYYY, de 33 años, los servicios del SPA SER MEDICINA ESTÉTICA, que se ubica en la calle 45 No 29-24, en donde uno de los procedimientos que le venden es el aumento de glúteos ambulatorio.

2. El 01 de julio de 2010 a las 4 p.m YYYYYYYYYYYY, Ingresa a la institución SPA SER ESTÉTICA, Para la realización de procedimiento aumento de volumen a nivel de glúteos, por medio de aplicación de material sintético (polimetacrilato al 3%).

3º El MédicoXXXXXXXXXXXXXX, inicio el procedimiento suministrándole a la a la Doctora YYYYYYYYYYYYYY la anestesia local requerida, acompañado de La MédicaXXXXXXXXXXXXXX , quienes a su vez eran los encargados y responsables de llevar a cabo la realización de la intervención estética contratada con estos médicos.

4. Al ingreso a la sala de procedimientos a La Doctora YYYYYYYYYY le administran alprazolam 1 tableta vía oral, se inicia procedimiento, con aumento progresivo de dolor.

5. La Doctora YYYYYYYYYYYYY manifiesta deseo miccional es trasladada al baño, por los médicos tratantes y es dejada sola en el baño, ahí presenta caída desde su propia altura sobre inodoro con trauma en región glútea, con formación de hematoma e inicio de sangrado local.

6. La Doctora YYYYYYYYYYYYY expreso un dolor intenso en sus extremidades inferiores y en el área de los maléolos, por lo cual los médicos en mención procedieron a aplicarle un Midazolam y un Tramal intra muscular.

7. La Doctora YYYYYYYYYYYYY a las 6:00 pm del 01 de julio del 2010, le realizan nueva aplicación local de material inyectado en región glútea y taponamiento con compresas de forma local, con persistencia del sangrado, dándole salida y es trasladada mi poderdante al sitio de su residencia.

8. Los médicos XXXXXXXXXXXXX, encargados del procedimiento dejan auxiliar de enfermería paga por ellos, en el sitio de la residencia de mi poderdante, durante la noche para vigilar evolución, esta auxiliar de enfermería se comunica constantemente con los médicos por vía telefónica para manifestar la continuidad del sangrado, los médicos manifiestan a la auxiliar que es normal.

9. Los médicos quienes realizaron el procedimiento asisten para nueva valoración el 2 de julio del 2010, quienes sugiere que YYYYYYYYYYYYY, debe ser llevaba al servicio de urgencias de la FOSCAL

.

10. Mi prohijada YYYYYYYYYYYYYYY, ingreso a urgencias de la clínica FOSCAL el 02 de Julio de 2010 posterior a procedimiento quirúrgico a nivel de glúteos, con un cuadro clínico consistente en deterioro de estado general y hemodinámico, alteración del sensorio y bajo gasto urinario.

Valorada por Médico Especialista en Medicina Interna quien considera:

1. Probable infección de tejidos blandos, secundaria a celulitis extensa a nivel glútea bilateral, con desarrollo de sepsis severa.
2. Coagulación Intravascular Diseminada.

3. Insuficiencia Renal Aguda
4. Encefalopatía Multifactorial.
5. Anemia Severa.

Ante la gravedad de su estado que amenaza su vida internada en la UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS - UCI. Con pronóstico reservado.

11. Se inicia tratamiento con antibiótico terapia sugerida por Infectóloga; Transfusión de glóbulos rojos y plasma fresco; Medidas farmacológicas complementarias, considerando alto riesgo de complicaciones adicionales de tipo cardiovascular y respiratorio.

12. El 02 de julio del 2010 durante la hospitalización de YYYYYYYYYYYYYY, su médico tratante realiza Impresión diagnostica: 1. fascitis necrotizante en zona glútea por lo cual se considera realización de cirugía de urgencia, requiriendo desbridamiento escisional de músculos, tendones y fascia, por lesión de tejidos profundos, dejando los glúteos con una zona cruenta amplia expuesta bilateral a este nivel. Anexo CD con fotografías.

13. Valorada por cirugía general quien considera alto riesgo de sobre infección y contaminación fecal, por lo cual indica colocación de sistema VAC. El sistema VAC ayuda a remover el fluido intersticial permitiendo la descompresión del tejido, promueve el ambiente húmedo y cerrado para la cicatrización, remueve la materia infecciosa, aplica presión negativa controlada y localizada para ayudar a cerrar la herida uniformemente, ayuda a promover la supervivencia de injertos y colgajos.

14. El 3 de julio del 2010 por la persistencia de nefropatía aguda y anuria se considera que requiere hemodiálisis de urgencia, se realiza inserción de catéter permanente para hemodiálisis. Posteriormente valorada por médico nefrólogo Doctor MARTIN ALDANA quien establece que YYYYYYYYYYYYYY continua con falla renal y debe continuar con HEMODIALISIS interdiaria de forma indeterminada.

15. Funcionario de La EPS SOLSALUD el día 6 de Julio de 2010 verbalmente Le manifestó a la familia que la entidad no asumiría el costo de los procedimientos médicos realizados, medicamentos y que estos costos debían ser asumidos por YYYYYYYYYYY, o un familiar.

16. El día 14 de julio del 2010 la EPS SOLSALUD mediante documento escrito que adjunto a esta tutela reitera su negativa a prestar los servicios médicos a mi prohijada YYYYYYYYYYYYY , aduciendo que: " en revisión de acuerdo 08/2010 capítulo II, art 10, en mención de los principios de las exclusiones, se deduce que las actividades, procedimiento, intervenciones, medicamentos, insumos y tecnología en salud considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios o de embellecimiento y las necesarias para la atención de sus complicaciones, se encuentran expresamente excluidas del acuerdo, motivo por el cual este comité, en cumplimiento a resolución 3099 de 2008, no autoriza el servicio solicitado".

17. Desde el día 13 de julio del 2010, ha sido necesario el traslado en ambulancia de YYYYYYYYYYYYYY, desde la Foscal hacia la unidad renal de Colombia y su respectivo regreso, de forma interdiaria, cuyo costo ha sido de CIENTO CINCUENTA MIL ($150.000.00) pesos, el cual ha tenido que asumir la familia, para que sea posible la realización de la hemodiálisis, que requiere YYYYYYYYYYYY , por la falla renal. Debido a la negativa de la EPS SOLSALUD de cubrir estos gastos necesarios para la vida de la paciente.

18. El día 15 de julio del 2010 debido a la negación de los servicios médicos por la EPS SOLSALUD, YYYYYYYYYYYYYYY, no tendrá acceso a los procedimientos y tratamientos médicos indicados, para un manejo integral, necesarios para preservar su vida y su salud

Los de recursos económicos de la familia de YYYYYYYYYYYYYYYY, y de ella misma son insuficientes para cubrir el costo de los servicios recibidos y de los tratamientos e intervenciones que se necesitan para su manejo.

19. YYYYYYYYYYYYYYYYYY, se le realizo una Gamagrafía Renal, que evidencio daño tubular bilateral severo, el cual le informo la enfermera jefe. Y que se encuentra en la historia clínica.

20. Desde el 16 de julio del año en curso, la salud de mi prohijada ha tenido una evolución muy tórpida. Se fue complicando ya que ha presentado fiebre en múltiples días, con múltiples tratamiento médico sin mejoría.

21. El 23 de julio del año 2010 a las 8 de la mañana es valorada por Especialista en Infectología el Médico Doctor Bernal

22. El 23 de julio del año 2010 a las 13:56 es valorada por JAIME GOMEZ AYALA médico internista.

1. Síndrome febril.
2. Endocarditis infecciosa probable (masa auricular derecha 26 x 20 mm) Neumonía nosocomial?
3. Bacteriemia asociada a Catéter Venoso Central.?
4. Atelectasia pasivas bilaterales
5. Sepsis severa por infección necrosante de tejidos blandos secundaria a implantes de Acido Polimetacrilato al 3% en región glúteo bilateral resuelto (Julio 01).
6. Falla renal aguda sin necrosis cortical, en hemodiálisis…
7. Falla hepática resuelta
8. POP Debridamiento Región Glútea Bilateral x necrosis de piel, tejido celular subcutáneo y músculos de la región bilateral. (Julio 4/10)
9. POP (Julio 1/10) Gluteoplastía.

REGISTRO ACTA DE JUNTA MÉDICO QUIRÚRGICA

23. Paciente con diagnostico de MIXOMA auricular derecho, catéter venoso con masa de 3mm en su extremo distal FE 63%. Se presenta en junta médica recomendándose manejo médico.

24. El 8 de septiembre del año 2010 el Juzgado Noveno Penal Del circuito Con función De conocimiento, confirma el fallo de acción de tutela calendada el 29 de julio de 2010, emitida por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control De Garantías, la cual concedió la acción de tutela…..

25. El Procedimiento que se le ofreció a la Doctora YYYYYYYYYYYYYYYYYYYY para aumentar glúteos con Metacril, refería ser ambulatorio, con una duración de dos horas, bajo anestesia local, con cuidados posteriores básicos como acostarse boca abajo, tomar analgésicos y antibióticos, el uso de una faja, no zapatos de tacón en un mes, e incapacidad de 3 días. Dando como resultado un aumento de glúteos fácil sin dolor, sin complicaciones y sin mayor incapacidad. Y que se debía hacer un retoque en 8 años.

26. La Médica XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en varias oportunidades afirmo que el procedimiento no tenia complicaciones, refirió ella

misma habérselo realizado en el mes de diciembre del año 2009 sin ningún contratiempo y que es un procedimiento autorizado por la sociedad Colombiana de Medicina Estética y que el producto tiene autorización Invima.

27. los médicos intervinientes XXXXXXXXXXXXXXXX, le manifestaron a mi poderdante que estaban certificados como médicos estéticos para llevar a cabo dicho procedimiento, le realizaron el procedimiento sin ser personas idóneas y competentes para llevar a cabo este tipo de intervenciones actuando con imprudencia, impericia y negligentemente sin tener en cuenta la integridad personal de la a la Doctora YYYYYYYYYYYYYYY.

28. La ley 23 de 1981 de ética médica determina que una médico general no puede realizar cirugías que requieran especialidad y en caso de las intervenciones estéticas solo pueden ser realizadas por cirujano plástico, y por eso se le pide a la fiscalía se investigue una posible falsedad personal, contra los médicos al realizar un procedimiento sin tener las calidades necesarias para el mismo.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander procedió entonces a seguir los pasos del proceso ético disciplinario, sin apartarse en ningún momento de las reglas del Debido Proceso y luego de un profundo análisis, resolvió imponer a los doctores XXXXXXXXXXXXXXXX, sanción de suspensión mayor a seis meses en el ejercicio de la medicina, por violación de los artículos 10, 12 y 15 de la Ley 23 de 1981.
Las consideraciones efectuadas por tribunal seccional, muy bien fundamentadas y las cuales comparte este tribunal nacional en su totalidad, fueron:

- No realización de un consentimiento adecuado
- No confirmación de la aprobación del metilmetacrilato en cirugía de glúteos
- Se transgredió la Lex Artis
- Se engañó a la paciente en múltiples aspectos relacionados con la cirugía y el material a utilizar.

Con base en la misma Ley 23 de 1981, remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica, para la imposición de la sanción correspondiente En ese momento procesal, el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA hizo las siguientes consideraciones:

I- IMAGENES

Consideramos que es de gran importancia colocar las imágenes de las lesiones ocasionadas en esta paciente, para dar una idea de la gravedad del problema a resolver.

CONCLUSIONES

A- No existe evidencia de un consentimiento que incluya la advertencia del riesgo, lo cual es motivo de esta providencia condenatoria.
B- Fue intervenida por médicos que no poseen el titulo de cirujanos plásticos, pues jamás estudiaron esa especialidad.
C- Estos "cirujanos estéticos" utilizaron elementos quirúrgicos de naturaleza peligrosa.
D Provocaron una extensa fascitis necrotizante con grave destrucción tisular.
E- Todo lo anterior colocó a la paciente en mención ad portas de la muerte
F- Las lesiones personales dejadas como secuelas fueron simplemente monstruosas.
G- Dejaron, como consecuencia, una severa deformidad corporal, imposible de reparar en vida.

……..
El defensor de los médicos disciplinados, abogado NNNNNNNNNN, elevó recurso de reposición y en subsidio de apelación ante el Ministerio de Salud de la Republica de Colombia, basando su inconformidad en los siguientes aspectos:

1- FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE UNAS PRUEBAS SOLICITADAS EN DILIGENCIA DE DESCARGOS
2- CONSIDERACIONES ERRONEAS SOBRE LOS ASPECTOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA PACIENTE
3- ERROR AL CONSIDERAR LA CAPACIDAD DE LOS MÉDICOS INTERVINIENTES RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA
1- RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DEL DEFENSOR PARA SUSTENTAR EL RECURSO DE ALZADA

A- FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE UNAS PRUEBAS SOLICITADAS EN DILIGENCIA DE DESCARGOS

De nuevo se revisan todos los componentes de la historia clínica de la paciente-víctima de esto s procedimientos y se encuentra que las pruebas solicitadas fueron, en su orden:

• EN LA DILIGENCIA DE DESCARGOS DE LA DOCTORA TALIA MARINA HERNÁNDEZ TABORDA

a- Oficiar a la Secretaria de Salud de Santander para determinar desde cuando SER MEDICINA ESTÉTICA había solicitado autorización para funcionar y para la fecha de julio de 2010, en que condiciones se encontraba la documentación que conlleva a la acreditación
b- Oficiar al Juzgado Séptimo del Circuito Civil de Bucaramanga, con el fin de trasladar la respuesta que ha dado el laboratorio KADE MÉDICAL STETIC, en torno de los permisos suministrados por el INVIMA para la comercialización y el uso del producto vendido a mis poderdantes, dentro del proceso ordinario radicado partida 397-2011
c- Se recepcione la declaración o interrogatorio de parte a la Dra. XXXX, preguntas que serán formuladas por la suscrita apoderada

Se recalca que la acusada fue representada por la abogada MMMMMMMMMMMMMMM, quien poseía la personería `para actuar en esta posición para el momento de esta diligencia

• EN LA DILIGENCIA DE DESCARGOS DEL DOCTOR XXXXXXXXXXXXXX representado por el abogado NNNNNNNNNNNNNNN, apoderado del encartado en ese momento

No se solicitaron pruebas de ningún tipo. (folios 225 a 230 del cuaderno principal)

A este respecto saltan a la vista dos cosas:

- la pasividad de la defensa del doctor NNNN, que en su momento no solicitó absolutamente ninguna prueba para ser practicada e incluida en el proceso y que ahora eleva la alzada aduciendo que por este motivo se está violando el debido proceso

- la impertinencia, inconducencia e inutilidad de las pruebas solicitadas por la defensa de la doctora XXXXXXXXXXXX. La información acerca del funcionamiento y la acreditación del sitio en donde fue intervenida la víctima de estos procedimientos estéticos no añade ningún elemento cognitivo que soporte o rechace la decisión condenatoria. En cuanto a la segunda prueba, respecto de los permisos expedidos por el INVIMA para la comercialización y venta de la sustancia que provocó este desastre tampoco es relevante. Sí lo es, en cambio, la literatura científica, que no recomienda su utilización. Y en lo que respecta al interrogatorio de la quejosa y victima, ya ella acudió al tribunal de primera instancia en dos ocasiones, siendo la ultima aquella en la cual ratificó la queja respecto de los elementos utilizados en su humanidad y de los procedimientos que casi la llevan a la muerte y le causaron una espantosa deformidad corporal.

Hay que mencionar que la pertinencia de la prueba se refiere a la adecuación entre los hechos que se quieren llevar al proceso y los hechos que son materia de prueba en el mismo. La conducencia establece la idoneidad de una prueba para demostrar un hecho. Y la inutilidad se ocupa de aquellos aspectos que demuestran los hechos en el proceso.

Las tres pruebas solicitadas llenan los requisitos para ser consideradas impertinentes, inconducentes e inútiles y cuya práctica sólo dilataría de manera injustificada este juicio de responsabilidad disciplinaria.

B- CONSIDERACIONES ERRONEAS SOBRE LOS ASPECTOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA PACIENTE

Continua el defensor insistiendo en el atropello procesal que constituye no haber un pronunciamiento sobre estas pruebas a las cuales nos hemos referido. Y con base en este falso raciocinio afirman que además se está interpretando de manera errada la ausencia de consentimiento informado. Y recalca que el consentimiento en cierta forma "tácito" de la paciente, por el hecho de ser médica y "experta" en los procedimientos que se le iban a practicar.
Esto no es cierto. Ni se encuentra documentación respecto del consentimiento informado preoperatorio por parte de la lesionada, ni su titulo de médico la convierte en una experta en el conocimiento de las complicaciones que producen las sustancias utilizadas y los procedimientos a los cuales fue sometida

De hecho, si ni siquiera son "expertos" los médicos que los practicaron, por no tratarse de cirujanos plásticos sino de "médicos esteticistas". O si no, obsérvese el resultado que produjeron en la infortunada paciente víctima de sus prácticas.

C- ERROR AL CONSIDERAR LA CAPACIDAD DE LOS MÉDICOS INTERVINIENTES RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO

El Tribunal Nacional de Ética Médica SÏ efectuó un análisis cuidadoso de la "capacitación" llevada a cabo por los médicos implicados, que al no tener experiencia real en Cirugía Plástica no estaban en condiciones de enfrentar, manejar y tratar adecuadamente las complicaciones presentadas por la enferma.

Y como ha expresado este tribunal nacional en providencias previas, la ley colombiana no exige especialización en "medicina plástica" (como lo expresa el defensor) para efectuar este tipo de procedimientos. Pero lo que sí conocen los juzgadores de otras jurisdicciones diferentes a la disciplinaria médica (que aunque no sean expertos en medicina no por ello son ingenuos), es que la única forma de llegar a ser peritos en un área de práctica médica y quirúrgica, es a través de una especialización seria y de profundos estudios prodigados a través del trabajo con profesores conocedores del tema y del estudio intenso alrededor de los procedimientos, sus complicaciones y su tratamiento.

Y jamás será lo mismo un "médico esteticista" que un Cirujano Plástico. Y quien irrumpa indebidamente en campos que corresponden a una especialidad bien definida incurrirá en violación de la Lex Artis, además de pisar los campos de la responsabilidad civil, penal y administrativa por causales de impericia, imprudencia y negligencia, como ha sido extensamente demostrado en este proceso.

2- EN LO CONCERNIENTE A LA EVALUACIÓN PROBATORIA.

Hay que referirse a la SANA CRITICA, basada en las reglas de la experiencia, los fundamentos de la ciencia, los postulados de la razón, los enunciados de la Lógica y la utilización del Sentido Común.

A este respecto, En el Modulo 4 para defensores públicos, referente a la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano se habla de la admisibilidad de la prueba en la siguiente forma.

Admisibilidad.

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Sin embargo, como explica Lubet, la admisibilidad específica de cada tipo de evidencia depende de sus normas particulares, que condicionan su ingreso al proceso. Por ejemplo, al solicitarse la admisión de una evidencia fundada en una de las excepciones de la prueba de referencia (art 438 CPP), es indispensable antes de admitirla, el comprobar los supuestos de hecho que se alegan: pérdida de memoria corroborada pericialmente, prueba del secuestro o desaparición forzada, de la enfermedad, etc.

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. (literal a) La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

a) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).
La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión

en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

a) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal. También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

El tratadista EDUARDO M. JAUCHEN en su obra TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL (EDITORIAL: RUBIANZAL – CULZONI EDITORES, BUENOS AIRES, 2004, PAGINAS: 48, 49 Y 50.) expresa que.

"…Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, sé alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios :para verificar el hecho.

Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción" al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea. Las características fundamentales de éste sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la "sana crítica", lo cual sólo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba, que alcanza también al principio de la libertad de la prueba, según el cual todo se puede probar y por cualquier medio y al principio de la debida fundamentación de la resolución judicial, expresando las razones que motivan la decisión de ahí su denominación global de "libre convicción" y solamente sana crítica que sólo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, ir cando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan solo y directamente de las pruebas producidas en la causa y en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido cada razonamiento debe estar claramente sustentado en principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano…".

3- NO SE HAN EFECTUADO VIAS DE HECHO EN NINGUN MOMENTO DEL PRESENTE PROCESO

Las garantías procesales brindadas en la decisión de primera instancia de sugerir condena a suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio superior a seis meses a los doctores implicados en este desastroso caso, así como la decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica al asumir el encargo legal de condenar a cuatro años de suspensión en el ejercicio de la medicina a los médicos disciplinados han seguido todas la reglas del Debido Proceso

En ningún momento se han transgredido normas de orden superior que ordenan preservar los Derechos Fundamentales de los profesionales condenados.

A este respecto ha dicho la Corte Constitucional:

Sentencia T-916/08. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas[53].
La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso "de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido."

(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial

Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, "omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente."[56]

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio

Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio

el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada.

Así las cosas, esta Corporación ha entendido que solamente es posible acudir a la acción de amparo constitucional, invocando la existencia de un defecto fáctico, siempre y cuando el error en el juicio valorativo de la prueba, sea de tal entidad "que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia'."

Con todo, el defecto fáctico se configura en primer término, cuando el juez aprecia pruebas ilegítimas que han sido allegadas al proceso, ya sea por no haber sido decretadas, practicadas o valoradas con sujeción a las formas propias de cada juicio, o por tratarse de una prueba inconstitucional, es decir que su obtención implicó la vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, aparece este requisito especial de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, en el supuesto de que (i) el funcionario judicial se abstenga de decretar y practicar una prueba que busca demostrar la existencia de hechos determinantes para adoptar la decisión correspondiente; (ii) cuando a pesar de que existen elementos probatorios recaudados en el proceso, el juez omite valorarlos, o sencillamente los deja de lado al momento de fundamentar la respetiva decisión, y es evidente que de haberlos considerado, la orientación del pronunciamiento hubiera sido completamente diferente y (iii) cuando el operador jurídico decide separarse sin razón alguna de los hechos que están probados en el proceso, llegando a una decisión arbitraria…."

4- CONSENTIMIENTO INFORMADO TACITO

Expresa la doctora PAULA GUZMAN BACCA lo siguiente:

La palabra consentimiento proviene del latín consensus "cum" "sentiré" que se considera un equivalente de asentir. Al consentir con alguien o con algo estamos ejecutando una expresión de autodeterminación ejercida por nuestra voluntad; ésto, por su puesto, suponiendo una decisión lícita, libre de vicios (error, fuerza y dolo) tomada conscientemente y con plena capacidad para hacerlo.

Podemos definirlo como la manifestación de una o más voluntades dirigidas a crear, extinguir o modificar una relación jurídica entre ellas. Los elementos indispensables para que nazca a la luz del derecho son: voluntad, capacidad, objeto, causa y por su puesto la validez.

Podemos afirmar que la relación Médico – Paciente es un negocio jurídico bilateral y oneroso en la mayoría de los casos, con una relación contractual de prestación de servicios. La naturaleza del contrato se ha confirmado en Sentencia del 5 de diciembre de 2002 del Honorable Consejo de Estado, consejero ponente Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, que ha dispuesto que: "Se trata de una relación médico-paciente en la cual los dos tienen que consentir en forma general para la celebración del contrato, y consentir en particular para la praxis especialmente riesgosa". También se hace referencia en la misma sentencia a la responsabilidad que genera al afirmar que: "El consentimiento produce efectos tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual donde hay ausencia de vinculo o en la responsabilidad derivada del efecto en la ejecución de las relaciones regladas".

En el ámbito médico existe el consentimiento informado. Se trata de un elemento estructural de la relación médico- paciente en donde el galeno se encuentra sometido al deber de información y el paciente a tomar una decisión consciente y libre de aceptar o no someterse al acto médico propuesto, basado en la comunicación que se le haya suministrado. Esta debe ser previa, clara, completa, suficiente, adecuada y real para no vulnerar su libertad. El consentimiento se presenta como uno de los elementos indispensables del contrato de prestación de servicios y como medio idóneo para la manifestación de la voluntad del paciente que ha de estar exenta de vicios y que debe contar con plena validez para evitar su nulidad. Es por esa razón que se deben tener en cuenta condiciones mínimas como: la mayoría de edad, capacidad mental, concordancia entre lo querido y lo aceptado.

La declaración de la voluntad se puede definir como la realización de un querer personal para que al exteriorizarlo produzca un efecto jurídico. Esta, debe estar exenta de vicios, lo que quiere decir que haya sido expresada libremente, sin violencia, y que no exista error o dolo que impidan su validez. Además, es indispensable para que el negocio jurídico se constituya y satisfaga los intereses privados de quien fuere a realizarlo pues es la forma en la que se expresa su autodeterminación y autorregulación, claro

está, sin atentar contra el orden público y las buenas costumbres. Este punto se contempla en el Código Civil Artículo 16.” No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.” Artículo 1519 “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.” Y 1523 “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”

Teniendo en cuenta la importancia de la declaración de la voluntad como elemento esencial en el negocio jurídico podemos afirmar que en teoría no puede existir un consentimiento tácito en la relación médico- paciente específicamente, pues es claro que la realización de ciertos actos o el simple silencio no pueden ser tomados como una expresión de la voluntad.

En la rama del derecho comercial por ejemplo, es aceptada y necesaria la existencia de un consentimiento tácito, no solo porque una de sus fuentes principales es la costumbre, sino porque al hacer negocios se requiere una forma efectiva y eficaz para que estos se realicen de una manera rápida y concreta. Es claro que no podemos equiparar ni comparar un consentimiento tácito en materia comercial con uno como el que se nos presenta en el consentimiento informado, porque a pesar de que hablamos sobre un contrato de prestación de servicios en la relación médico- paciente esto no quiere decir que el ejercicio de la salud se convierta en un negocio, ni el paciente en un medio pues es obvio que siempre será el fin y su voluntad debe ser expresada de tal forma que no dé pie a equivocaciones y/o interpretaciones.

La Corte Constitucional contempla el consentimiento tácito para ciertas prácticas y en determinados casos. Este punto se evalúa en la Sentencia SU 337-99 “En tal contexto, y de acuerdo a la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso pueda ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, “el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación

tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento". Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, entre más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada."

Siendo esta una actividad diferente a la comercial y teniendo en cuenta las implicaciones que tiene el tratar con la vida y dignidad de un ser humano, el médico está obligado a informar clara, completa, suficiente y adecuadamente el acto al cual el paciente bajo su cuidado estará sometido y este, así mismo, tiene el derecho a expresar su voluntad al aceptar o rechazar el tratamiento. Es por esto que es errado pensar que existe consentimiento tácito al sugerir que, si la comunicación recibida por el paciente y que lo llevara a tomar la decisión sobre su tratamiento viene por parte un tercero o algún medio diferente al médico tratante, puede tomarse como cumplida la obligación del profesional de la salud. Es igualmente incorrecto pensar que el silencio o una conducta positiva frente a la propuesta del médico son suficientes para considerarlas como la exteriorización de la decisión de un paciente, puesto que la verdadera expresión de la voluntad requiere que se haga de manera inequívoca y sin espacio a interpretaciones.

A pesar que está permitido por la legislación que el consentimiento informado pueda recibirse de forma verbal lo ideal, en cualquier caso, sería que la voluntad estuviera contenida en un documento escrito, mientras las circunstancias lo permitan, sin importar el carácter o la naturaleza del procedimiento para tener un sustento documental de llegar a presentarse futuras controversias.

Para hablar de voluntad es imperioso hacer referencia a la libertad. John Locke, filósofo Ingles, en su libro, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT, sostiene que las personas son naturalmente libres y que su libertad es el impulso moral que se expresa a través del consentimiento.
La libertad, según Locke, existe cuando los hombres están dotados de la facultad para decidir y juzgar sobre lo que es necesario para su conservación y bienestar, extrayendo de su propia razón las normas que han de llevarlos a conducir su vida sin necesidad de la intervención de un tercero, haciéndolas independientes y solo sujetas a su parecer. "Every man is … naturally free, and nothing being able to put him into subjection to any earthly power but only his own consent…").

Según el autor, un ser humano se pone en estado de sujeción legítimamente, solo en virtud de un acto que haya emanado exclusivamente de su libertad. Este acto se denomina consentimiento. "Cada hombre posee la facultad o el poder de consentir en imponerse a sí mismo algún tipo de sujeción, siempre y cuando no pierda esa facultad, que es inalienable". "Esta es la única fuente de sujeción legítima, conforme a la ley de la razón mientras cada individuo libre, y titular de los derechos que emanan de esta condición natural, está habilitado para establecer sobre sí mismo una sujeción". Solo un acto voluntario es libre y se ejecuta a sí mismo en virtud de un contrato, que para su realización, requiere tener la claridad suficiente no sólo para evitar nulidades, sino también, para evitar errores de hecho y derecho.

Por esto el consentimiento tácito no solo es un acto realizado a medias; también genera confusión y vacío, pues si una persona no exterioriza de forma expresa su intención no podemos equiparar los actos que ella llegase a realizar con su voluntad, debido que estaríamos suponiendo el querer de esa persona y la voluntad no es susceptible de suposiciones, declarando a este tipo de consentimiento como algo débil y sin sustento suficiente para ser tomado en cuenta. Además, no se puede desconocer que uno de los requerimientos esenciales para que el consentimiento sea válido es que debe ser inequívoco; esto quiere decir, según la Real Academia Española, que no admite duda o equivocación; por lo tanto, no se puede deducir el consentimiento del paciente de los meros actos siendo absolutamente necesario que la persona dé a conocer su voluntad expresamente para acogerse o no al acto médico propuesto.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA en uso de las atribuciones que le confiere la Ley:

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. No revocar su decisión sancionatoria de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CUATRO (04) AÑOS a los doctores XXXXXXXXXXXXXXXXXX, por violación de los artículos 10, 12 y 15 de la Ley 23 de 1981.
ARTÍCULO SEGUNDO. Conceder el RECURSO DE APELACION por ante el Ministerio de Salud y Protección Social…".

CAPÍTULO 21- LA ACCION DE TUTELA EN SALUD NO SE EXCLUYE DEL PANORAMA JURÍDICO

I-INTRODUCCIÓN

Los artículos 14 y 15 de la Ley Estatutaria expresan:

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.

El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

Parágrafo 1°. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

Parágrafo 2°. Lo anterior sin perjuicio de la tutela.

Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

……

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias

proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

II-QUE ES LA ACCIÓN DE TUTELA?

Es la posibilidad de acudir a los jueces sin mayor formalidad para obtener, mediante procedimiento sumario, la protección directa e inmediata de un derecho fundamental frente a situaciones de hecho que amenazan con vulnerarlo.

La tutela está consagrada en el Art. 86 de la Constitución e indica que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los Jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, por tanto, es un mecanismo de defensa de derechos fundamentales; se instaura de manera verbal o escrita, el procedimiento es informal, aunque establecido; su razón es la vulneración o amenaza de vulneración del derecho; puede ser un mecanismo definitivo o transitorio; procede contra actos de cualquier autoridad o decisiones por vías de hecho.

Es una acción subsidiaria, pues se utiliza solamente cuando no existen otros medios de defensa. Es también inmediata, pues no es un proceso sino un medio urgente que protege el derecho amenazado. Sus titulares son las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, mayores o menores de edad, que se encuentren en el territorio nacional.

La ACCION DE TUTELA representa uno de los adelantos jurídicos y sociales más significativos de los últimos años en Colombia y forma parte de la nueva tendencia constitucionalista latinoamericana actual

El Estado Social de Derecho persigue varias metas que el Estado de Derecho no había tenido en cuenta: dignificación del trabajo, función social de la propiedad, intervencionismo estatal para preservar los derechos, solidaridad vista como deber jurídico, etc.

El rasgo más importante del Estado Social, y el factor que hace que la esfera privada y la vida pública se vean contenidas dentro de un solo sistema unitario, es la constante actualización a que se ve sometido el derecho

original por medio de la interpretación del juez, quien es el encargado de dar soluciones adecuadas a casos concretos, sin tener que someterse a la rigidez de una norma que prevé una situación dada. Pues como de ninguna manera pueden anticiparse todos los casos posibles de problemas jurídicos, el derecho, en función de su justicia, debe adecuarse a la realidad por medio del juez.

En el caso de Colombia, este juez es el juez constitucional:

Aquí cobra especial importancia el estilo del texto constitucional: generalidad, consagración de los principios básicos, no concisión en las definiciones ni en las prescripciones. La interpretación constitucional, a cargo del juez, es por tanto el mecanismo constante de renovación del ordenamiento. "De ahí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho". Así surge otra de las diferencias entre Estado Social y Estado de Derecho: la importancia de juez como ponderador de principios frente a casos concretos.

A nuestro modo de ver, el Estado Social de Derecho es la expresión más clara de lo que se ha buscado restablecer a lo largo de la historia con las principales revoluciones sociales: la justicia. Es un sistema en el cual el individuo no pierde su individualidad por formar parte de un todo que persigue unos fines determinados, y que respeta la pluralidad (el interés público, visto desde el Estado Social, no es la maximización de unos intereses particulares, sino que abarca todos los intereses más generales de la población). Es un mecanismo mediante el cual se alivia el yugo que ejercen los imperios económicos sobre quienes no tienen los recursos básicos para una existencia digna, haciendo valedero el ejercicio de sus derechos. Es un reflejo del intento que ha hecho la historia por nivelar las condiciones de vida de la población.

La acción de tutela se encuentra consignada en el artículo 86 de la Constitución Política:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.
El desarrollo de este principio constitucional se encuentra en el Decreto 2591 de 1991.

III- CARACTERISTICAS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Las características de esta acción legal se pueden resumir en:

A- Subsidiaria

Para poder invocar la acción de tutela deben haberse descartado otros medios de acción judicial protectora de derechos, pero analizando su efectividad e idoneidad, ante un perjuicio que puede ser irremediable (inminente, urgente, grave o impostergable).

Y el compromiso del accionante, una vez progrese la acción de tutela, es acudir al medio judicial normal de protección del derecho que se encontraba amenazado o vulnerado.

B-Relativa a Derechos Fundamentales

El artículo 85 del Decreto 2591 de 1991 expresa cuales son los Derechos protegidos que son de aplicación inmediata, remitiendo a los artículos 11 (derecho a la vida); 12 (integridad personal); 13 (derecho a la igualdad); 14 (reconocimiento de la personalidad jurídica); 15 (derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, habeas data); 16 (al libre desarrollo de la personalidad); 17 (derecho a la libertad en todas sus formas); 18 (a la

libertad de conciencia); 19 (a la libertad de cultos); 20 (derecho de expresión y de información); 21 (a la honra y al buen nombre); 23 (derecho de petición); 24 (de libre circulación); 26 (a la libertad de escoger profesión y oficio); 27 (libertad de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra); 28 (derecho de libertad salvo mandamiento escrito de autoridad judicial competente); 29 (al debido proceso); 30 (habeas corpus); 31 (a apelación o consulta de las sentencias judiciales); 33 (a no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil); 34 (a no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación); 37 (a las libertades de reunión y manifestación) y 40 (derechos políticos). Pero no se excluyen otros derechos que, aparentemente no han sido consagrados como fundamentales, pero que por su naturaleza de inherentes a la persona, también tienen ese carácter esencial.

Los criterios de fundamentalidad se pueden encontrar en la obra de Catalina Botero.

1) Derechos de aplicación inmediata, que son aquellos enunciados expresamente en el artículo 85 de la carta.
2) Derechos subjetivos contenidos en el capítulo 1 del título II de la carta, siempre y cuando su estructura y contenido permitan la aplicación de su inmediatez judicial o su contenido haya sido desarrollado de forma independiente a través de una ley destinada a ello.
3) Derechos fundamentales por expreso mandato constitucional (art 44 de la CN: derechos de los niños).
4) Derechos que integran el bloque de constitucionalidad.
5) Derechos innominados.
6) Derechos fundamentales por conexidad.

C- De carácter preferente, sumaria y eficaz

El juez debe ocuparse preferentemente de las acciones de tutela que lleguen a su despacho. Exige además rapidez y pronunciamiento de fondo. El termino para resolver la tutela es de diez días.

La única acción con mayor rapidez que la tutela es el Habeas Corpus

D- Es imprescriptible (se puede ejercer todo el tiempo)
E- La sentencia tiene efecto inter partes

F- El fallo es de inmediato cumplimiento
G-Todo juez de la República es competente para conocer de tutela
H-No es necesario que se indique la norma violada en la solicitud
I- Puede tutelarse el derecho fundamental prescindiendo de averiguaciones en casos de grave violación del mismo.

IV- PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

De acuerdo con la Corte Constitucional, la acción de tutela procede contra autoridades publicas de cualquier orden y contra los particulares en los siguientes casos.

1) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de cualquier servicio público.
2) Cuando la acción se dirija contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
3) Cuando aquél contra quien se entabla la acción viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos.
4) Cuando la entidad privada sea aquélla contra la cual infructuosamente se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data.
5) Cuando se trate de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida.
6) Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.
7) Cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. La indefensión del menor se presume.

Valga mencionar algunos casos específicos de procedencia de esta maravillosa acción judicial
En casos de tutelas contra particulares, esta procede en los siguientes casos:

- Servicio público de educación
- Servicio Público de Salud
- Servicios públicos domiciliarios
- Cuando el solicitante esté en situación de indefensión o subordinación
- Esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos

- Habeas data
- Rectificación de informaciones erróneas
- Ejercicio de funciones públicas
- Tutela de la vida

V- La puede presentar cualquier ciudadano sin necesidad procesal de abogado

VI- No se necesita saber leer o escribir para interponer esta acción constitucional

VII- Es de procedimiento simplificado

Y se puede presentar verbalmente en los siguientes casos
a- Cuando el solicitante no sabe escribir
b- Cuando sea menor de edad
c- Cuando exista urgencia de protección.

VIII- COMPETENCIA DE LAS ACCIONES DE TUTELA

Están consignadas en el Decreto 1382 de 2000 así:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial/ administrativo y consejos seccionales de la judicatura.
2. A los jueces de circuito o con categoría de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.
3. A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares.
4. Cuando la acción de tutela se promueva contra más de un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Dice Gabriel Bustamante Peña en au artículo "El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia", lo siguiente:

"…La Asamblea Nacional Constituyente, consciente de la importancia de entregar una herramienta ágil y eficaz a los ciudadanos, en el marco del nuevo modelo de Estado social y democrático de derecho, para garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, incluyó la herramienta judicial más innovadora, accesible y contundente de la historia constitucional contemporánea en Colombia: la acción de tutela.

Varios constituyentes coincidieron en la necesidad de instaurar una acción vigorosa de defensa efectiva de los derechos humanos, una herramienta judicial con mayores alcances que el recurso de amparo, traído a colación por las referencias de algunos de ellos a la legislación comparada.

La tutela se estipuló para llenar los vacíos de protección, y nunca como un medio alternativo o suplente de las herramientas ordinarias del derecho, que serán las llamadas a aplicarse preferentemente, con la excepción de las tutelas que buscan evitar un perjuicio irremediable.

Los principales proyectos que sustentaron la configuración de la acción de tutela fueron: El proyecto 2, del Gobierno Nacional; el proyecto 7, de la Alianza Democrática M-19, AD-M19; el proyecto 9, del constituyente Juan Gómez Martínez; el proyecto 67, del constituyente Misael Pastrana Borrero; el proyecto 81, del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero; el proyecto 87, del co-presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, Horacio Serpa Uribe; el proyecto 113, de los constituyentes, Alfredo Vásquez y Ayda Avella; el proyecto 116, del constituyente, Antonio Galán Sarmiento; el proyecto 126, del constituyente, Iván Marulanda Vélez; y el proyecto 130, del constituyente, Eduardo Espinosa Facio-Lince. Además, a los debates efectuados, en la comisión correspondiente y en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, se sumaron los de diversos sectores políticos y sociales, con argumentos y propuestas que terminaron por concretar lo que sería la actual Acción de Tutela, del artículo 86 de la Constitución Nacional.

Al poco tiempo de ser reglamentada la tutela fueron muchas las personas que acudieron a su amparo para hacer respetar y cumplir sus derechos: los jóvenes se enfrentaron por esta vía al poder de los colegios, logrando por primera

vez ser sujetos de derechos y colocando fin a los abusos que los planteles educativos ejercían ante, los otrora, indefensos estudiantes. Niñas en embarazo no volvieron a ser expulsadas, jóvenes de pelo largo reclamaron por su libre desarrollo de la personalidad, campesinos e indígenas derrotaron a los que parecían imbatibles terratenientes y acaudalados empresarios, trabajadores reclamaron con éxito y oportunamente sus salarios retenidos injustamente, muchos presos la invocaron para lograr su libertad ante medidas de aseguramiento ilegales, personas de la tercera edad lograron su pensión, enfermos graves lograron obligar a las EPS a atenderlos y brindarles procedimientos y medicamentos sin los cuales hubieran muerto, desplazados accedieron a ayudas humanitarias por esta vía, lo que hizo que la tutela se fuera rápidamente convirtiendo en un patrimonio invaluable de todas y todos los ciudadanos de Colombia, sin importar la raza, el origen, la edad, el sexo, la condición económica o política.

…….

En el mismo espíritu garantista que originó la tutela, la mayor parte de la Asamblea Constituyente entendió que el Estado Social de Derecho podría quedar en el papel y serían imposibles de desarrollar los cambios revolucionarios que implicaba dejar atrás un régimen político sustentado en un modelo autoritario, centralista, mono-cultural y signado por el estado de sitio, en detrimento de los derechos fundamentales, y erigió, bajo este aire renovador, a la Corte Constitucional como un alto tribunal especializado en velar por el cumplimiento de los nuevos derechos constitucionales, y guardar la preeminencia y supremacía de la Carta de 1991.

Es por esto, que la Corte Constitucional fue creada para establecer las pautas generales de todo el ordenamiento jurídico, a través de sus sentencias de constitucionalidad, y también para que, a través de su jurisprudencia, asegure el cumplimiento y desarrollo del Estado social y democrático de derecho; la división y equilibrio de las ramas del poder público; el funcionamiento y la colaboración armónica entre los diferentes poderes del Estado; y vigile la efectiva protección de los derechos fundamentales, especialmente, a través de su competencia en la revisión de los procesos de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional, para el cumplimiento de su misión, se manifiesta bajo tres tipos de sentencias: a) las sentencias de tutela (T), dirigidas a proteger efectiva y oportunamente los derechos fundamentales, donde la Corte ejerce esta competencia por su labor de revisión de los fallos de tutela; b) las sentencias de unificación de jurisprudencia, (SU), que se presentan cuando un proceso de tutela representa, en su análisis e interpretación,

un cambio jurisprudencial respecto a la posición tradicional de la Corte y amerita una sentencia de unificación, o cuando la importancia del caso implica una decisión de sala plena; y, c) Sentencias de control constitucional (C), por medio de la cuales la Corte garantiza que algunos actos y leyes se ajusten a los postulados de la Carta so pena de declararlos total o parcialmente inexequibles…"

IX- ALGUNOS MECANISMOS QUE SE DEBEN AGOTAR ANTES DE ACUDIR A LA ACCIÓN DE TUTELA

Acción de constitucionalidad
Excepción de inconstitucionalidad.
Recurso de habeas corpus.
Acciones populares.
Penal. Fuera de los recursos de reposición y apelación, está el extraordinario de casación y la acción de revisión.
Civil. Fuera de los recursos de reposición y apelación están los de casación y revisión.
Laboral. Homologación del laudo arbitral, ante la sala de casación laboral de la c.s.j. o las salas laborales de los tribunales superiores de distrito judicial, según el caso.
Administrativa y contencioso administrativa. Recursos de reposición, apelación, queja y súplica. Acciones de nulidad, nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa, acción relativa a contratos, extraordinario de revisión y suspensión provisional. Para los actos administrativos que no tiene los recursos descritos anteriormente procede la revocatoria directa.
Las nulidades para sanear los vicios de procedimiento.
Recurso de insistencia contra el auto de denegación de copias y demás documentos.

X- TÉRMINOS PARA LA ACCIÓN DE TUTELA

3 días para que el demandante corrija la solicitud (Art. 17)
3 días máximo para que el órgano o la autoridad rinda el informe o envíe la documentación requerida (Art. 19)
3 días máximo para la rendición de información adicional (Art. 21) _ 10 días máximo para concluir el trámite de la acción (Art. 29)
48 horas máximo para el cumplimiento del fallo (Art. 23)
48 horas máximo para que el superior haga cumplir el fallo que el inferior no cumplió dentro de la 4ª horas (Art. 27)

48 horas máximo para abrir la investigación contra el superior renuente a cumplir con el fallo de tutela (Art. 27)
48 horas máximo para que el juez pueda ordenar que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos (Art. 23)
3 días para impugnar el fallo (Art. 31)
2 días para enviarlo al superior (Art. 32)
20 días para fallar la segunda instancia (Art. 32)
10 días para enviarlo a revisión a la corte constitucional (Art. 32)

XI- RECURSOS EN CONTRA DE LA DECISION DE TUTELA

Los recursos contra el fallo de tutela son:

- Impugnación. Dentro de los siguientes tres días a la notificación del fallo, sin perjuicio de su cumplimiento. El juez de Segunda Instancia deberá proferir fallo en los siguientes veinte días de recibido el expediente
- Revisión. Por parte de la Corte Constitucional

XII- CONCLUSIONES

Una de las acusaciones al aparato jurídico por parte de esos entes parásitos denominados EPS se refirió al gran número de tutelas que les ordenaban atender los pacientes, especialmente los que requerían de procedimientos sofisticados o aquellos que padecían enfermedades catalogadas como de "alto costo"

Y estos entes mercantiles (pomposamente denominados "aseguradores"), cuya única función era la de obtener ganancias a expensas de la enfermedad de las personas, vieron en las sentencias de los entes judiciales un obstáculo a la consecución de mayor rentabilidad a expensas de una administración mal entendida y peormente ejercida.

Por eso, uno de sus objetivos era la de acabar con la tutela como mecanismo de respaldo a los pacientes colombianos. Es obvio que sale más barato pagar el entierro de una persona que requiere tratamientos y procedimientos de alto costo, que desembolsar los costos que su manejo requiere.
Afortunadamente la Ley estatutaria en Salud es contundente: La Acción de Tutela sigue vigente y las funciones de la estructura judicial colombiana continuarán inmodificadas.

CAPÍTULO 22- LA AUTONOMIA PROFESIONAL

I- INTRODUCCIÓN

Este aspecto es de capital importancia en la planeación de la nueva reforma en salud

Dice en el artículo 17:

Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Hay quienes todavía creen que la autonomía médica no ha sido tocada en su esencia. Este falso concepto deja de lado la realidad que ha vivido la profesión en los últimos años y la manipulación que se hace de los médicos en todas las esferas

Analicemos primero lo que representa el trabajo médico en un sistema de corte neoliberal

II- ¿ESTAMOS LOS MÉDICOS INCLUIDOS EN LAS LEYES DE OFERTA Y DEMANDA?

Hace veinte años los economistas pensaban que los médicos serían capaces de producir un mercado cautivo por sus propios servicios. Se decía que el número de consultas y procedimientos aumentaba en forma directamente proporcional al aumento en el número de médicos, particularmente especialistas, siempre y cuando se mantuvieran constantes el ingreso de las personas, el precio de las consultas, el costo de los seguros y el número de camas hospitalarias. Por ejemplo, si un cirujano vascular periférico se instalaba en la ciudad de Ibagué en 1965 y empezaba a ofrecer sus servicios a la ciudad con unos resultados satisfactorios en procedimientos antes no practicados, su clientela aumentaba en forma casi automática.

Esta hipótesis, válida en años anteriores en nuestro país, perdió su base de sustentación, no solamente por el aumento no previsto en el número de médicos que hoy en día producen las facultades de medicina, sino por la progresiva usurpación de funciones que antes ejercían los profesionales de la salud y que poco a poco se ha ido relegando en manos de otras disciplinas.

Es interesante observar cómo los médicos en la historia reciente del país fueron perdiendo participación política (el último médico presidente fue el general boyacense Santos Acosta, quien se tomó el poder en 1867). Luego se fue perdiendo terreno en la economía, la administración, la filosofía y luego incluso en el manejo mismo de los destinos de su profesión.

Lo anterior, unido a todos los cambios económicos y sociales colocaron a la profesión médica, de una manera irreversible, en un mercado con su propio sistema de precios y tarifas. En el mercado, que no constituye en realidad un sitio geográfico específico sino una institución social que opera a todos los niveles, se asignan los recursos, se brinda información permanente sobre el valor de las cosas y se fijan los precios de todos y cada uno de los bienes y servicios, incluyendo el trabajo de los médicos, que nos hemos convertido en un grupo más de ese mercado social. Los colombianos ya han empezado a exigir una combinación apropiada de calidad y precio. Dos de los factores determinantes del precio del trabajo en salud, como en cualquier otro bien de consumo, son la oferta y la demanda. La demanda es la cantidad de un bien o servicio que una persona o un grupo de personas están dispuestos a comprar a diversos precios. La ley de la demanda

establece que a menores precios mayores cantidades demandadas de ese bien o servicio. Esta demanda esta regulada, entre otras, por el ingreso de las personas, sus preferencias y la presencia de bienes sustitutos y complementarios.

La oferta es la cantidad de bienes y servicios que el productor esta dispuesto a ofrecer a un rango de diversos precios. Por su parte, la ley de la oferta establece que cuando el precio de estos bienes y servicios aumenta en el mercado, la cantidad ofrecida también aumenta pues es más rentable producir. La oferta tiene sus propios reguladores, entre otros, los precios de las materias primas, la tecnología y el estado tributario (los impuestos) de la nación.

El análisis microeconómico hace referencia al comportamiento individual con respecto a las variaciones del ambiente que le rodea. Analiza entonces la toma de decisiones de productores y consumidores. Las preferencias del consumidor se miden en unidades de utilidad, término ligado a la persona del filósofo J. Bentham (1748-1832) y al nombre de W. Jevons (1835-1882), quien relaciona los conceptos de utilidad y precio.

A ninguno de estos hechos somos ajenos los médicos. En primer lugar, somos parte de la economía como oferentes de ‘salud’, entrando al mercado de productores de dicho servicio, con aplicación muy clara de las leyes de oferta y demanda. Adicionalmente, nuestro ‘producto’ se ha masificado en los últimos años. Por último, hemos perdido el control del manejo de la ‘industria de la salud’, que ahora se encuentra en manos de funcionarios que obedecen a una ética utilitarista, completamente opuesta a la que rige el ejercicio de la medicina.

Debido a la decisión gubernamental de mejorar la atención a mayores grupos de población, se ‘socializó’ la medicina a expensas de los médicos que, deseosos de prestar una mejor atención a sus enfermos, abandonaron la administración y la dejaron en manos de profanos educados en actitudes y principios burocráticos (cuando no únicamente políticos), dividiendo no solamente la unidad médica sino la íntima relación que se tenía con profesiones afines como la enfermería, que ha pasado a ser en muchos casos una profesión con una gran carga administrativa.

III- LA AUTONOMÍA PROFESIONAL

El profesionalismo médico se fundamenta en los siguientes pilares:

• Conocimiento amplio de la ciencia médica
• Autonomía en las decisiones
• Servicio a la sociedad
• Autorregulación profesional

Los principios que debe tener en cuenta el médico ante decisiones que involucren sus pacientes pueden ser abarcados en los principios bioéticos modernos. Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, denominados por el filósofo inglés W. D. Ross como "prima facie" son: respeto por la autonomía, beneficencia - no maleficencia y justicia.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir se actúa autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. " Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo los personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad no es otra cosa, que el apetito racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades". Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades. A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones "sine qua non": capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.

La capacidad hace referencia al pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, es el entendimiento aristotélico. La posesión del derecho es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico.

La libertad es la posibilidad del ser de tomar por si mismo (es decir, sin ser precedentemente determinado de manera unívoca por nada) una dirección

frente a valores limitados conocidos, para elegir o no elegir. La información adecuada es el conocimiento de las alternativas de tratamiento, de los beneficios esperados y las posibles complicaciones que los procedimientos puedan generar sobre el paciente.

Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia. La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina jurídica se presenta cuando "el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar..."

En la situación descrita, una mala comprendida "autonomía", lesionaría el principio de beneficencia, pero es obvio aquí, como lo fue en el extremo opuesto, que si no se dan las condiciones para el ejercicio de la autonomía -capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada- no es autonomía lo que se practica y por lo tanto no se le pueden atribuir a ella los deletéreos efectos producidos.

PRINCIPIO DE NO-MALEVOLENCIA.
Evitar dañar a los demás

PRINCIPIO DE BENEVOLENCIA.

Se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: "Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio". En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en "me abstendré de causarles daño o perjuicio", resumido en el mucho más conocido"Primum non nocere", de obvio carácter obligatorio, y el segundo en "prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie". En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo,

es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal.

Uno de los problemas éticos más conflictivos es la decisión de limitar el libre ejercicio de la voluntad de un paciente, sometiéndolo a restricciones por decisión del médico o de una instancia legal, que se oponen a su albedrío, lesionando así un aspecto fundamental del carácter actual de la relación médico-paciente, como es el profundo respeto por la autonomía del mismo.

Dadas las condiciones legales actuales, no solo de nuestro país sino de muchas otras naciones, así como nuestras convicciones personales acerca del ejercicio médico, estamos convencidos del papel fundamental que el ejercicio de la autonomía del paciente tiene en el acto médico, elevándolo de la condición que hasta no hace mucho tiempo se le daba de "paciente", como si la palabra derivara de su "pasivo" rol, a la de "persona enferma", en la que no se le menosprecia su integral condición de "persona" por la razón de estar "enferma". No obstante, así mismo, vemos clara la necesidad de adoptar el principio de beneficencia, en busca del bien del paciente o por solidaridad con una determinada comunidad, cuando bajo ciertas condiciones el individuo no puede ejercer dicha autonomía a la que tiene pleno derecho.

La pregunta que nos debemos entonces plantear es ¿quién ha de decidir qué es benéfico para el enfermo? Mientras los médicos piensen que por haber dedicado parte de su vida al estudio de las condiciones de salud y enfermedad de los individuos son poseedores del derecho de decisión absoluto sobre lo que es bueno o malo, no cabe duda que la respuesta será: el médico. No obstante, es claro que la respuesta surge de la falsa premisa de la "posesión del conocimiento absoluto", hecho evidentemente ficticio al que hay que agregar la total ausencia de la participación del objeto de la decisión (el enfermo), por lo que conduce a una respuesta naturalmente errada. Este tan frecuentemente cometido desatino constituye el extremo conocido como paternalismo.

El paternalismo en términos generales consiste en actuar en forma tal, que se cree que se está protegiendo o resguardando el interés de un individuo, aunque el obrar de esta manera vaya en contra de su voluntad inmediata o

de su libertad de escoger. Es en esta circunstancia en que una mala comprendida "beneficencia" lesionaría el derecho de autonomía. (Esto realmente no es beneficencia).

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA

La Justicia es interés de todas las personas, pero la administración de la misma es función de la Rama Judicial del Estado.

La justicia social va de la mano con el bien comun. Intenta solucionar las graves diferencias entre las clases sociales, haciendo énfasis en la naturaleza social del ser humano y en la función social de la riqueza, con base en principios de solidaridad

La justicia tiene que ver con distribución de bienes y de cargas. Pero lo más importante hoy en día es el respeto y garantía de los derechos fundamentales del individuo. Y aunque Dworkin exprese que son anteriores a cualquier pacto social, debe tenerse en cuenta que si no fuera por la sociedad ya evolucionada y la existencia del derecho como institución inseparable de la misma, esos derechos humanos no habrían sido reconocidos nunca entre los seres humanos, precisamente por el egoísmo natural de las personas, que aprendieron a respetar la integridad del próximo por la fuerza y coactividad del Derecho y no simplemente por la moral o por la más leve inclinación a ser generoso con el prójimo.

La Justicia, así definida, debe reconocerse en todos los actos de los poderes estatales. En el Legislativo, inspirando y diseñando las leyes teniendo en cuenta los derechos de todos los ciudadanos, con base en conceptos de igualdad y libertad. En el Poder Judicial, ajustando las sentencias a las normas constitucionales y a la Ley, que desde la implantación del Estado Social de Derecho, rigen la vida de los asociados. En el ejecutivo, protegiendo a los débiles del abuso de quienes detentan el poder económico y político, e incluso del Estado mismo, cuya imponencia no debe arrollar a las personas individuales.

La justicia implica beneficio mutuo e imparcialidad en los juicios de valor. Y aunque la justicia perfecta no se alcanza jamás, es una guía permanente en la conciencia de las sociedades y las personas. Dice la teoría social católica de la Iglesia: "Justicia es proteger los bienes del prójimo y darle lo

que le pertenece. Es, de acuerdo con la misma doctrina de la Iglesia Católica, no retener el bien ajeno, no defraudar en el empeño de la palabra, no retribuir con salarios injustos. Incluye la corrupción a todo nivel, el fraude, trabajar con engaños, no cumplir con los contratos y las obligaciones adquiridas, tratar a las personas como cosas olvidando la dignidad que a todos los humanos cobija, reducir al ser humano a un simple medio para lucrar".

OTROS PRINCIPIOS

PRINCIPIO DE RESPETO.
Debe tratarse a si mismo y a los demás con el respeto que corresponde a su dignidad y valor.

PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO.
En los actos humanos deben evaluarse previamente los efectos beneficiosos y evaluarlos respecto de los efectos dañinos previsibles.

PRINCIPIO DE INTEGRIDAD.
Aplica especialmente a los profesionales. Indica un mandato que implica actuar con honestidad y respeto por si mismo.

PRINCIPIO DE UTILIDAD (en el sentido Benthaniano)
las acciones deben escogerse con base en el mayor beneficio para el mayor número de personas.

CAPÍTULO 23- CONFLICTOS DE INTERESES

Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.

I- TIPOS DE CONFLICTOS DE INTERES

a- ENTRE EL MÉDICO Y SUS COLEGAS

- Por antipatía. Uno de los eventos más comunes es enfrentarse, generalmente por motivos científicos y profesionales, con un colega de la misma especialidad, partiendo de ese momento una situación de antagonismo entre los dos protagonistas .

- Por simpatía, Lo anterior aplica, de manera opuesta, para aquellos con quienes se tienen lazos de amistad, familia, afinidad intelectual, etc. Con ellos tampoco se puede ser objetivo en el momento de juzgar conductas determinadas.

b- ENTRE EL MÉDICO Y LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA

Estos enfrentamientos éticos surgen en varios sentidos:

- Formulación a pacientes. Esta es una dramática situación en los últimos años. Los laboratorios farmacéuticos, empeñados en una lucha para acaparar el mercado se valen de cualquier medio mercadotécnico que les permita vender sus productos.

- Investigación clínica. Es obvio que cuando una entidad comercial de cualquier tipo financia un estudio, desea que los resultados le favorezcan, pues de lo contrario ese apoyo, que no es sino una forma más de mercadeo, no tendría sentido. Los laboratorios farmacéuticos no son entidades filantrópicas sino emporios comerciales que buscan en esencia ganancia a sus inversiones. Y una de ellas (Para muchos de ellos a regañadientes), es contribuyendo a investigaciones que les arrojen resultados en los cuales puedan apoyar sus campañas publicitarias. Por ello, estas casas calculan muy bien el monto de su desembolsos y el posible resultado de los trabajos a efectuar. Y el médico involucrado en tales estudios entra en un conflicto de intereses, aún cuando el producto a investigar sea de excelente calidad, porque es lógico que espera resultados que permitan justificar su trabajo y publicar sus resultados.

c- ENTRE EL MÉDICO Y LOS TERCEROS PAGADORES.

Este sistema, diseñado por la Ley 100, a pesar de su declaración de principios (altruista en sus enunciados y demagógica en su práctica), no hizo otra cosa que concentrar recursos del Producto Interno Bruto que se encontraban dispersos, con un objetivo esencial: convertir la salud en un gran negocio cuyas ganancias fueran canalizadas hacia las arcas de las grandes entidades financieras, únicas ganadoras del juego entre oferta y demanda que proponen los nuevos ideólogos del capital en el presente siglo.

Por lo anterior, quien tiene el poder del mercado es aquel que puede acomodar los precios de acuerdo a sus intereses. Esto nos lleva a enfrentar el

hecho del enfrentamiento entre los profesionales, que tratan de recibir un pago alto por sus servicios y las empresas contratantes (EPS e IPS), cuyo interés esencial es obtener el máximo de ganancias.

Si se llega a un buen precio por el poder negociador de los profesionales de la salud, se estimula un máximo uso del servicio, llegando hasta un posible exceso. Por otro lado, se estimula la tecnología de punta.

Se fija unilateralmente por quien tiene el poder del mercado. Si lo tiene el ente contratante, se fijarán honorarios bajos, con el objeto de obtener una mayor ganancia para la empresa. Al recibir remuneración 'al destajo', de acuerdo al número de pacientes atendidos, disminuye la calidad del empleo médico. El profesional pierde las prestaciones sociales, la estabilidad laboral, y la posibilidad de percibir durante una eventual incapacidad.

Trabajar con volúmenes grandes de pacientes, para que su remuneración esté dentro de los límites mínimos para un adecuado y digno sustento, hará que el ejercicio profesional sea menos gratificante y deteriorará la relación médico-paciente. La consulta médica no puede ser realizada contra reloj o bajo la presión burocrática de una mal entendida 'eficiencia'. La desconfianza del paciente será mayor, ante una atención impersonal, aumentando aún más el riesgo de enfrentamientos médico-legales.

Por el contrario, si el poder lo posee el grupo profesional que presta el servicio y puede presionar por un pago alto, la empresa obtendrá menores ganancias. Por otro lado, podría dar lugar al uso de excesiva tecnología o a procedimientos innecesarios, en caso de personas que no ejerzan bajo los más altos dictados de la ética profesional.

CAPÍTULO 24- LA REMUNERACIÓN JUSTA A UN TRABAJO SACRIFICADO

I- INTRODUCCIÓN

Expresa nuestra Ley Estatutaria en Salud lo siguiente:

Artículo 18. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud. Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales.

II- EL MÉDICO COMO TRABAJADOR

El ejercicio médico en una forma tan dramática en los últimos años. La medicina colombiana ya no es lo que fuera hace quince años y se encuentra en franco proceso de deterioro, debido a la explosiva combinación de medicina, política y economía. Varias de las causas de la crisis actual pueden resumirse en la siguiente forma:

1- La política estatal, que ha reducido progresivamente la influencia de los médicos. Su papel dentro de la sociedad ha sido subestimado, subvalorado o ignorado por los mandatarios de turno. Los intereses de los médicos no fueron tenidos en cuenta en la formulación de las leyes que reglamentan el sector, en particular en la Ley 100.

2- La falta de liderazgo profesional, lo que facilitó la colocación en los puestos de responsabilidad y manejo político de personas poco representativas, que si acaso eran médicos no habían tenido un ejercicio profesional exitoso, y eran por lo general deficientes como administradores y con un nulo sentido de colegaje.

3- La ‘desmitificación’ de la medicina a través de los medios de comunicación ha cambiado la concepción de salud y enfermedad. La información recibida por el público no siempre es apropiada, se favorecen las ‘medicinas alternativas’ que tienen características más sensacionalistas y se pueden exagerar los errores médicos, responsabilizando al gremio de los problemas de salud de la sociedad.

4- La influencia de la sociedad de consumo, que inundó la mente del público con los conceptos de ‘productos y servicios’ (consumerismo o consumismo). La salud se considera como un servicio que se puede comprar a través de las instituciones de salud.

5- El tipo de práctica moderna, que llevó a la pérdida de la relación médico-paciente, debido entre otras a la ultraespecialización de la medicina y a la lucha entre el ejercicio de tipo hipocrático y el mandato burocrático.

6- La aparición de las empresas de medicina prepagada, que canalizaron los recursos de las clases media y alta, y cuyo efecto neto no fue tanto ampliar la cobertura en salud, sino bajar el costo de la atención médica para las clases pudientes, apropiándose en esa forma de la ganancia que antes iba a los profesionales médicos universitarios.

7- El intento de instalar en el país los seguros de responsabilidad civil o ‘malpractice’, que se pueden constituir en una permanente invitación a demandar, con la correspondiente actitud de los abogados, asesorados por miembros de la misma profesión médica, que han visto un lucrativo campo de acción. Esto ha originado una forma de ejercicio antes no conocido en nuestro país: la medicina defensiva.

8- El auge de la denominadas ‘medicinas alternativas’, que han servido para favorecer a muchos charlatanes amparados en la legalidad de su ejercicio.

Hace veinte años los economistas pensaban que los médicos serían capaces de producir un mercado cautivo por sus propios servicios. Se decía que el número de consultas y procedimientos aumentaba en forma directamente proporcional al aumento en el número de médicos, particularmente especialistas, siempre y cuando se mantuvieran constantes el ingreso de las personas, el precio de las consultas, el costo de los seguros y el número de camas hospitalarias.

Esta hipótesis, válida en años anteriores en nuestro país, perdió su base de sustentación, no solamente por el aumento no previsto en el número de médicos que hoy en día producen las facultades de medicina, sino por la progresiva usurpación de funciones que antes ejercían los profesionales de la salud y que poco a poco se ha ido relegando en manos de otras disciplinas.

Es interesante observar cómo los médicos en la historia reciente del país fueron perdiendo participación política (el último médico presidente fue el general boyacense Santos Acosta, quien se tomó el poder en 1867). Luego se fue perdiendo terreno en la economía, la administración, la filosofía y luego incluso en el manejo mismo de los destinos de su profesión.

Lo anterior, unido a todos los cambios económicos y sociales colocaron a la profesión médica, de una manera irreversible, en un mercado con su propio sistema de precios y tarifas. En el mercado, que no constituye en realidad un sitio geográfico específico sino una institución social que opera a todos los niveles, se asignan los recursos, se brinda información permanente sobre el valor de las cosas y se fijan los precios de todos y cada uno de los bienes y servicios, incluyendo el trabajo de los médicos, que nos hemos convertido en un grupo más de ese mercado social. Los colombianos ya han empezado a exigir una combinación apropiada de calidad y precio.

III- LA INCLUSIÓN MÉDICA EN LAS LEYES DE OFERTA Y DEMANDA

A ninguno de estos hechos somos ajenos los médicos. En primer lugar, somos parte de la economía como oferentes de 'salud', entrando al mercado de productores de dicho servicio, con aplicación muy clara de las leyes de oferta y demanda. Adicionalmente, nuestro 'producto' se ha masificado en los últimos años. Por último, hemos perdido el control del manejo de la ahora constituida 'industria de la salud', que se encuentra en manos de funcionarios que obedecen a una ética utilitarista, completamente opuesta a la que rige el ejercicio de la medicina.

Debido a la decisión gubernamental de mejorar la atención a mayores grupos de población, se 'socializó' la medicina a expensas de los médicos que, deseosos de prestar una mejor atención a sus enfermos, abandonaron la administración y la dejaron en manos de profanos educados en actitudes y principios burocráticos (cuando no únicamente políticos), dividiendo no solamente la unidad médica sino la íntima relación que se tenía con profesiones afines como la enfermería, que ha pasado a ser en muchos casos una profesión con una gran carga administrativa.

IV- SALARIOS Y HONORARIOS

Las EPS y las IPS pueden contratar personal para atender a sus afiliados. Cuáles son las formas de contratación existentes ? Mencionemos las principales.

1-Pago por servicios prestados con concertación de precio.

Se establece una negociación del precio entre la administradora del servicio y los trabajadores de la salud. Su principal campo de uso se ubica en la consulta especializadas, hospitalizaciones y servicios técnicos de diagnóstico.

Como nos encontramos en un sistema de mercado y competencia, loe fenómenos de demanda y oferta son dos determinantes del precio relativo del servicio. Recordemos que la ley de la demanda establece que a mayores precios de un bien o servicio habrá menores cantidades demandadas, dependiendo en parte de los niveles de ingresos, gustos, precios de bienes sustitutos y complementarios, cambio de expectativas en los precios y nivel de población.

Por lo anterior, quien tiene el poder del mercado es aquel que puede acomodar los precios de acuerdo a sus intereses. Esto nos lleva a enfrentar el hecho del enfrentamiento entre los profesionales, que tratan de recibir un pago alto por sus servicios y las empresas contratantes (EPS e IPS), cuyo interés esencial es obtener el máximo de ganancias.

Si se llega a un buen precio por el poder negociador de los profesionales de la salud, se estimula un máximo uso del servicio, llegando hasta un posible exceso. Por otro lado, se estimula la tecnología de punta.

2-Pago por servicio prestado sin concertación de precio.

Se fija unilateralmente por quien tiene el poder del mercado. Si lo tiene el ente contratante, se fijarán honorarios bajos, con el objeto de obtener una mayor ganancia para la empresa. Al recibir remuneración ‘al destajo’, de acuerdo al número de pacientes atendidos, disminuye la calidad del empleo médico. El profesional pierde las prestaciones sociales, la estabilidad laboral, y la posibilidad de percibir durante una eventual incapacidad.

Trabajar con volúmenes grandes de pacientes, para que su remuneración esté dentro de los límites mínimos para un adecuado y digno sustento, hará que el ejercicio profesional sea menos gratificante y deteriorará la relación médico-paciente. La consulta médica no puede ser realizada contra reloj o bajo la presión burocrática de una mal entendida 'eficiencia'. La desconfianza del paciente será mayor, ante una atención impersonal, aumentando aún más el riesgo de enfrentamientos médico-legales.

Por el contrario, si el poder lo posee el grupo profesional que presta el servicio y puede presionar por un pago alto, la empresa obtendrá menores ganancias. Por otro lado, podría dar lugar al uso de excesiva tecnología o a procedimientos innecesarios, en caso de personas que no ejerzan bajo los más altos dictados de la ética profesional.

3-Pago por capitación.

Pago de una suma fija por cada persona o familia inscrita en una lista. Servicios de primer nivel de atención. El riesgo lo asume el médico y por lo tanto fomenta la prevención. Es la menos rentable en servicios especializados, pero es la que mayor aplicación tendrá en la consulta de primer nivel, particularmente en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Este plan permite la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las enfermedades incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica.

4-Pago por salario.

En entidades de salud. No estimula un aumento en el volumen de servicios y es costoso para las empresas en términos de prestaciones sociales.

5-Pago por caso.
Pago por el valor total de un tratamiento estimado. Privilegiado en enfermedades estandard en donde es fácil determinar el promedio y el costo de eventualidades usuales. Se corre el riesgo de una alteración en la proyección de costos, por complicaciones.

Aquí se pueden correr dos peligros: Para la IPS, una complicación no

presupuestada puede ser desastrosa para su economía, debido a los costos que se generan y no pagan en el "paquete" del diagnóstico. Para la EPS, un "desvío" hacia diagnósticos similares al del paciente, pero que representan un mejor pago, puede también resultar muy oneroso y requiere, por lo tanto, un mayor esfuerzo administrativo.

V- EL ATROPELLO AL SALARIO MÉDICO

La Ley 23 de 1981 dice: "El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiara a él y a quien lo reciba. Nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente".

La mayor parte de las economías familiares, particularmente las de los médicos dependen del salario. En cualquier empresa, el costo fijo más importante suele ser el de los salarios. Si, de acuerdo a convenciones de trabajo, el salario se eleva proporcionalmente con la inflación, la empresa no podrá beneficiarse a largo plazo del incremento de la demanda agregada de sus productos, pues los precios aumentan proporcionalmente con los costos.
Es un principio de administración que, en la contratación de gerentes, ejecutivos o funcionarios altos de una empresa, una vez aprobadas las pruebas de selección, el ofrecimiento salarial se hace de acuerdo con lo que en ese momento se esté ofreciendo o pagando en compañías similares, con el objeto de tener competitividad y atraer personas de alto nivel profesional e intelectual. Así mismo, se tiene en cuenta la estructura de sueldos de la institución.

El mercado de trabajo determina el nivel salarial de las personas en los diferentes campos de actividad. El mercado de trabajo perfectamente competitivo se basa en un número grande de trabajadores y suficiente número de empresarios, para que ninguno tenga la posibilidad de influir en forma independiente en los niveles salariales aceptados en el mercado. El producto marginal del trabajo depende de la calidad intelectual de los trabajadores, del tipo de factores de producción y del nivel técnico y la gestión empresarial.

¿Por qué existen diferencias salariales entre los diferentes grupos económicos? Un aspecto es la denominada 'diferencia compensatoria', por la cual se eleva el salario a las actividades menos apetecidas, con el fin de

atraer más gente a que las desarrolle. Tal es el caso, por ejemplo, de la diferencia entre el salario del mensajero y el celador del mismo edificio: ambos tienen un grado de instrucción similar, pero uno tiene que arriesgar su integridad física, mientras el otro desempeña tareas rutinarias y en general seguras.

Los médicos deben tener, para empezar, una diferencia compensatoria, entre otras razones por la gran inversión que representa estudiar medicina, medida en tiempo, en costo y en la ausencia de salario en los años de formación. El segundo aspecto es la diferencia en la calidad de trabajo. Si bien todos tenemos los mismos derechos ante la ley, quienes han invertido más años, más dedicación, más sacrificio y más dinero en su formación, trabajando en ocasiones excesivamente, sometiéndose a riesgos específicos en la formación misma, terminan desempeñando labores muy especializadas que deben ser remuneradas en forma diferente. El tercer aspecto es la singularidad del trabajo. El prestigio, la posición intelectual y académica, la superespecialización en áreas concretas, hacen que su oficio sea altamente calificado y efectuado por muy pocos colegas similares.

Por último, el hecho de decidirse por carreras que no permitan la competitividad en cuanto a cambiar de actividad y, por ende, obliguen al individuo a permanecer en su campo en forma forzosa, hacen que se pueda exigir una mejor remuneración. Así por ejemplo, los economistas, administradores y abogados, pueden desempeñar tareas empresariales que pueden resultar similares en muchos aspectos. En cambio, el neurocirujano ya establecido no puede entrar en el mercado gerencial, pues tendría que volver a la universidad a aprender lo necesario.

En este momento se considera un salario aceptable para un gerente de una empresa pequeña o mediana el equivalente a unos cinco o seis mil dólares. En las empresas grandes el valor se eleva a diez o doce mil, por no mencionar lo que reciben los grandes ejecutivos y presidentes de multinacionales, cuyos sueldos sobrepasan cifras que harían resentir a todos los trabajadores que en este momento apenas sí ganan el salario mínimo.

Los médicos estamos lejos de estas cifras. El sueldo promedio de los médicos de instituciones de salud muy difícilmente llega a los mil dólares y la forma de ganarlo es muy complicada. Y el público en general, con el apoyo de algunos medios, continúa con la convicción de que los médicos nos enriquecemos a costa de los sistemas de salud.

No se puede vender al publico, en aras de las ganancias, una imagen distorsionada de un grupo profesional que, en su mayoría, ha venido trabajando para el país desde hace muchos años con dedicación y altruismo. Y muchísimo menos puede tolerarse que, aprovechando la crisis que vive la medicina colombiana, se continúe rebajando el producto del trabajo profesional, para mostrar a las empresas comerciales como las depositarias de la defensa del publico, cuando son precisamente esas entidades las que perciben los ingresos y ganancias de la 'venta de servicios de salud', que se ha convertido en una industria de enorme rentabilidad.

VI-LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL EN LA MEDICINA COLOMBIANA

Luego de haber transitado por los principios, aplicaciones, consecuencias y desastres que ha traído la Ley 100 de 1993 y, comparando la situación de los médicos colombianos con la que afrontan colegas de otros sitios del continente y del mundo entero, queda una pregunta lógica por responder: Qué pasó con la medicina que nos enseñaron y la que nos ha tocado en suerte ejercer?

La respuesta, que debe analizarse dentro de contextos económicos, políticos, históricos y sociales, es también de una lógica contundente: La profesión médica no podía sustraerse a los fenómenos de cambio que afectan al mundo en su totalidad.

Efectivamente, tras la caída de los países socialistas, el mundo quedó en manos de los ideólogos del capital que, en su arrogancia de aparente victoria, han declarado al mundo que "fuera del libre mercado no hay salvación".

Los médicos, acostumbrados a ejercer de manera individual, bajo una serie de norma éticas definidas desde el comienzo de nuestra formación, practicábamos la medicina al amparo de las normas y reglas de la "cofradía médica" y dentro de ciertos parámetros de conducta que hacían del acto médico un ente inviolable, secreto y basado en confianza mutua con el paciente. Y así lo hicimos durante siglos.

La remuneración no era cosa que angustiara a los médicos de las anteriores generaciones pues ni el ingreso faltaba, ni el status del profesional se deterioraba. Por el contrario, la posición social de quien ejercía medicina era, por lo menos, respetable.

Bajo esas circunstancias casi feudales podía, como mencionaba nuestro querido y ausente Francisco Herrera Jaramillo (q.e.p.d.), preferirse la grandeza a la riqueza

VII- LAS ESTADÍSTICAS ECONÓMICAS

La avalancha ideológica del neoliberalismo económico contaminó todas las esferas del pensamiento, la filosofía, la administración, la educación y la vida misma de los países de todo el mundo. Todo lo que se tenía por sagrado y digno tuvo que ceder espacio a los emergentes intelectuales que preconizaban la entronización de la libre empresa bajo el amparo de la "libertad" de hacer cosas en una sociedad de libre empresa. Eso sí, colocando el Estado y sus recursos al servicio de quienes producían las utilidades.

De esta manera, manipulando las estadísticas económicas (que pueden probar cualquier mentira con sus complicadas cifras), los dueños de los grandes capitales nacionales contabilizaron sus ingresos en una gran suma que denominaron "Ingreso per cápita" y cuyas bases son muy sencillas: Si yo, como dueño de esta empresa obtengo utilidades mensuales de mil millones de pesos, basado en el trabajo de mis cien empleados a los cuales les pago un sueldo de cien mil pesos por cabeza al mes, esto quiere decir que el "promedio" de nuestro ingreso es de aproximadamente diez millones de pesos. Dicho en otra forma, si yo me gano cien pesos y tú no te ganas nada, entre los dos tenemos un ingreso promedio de cincuenta pesos.

Lo anterior, insultantemente sencillo si se quiere, no difiere en nada de lo que se presenta ante el mundo como estadísticas nacionales con su lenguaje críptico, pseudomatemático y, además de todo proveniente de informaciones defectuosas.

Miremos un poco lo que se refiere al Producto Interno Bruto (PIB), tan ampliamente mencionado por los economistas cuando quieren probar sus teorías y predicciones, generalmente sin éxito (como bien dicen ellos mismos, los científicos financieros emplean seis meses tratando de demostrar la exactitud de un modelo económico y los siguientes seis meses encontrando las explicaciones de por qué no funcionó de acuerdo con lo previsto)
El PIB es el valor de bienes y servicios finales producidos en una economía por sus residentes en un período de tiempo. Existen varias formas de calcularlo. Una de ellas se denomina el "método de las erogaciones":
PIB = C + G + I + X - M

En donde C es consumo (gasto en bienes y servicios de los particulares (de los que pueden pagar); G representa los gastos del gobierno, es decir, las compras de bienes y servicios del Estado (sin incluir lo que se toma la corrupción); I es inversión, es decir, el incremento y mantenimiento de infraestructura de producción; X se refiere a las exportaciones y M a las importaciones.

En resumen, para los macroeconomistas, lo que importa es el segmento de población productiva, en capacidad de comprar y vender.

Pero aún más interesante es el método denominado del Ingreso-Costo, en donde el PIB se define como la cantidad de ingresos que reciben los factores productivos por su contribución en el proceso. Así:
PIB = i + R + W + B + Iins + D

En donde i es el interés producido por el capital; R la renta producida por la tierra; W el salario producido por el trabajo; B el beneficio para el empresario; Iins los impuestos indirectos netos de sustitución, que son aquellos que pagan quienes no son directamente gravados; y D la depreciación o inversión de Reposición

De todo esto, lo esencialmente cierto es que la obtención de ganancias se basa siempre en el trabajo humano y que quienes cuentan para el análisis económico son aquellas personas con capacidad productiva.

VIII- LAS MERCANCIAS SALUD Y TRABAJO MÉDICO EN EL SISTEMA

El artículo se vuelve mercancía cuando de produce para el cambio y no para el consumo. Cuando se produce para consumir directamente se denomina valor de uso

El juego de la oferta y la demanda, en la economía de libre empresa se presenta en los mercados. A través de ellos se determina que necesita una economía y qué está dispuesta a ofrecer para satisfacer las necesidades.

DEMANDA es la cantidad de bienes y servicios que los consumidores están dispuestos a adquirir a un determinado precio en un determinado periodo de tiempo. Cuando disminuyen los precios se atraen nuevos compradores. Cuando suben, la cantidad demandada disminuye por dos

razones: El Efecto Sustitución (por el cual se sustituye un bien costoso por otro similar y el Efecto Renta, por el cual se pierde poder adquisitivo.

OFERTA es la cantidad de bienes y servicios que los oferentes o productores están dispuestos a colocar en el mercado durante un periodo determinado de tiempo, a un determinado precio. Es decir, a mayor oferta, menor precio, y viceversa.

Aplicando estos principios a la medicina actual, el producto salud se volvió mercancía cuando se corporatizó, es decir, cuando las grandes entidades lo tomaron para ofrecerlo como un producto más de la sociedad de consumo. Allí entraron a jugar como mercaderías la venta de salud y el ofrecimiento de trabajo profesional. En este momento, el médico se transformó de profesional en obrero, con todas sus consecuencias conocidas.

IX- LA "LIBERTAD" DE PARTICIPAR O NO EN EL SISTEMA

Uno de los elementos esenciales de la revolución industrial de la salud es la "libertad" de vender o no el trabajo, es decir, de ingresar o no en el sistema. Es, como ocurre en algunas instituciones de salud, el chantaje de la frase: "si no le gusta, la puerta está abierta en cualquier momento".

Por libertad entendemos la capacidad de autodeterminación. Determinarse es definirse con conocimiento de causa, es desear que una razón específica se convierta en la razón de actuar en un momento dado. El acto libre se acompaña del brillo de la inteligencia, el control de la conciencia y el dominio de la voluntad.

Existen, sin embargo, varias condicionantes de esta "libertad", siendo la más importante la superestructura económica, que arrebató de los médicos cualquier capacidad de negociación al anularles el poder de influencia sobre la acción del mercado. De nuevo, expresándolo en términos más sencillos: En la economía de libre mercado, la persona que puede pagar es libre de comer pollo o langostinos en donde a bien tenga. Igualmente lo es quien no puede pagar, pues puede escoger el sitio de la ciudad que más le agrade para comer la cantidad de tierra o los pedazos de prado que desee. En este aspecto, la misma doctrina de la Iglesia Católica plantea que las personas deben unir sus esfuerzos para cambiar las estructuras del mundo para que no sean acordes con las normas de justicia y favorezcan en vez de impedir la práctica de las virtudes (Encíclica Lumen Gentium). Con esto

en mente, no existe verdadera libertad si no se ejerce en la vía del bien y la justicia. El Catecismo de la Iglesia Católica dice en su Artículo 1740: "...El ejercicio de la libertad NO implica el derecho a decir y hacer cualquier cosa...las condiciones de orden económico y social, político y cultural requeridas para un justo ejercicio de la libertad son, con demasiada frecuencia, desconocidas y violadas..."

X-POR QUÉ LLAMARLA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL?

Lo que está sucediendo con la medicina colombiana es una repetición histórica de lo acontecido en el Siglo XIX con el advenimiento de las máquinas y la definitiva instauración del capitalismo en Inglaterra. Sus principios son prácticamente idénticos en ambas circunstancias históricas. Veamos algunos:

1-Los medios de producción son de la corporación

Debido a la tecnología que cada día aumenta, el acto médico debe complementarse con el uso de aparatos y técnicas costosas que ahora pertenecen a los dueños del capital, llámense hospitales públicos, clínicas privadas, corporaciones industriales de salud, EPS, IPS, etc.

Adicionalmente, los pacientes ahora pertenecen a estas entidades. En consecuencia, se comportan como un oligopolio y que los profesionales pierdan capacidad de decisión.

2-El precio del trabajo lo determina la corporación.

Al tener el control sobre la tecnología y los pacientes, pueden fijar el precio de la mercancía "trabajo médico", de acuerdo con su criterio de obtener ganancias por encima de cualquier otra consideración.

3-La cantidad de trabajo, necesariamente, debe ser superior al precio que le ofrecen al trabajador

Quién produce entonces las ganancias para la corporación? La respuesta es obvia: Los trabajadores de la salud, ahora convertidos en obreros y cuya fuerza de trabajo venden a los dueños del capital por un precio inferior al que realmente vale. Por lo tanto, el valor agregado del "producto" salud se muy superior al salario u honorario que se cancela al médico.

Consecuentemente, el exceso de trabajo es ganancia para la corporación

4-La riqueza se concentra en manos cada vez más escasas

Los monetaristas (escuela económica dominante en el mundo capitalista actual), exigen una contracción en la cantidad de dinero disponible, con el objeto de disminuir la oferta monetaria, disminuir los salarios y, en esta forma, aumentar las ganancias de los dueños del capital.

Se convierten entonces en los modernos liberales (o neoliberales), que plantean el positivo de la desigualdad, pues de acuerdo a sus misma teorías, al fomentar dicha desigualdad se contrarresta la centralización del poder político y se incentiva la originalidad y producción individual.

El retorno a los principios económicos clásicos tiene profundas consecuencias sociales. En primer lugar, la contracción de dinero para disminuir la oferta circulante golpea en su propia estructura el ingreso de los trabajadores y debilita su poder de asociación. En cambio, beneficia en forma abierta a los dueños del capital nacional e internacional. A los primeros por el aumento en sus niveles de riqueza, obtenidos a partir del trabajo de sus asalariados. Al capital internacional por la doble atracción de mano de obra barata y aumento en las tasas de interés..

Se fomentan entonces tres fenómenos simultáneos: El individualismo egocéntrico de los ganadores, el darwinismo social y la aparición de un liberalismo político no democrático.

A nivel médico esto es obvio. Los médicos que logran ingresar a las corporaciones (siempre como empleados), olvidan su posición inicial de profesionales de salud y se identifican con las instituciones que los contratan (Así como las domésticas se llenan con el lujo de las casas en las cuales, como si realmente les pertenecieran). De otro lado, la ley del más fuerte, del más intrigante, el más artero, es aplicable a la profesión en varios aspectos.

5-Las corporaciones pequeñas van siendo absorbidas por las grandes
La creación de monopolios es incontenible. Las fusiones de grandes entidades viene siendo la orden del día desde hace muchos años. La unión de los pulpos económicos contribuye al manejo absolutista del mercado y, en especial, la manipulación de los salarios.

6-La tecnología desplaza mano de obra, creando una reserva que aumenta la oferta y, por lo tanto, disminuye el precio

8-La cantidad de trabajadores arruinados es cada vez mayor

9-Las crisis son periódicas y cada vez más graves

Las consecuencias son claras: Aumento del desempleo, incremento en los índices de criminalidad, represión estatal y desmedido aumento de los desórdenes sociales.

10-La producción se socializa y la ganancia se privatiza

11-El Estado se coloca del lado de los productores

XI- EL CONCEPTO DE ESTADO NEOLIBERAL

Ante el auge de la filosofía neoliberal como orientadora de las políticas estatales en el campo económico, debemos llamar la atención sobre las funestas consecuencias sociales que ella ha producido sobre amplios grupos de población, entre otras cosas debido al planteamiento de una "reducción" en el tamaño del Estado, bajo el socorrido argumento de la "eficiencia" y con la inevitable mención del fenómeno globalizante que, según los neoliberales, deja por fuera de la economía mundial a quienes se opongan a las todopoderosas manos del mercado.

Porque el neoliberalismo no es otra cosa que el capital internacional organizado que intenta subyugar los destinos de los países pobres al aumentar su dependencia a través de los fenómenos de globalización y apertura económica; y si se plantea una reducción en el intervencionismo de Estado, no se hace para aumentar la tan cacareada eficiencia en favor de los grupos necesitados de la población, sino en beneficio de la pequeña comunidad de quienes se apoderan del capital para su propio beneficio.

La primera pregunta es, entonces: Es la reducción del tamaño del Estado y la entrega de sus responsabilidades al sector privado un criterio aceptable desde el punto de vista social ?

XII- CUALES SON LAS FUNCIONES DEL ESTADO ?

Desde la Constitución de 1886 se planteó el bien común y la protección de los débiles por parte del Estado.

La Constitución de 1991 es clara al definir nuestro país como un ESTADO SOCIAL DE DERECHO y no simplemente como Estado de Derecho, pues la actual se fundamenta en la dignidad humana. Se persiguió con la nueva Constitución que la persona humana estuviera más en contacto con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, lo social persigue un mínimo de convivencia ciudadana.

De otro lado, Colombia es un Estado descentralizado. La descentralización se basa en la imposibilidad de presencia permanente de la parte central en todos los ámbitos del territorio nacional. Por lo tanto, descentraliza parte de sus funciones y servicios. Sin embargo, esta descentralización NO puede ser a todo nivel. Por ejemplo, existe una sola Corte Constitucional, una sola Corte Suprema de Justicia, etc.

Existen, además, conceptos tan importantes como el de solidaridad, es decir el concurso de toda la sociedad en el propósito de buscar bienestar colectivo, favoreciendo a los débiles. Es una deuda social basada en un ideal que construimos todos y que consiste en apoyar a los más necesitados. Es colaboración ciudadana y humana

El Artículo segundo de la Constitución expresa que son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo Las autoridades de la República están constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

A lo anterior se suma el concepto de las funciones económicas del sector público, que incluyen la procura de la eficiencia económica, la redistribución de la renta, la estabilización de la economía y el establecimiento de sus políticas específicas

XIII- LA REALIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO

En el análisis económico quienes cuentan son aquellos que tienen alguna capacidad de compra. Quienes no la tienen se denominan "necesitados". Por lo tanto, una de las funciones más importantes del gobierno es buscarle soluciones al problema de los necesitados, entre otros a través de transferencias e inversión pública.

Mediante la inversión pública se intenta generar oportunidades de trabajo. Esto partió de Keynes, quien planteó que se integrara gente al proceso económico para ampliar la demanda y en esta forma motivar a quienes eran oferentes a mejorar sus planteamientos. Es decir, creando empleo (por ejemplo), se generaba un aumento en los ingresos de las personas previamente necesitadas, lo cual aumentaba la demanda y en esta forma el crecimiento.

Los autores clásicos se opusieron a esta teoría y plantearon que lo que debía hacer el gobierno es crear incentivos no de gasto, sino de rebaja de impuestos a particulares para que pudieran gastar más (incentiva mayor producción) o ahorrar más (incentiva mayor inversión).

El gobierno, dependiendo del modelo económico que se trabaje, puede estar involucrado con la sociedad a través de procesos de acción o procesos políticos, que incluye en su plan de desarrollo. Esos procesos políticos incluyen la Política fiscal, relacionada con la subsistencia del mismo gobierno. Es el patrón de decisiones que se relaciona con ingresos y egresos del gobierno.Es la forma como el gobierno contrata con la sociedad, sea por imposición o por consenso, el proceso de recepción de ingresos y ejecución de gastos.

Además, la política monetaria, pues el gobierno posee el monopolio de la producción de medios de cambio y la capacidad de regular las normas para el funcionamiento de los mercados, constituyendo una forma de manipular las ofertas monetarias con el objeto de influir en las tasas de interés, para obtener determinados niveles de inversión y demanda agregada.

Todo esto para qué ? No precisamente para complacer las aspiraciones de unos pocos privilegiados, sino para responder por la mayoría de los ciudadanos colombianos. Con esto queremos decir, muy claramente, que la función del Estado es esencialmente social y no particular. El Estado

pertenece a todos los ciudadanos y no solamente a los grupos de presión que detentan el poder económico.

Pero, como bien señala el profesor Eduardo Sarmiento: "...el artículo 333 introduce en forma explícita los derechos a la competencia y la libertad económica, y a renglón seguido, establece que la ley delimitará ambos derechos, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural...Dentro de este contexto, la competencia, y en general el mercado, aparecen como instrumentos económicos que deben permitirse e incluso propiciarse, cuando conducen al bien común y limitarse en el caso contrario..."

Y es claro que se está tratando de implantar un Estado neoliberal, en donde las propiedades estatales son compradas por debajo de su verdadero precio y sus funciones tradicionales usurpadas por la empresa privada y el capital internacional.

XIV- CONCLUSIONES

Muy a pesar nuestro, los fenómenos económicos que se han implantado en el país han dejado a la medicina, al sistema de salud y a los médicos en un estado de postración tal, que será muy difícil reconstruir lo que algún día tuvimos y de lo cual nos enorgullecíamos ante el Continente.

Sin embargo, y a pesar de estas dificultades, la consigna será clara en varios sentidos:

1-Continuar ejerciendo lo mejor que se pueda, pues el mayor perjudicado por estos adefesios de cambio impuesto son los paciente colombianos.
2-Retomar el liderazgo POLITICO en la comunidad para participar del real manejo de lo poco que quede en pie luego del despojo al que hemos sido sometidos.
3-Seguir en proceso de perfección profesional para que la medicina no quede en peores manos cada vez.

CAPÍTULO 25- UNA NUEVA POLÍTICA FARMACÉUTICA NACIONAL

I- INTRODUCCIÓN

Respecto de la Política Farmacéutica dice la Ley 1751 de 2015:

Artículo 23. Política Farmacéutica Nacional. El Gobierno Nacional establecerá una Política Farmacéutica Nacional, programática e integral en la que se identifiquen las estrategias, prioridades, mecanismos de financiación, adquisición, almacenamiento, producción, compra y distribución de los insumos, tecnologías y medicamentos, así como los mecanismos de regulación de precios de medicamentos. Esta política estará basada en criterios de necesidad, calidad, costo efectividad, suficiencia y oportunidad.

Con el objetivo de mantener la transparencia en la oferta de medicamentos necesarios para proteger el derecho fundamental a la salud, una vez por semestre la entidad responsable de la expedición del registro sanitario emitirá un informe de carácter público sobre los registros otorgados a nuevos medicamentos incluyendo la respectiva información terapéutica. Así mismo, remitirá un listado de los registros negados y un breve resumen de las razones que justificaron dicha determinación.

Parágrafo. El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social, estará a cargo de regular los precios de los medicamentos a nivel nacional para los principios activos. Dichos precios se determinarán con base en comparaciones internacionales. En todo caso no podrán superar el precio internacional de referencia de acuerdo con la metodología que defina el Gobierno Nacional.

Se regularán los precios de los medicamentos hasta la salida del proveedor mayorista. El Gobierno Nacional deberá regular el margen de distribución y comercialización cuando éste no refleje condiciones competitivas.

II- LA POSICIÓN DE LA FEDERACIÓN MÉDICA COLOMBIANA

A este respecto dejemos que hable la Federación Médica Colombiana y su Colegio Médico de Bogotá y Cundinamarca, a través del observatorio del medicamento, dirigido y orientado por el Profesor Oscar Andia:

"…¿Por qué Colombia paga los medicamentos más caros de América Latina?
….
En medio de un continente con varios gobiernos intervencionistas en materias económicas, el colombiano se ha caracterizado por seguir creyendo en el libre mercado.

Por eso podría sorprender a algunos el anuncio en días pasados por el gobierno del presidente Juan Manuel Santos de imponer controles de precios a centenares de medicamentos, al tiempo que una nueva ley de salud, promulgada la semana pasada, fortalece la capacidad de las autoridades para intervenir en dichos precios, definiéndola por primera vez como una política de Estado.

Pero para muchos otros colombianos parece ser la confirmación de que termina de cerrarse un experimento que desde la década pasada se empeñó en dejar el precio de los medicamentos enteramente al libre juego del mercado.

Lo que resultó en que Colombia se convirtiera en el país del vecindario con precios más altos para los medicamentos.
…..
En 2011, el entonces vicepresidente Angelino Garzón admitió que "Colombia es el país de la región que tiene los precios de medicamentos más altos, lo que queremos es que la industria química farmacéutica entienda que los precios de los medicamentos deberíamos nivelarlos por lo bajo, no es justo que en algunos países limítrofes con Colombia o en España, los medicamentos sean mucho más baratos".

En 2012 el gobierno estableció nuevos lineamientos y en concertación con la industria han venido discutiendo nuevas reglas para evitar los abusos que se presentaron en la década anterior.

Siempre hemos dicho que la política de precios debe tener dos pilares fundamentales: precios justos para los medicamentos pero también que existan

incentivos para que la industria pueda colocar cada vez mayor volumen de productos en el mercado Rodrigo Arcila, ANDI.

Arcila de la ANDI es cauto a la hora de evaluar la imposición de nuevos controles de precios.

“Siempre hemos dicho que la política de precios debe tener dos pilares fundamentales: precios justos para los medicamentos pero también que existan incentivos para que la industria pueda colocar cada vez mayor volumen de productos en el mercado”, sostiene.

“De esa manera se tiene un equilibrio entre los controles y el beneficio de los consumidores pero también los incentivos a mayor inversión por parte de la industria. Si ese equilibrio se rompe, lo que puede conducir es al desabastecimiento en muchos medicamentos”, advierte Arcila.

….

Concluye el Doctor Andia:

Ya era hora de frenar la voracidad de las multinacionales farmacéuticas por medio del poder legislativo.

La industria farmacéutica debe ser controlada para evitar que siga devorando las entrañas del sistema de salud colombiano.

CAPÍTULO 26- LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD A TODO EL PAÍS

I- INTRODUCCIÓN

Afirma el artículo 24 de la Ley Estatutaria:

Artículo 24. Deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas. El Estado deberá garantizar la disponibilidad de los servidos de salud para toda la población en el territorio nacional, en especial, en las zonas marginadas o de baja densidad poblacional. La extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. En zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad.

Obviamente, esto hace referencia al Bien común, dependiendo del tipo de Estado vigente en un momento y lugar

II- QUE ES EL BIEN COMÚN

El bien común es un grupo de características que propenden por el desarrollo de las personas de una sociedad, en sus aspectos físico, intelectual, cultural y espiritual, facilitando paz, bienestar y felicidad a todos los miembros de la comunidad, sin distingos de raza, sexo, edad, credo, clase social, religión, ideas políticas, oficio ni cualquiera otro que tienda a romper la igualdad de las personas frente al Estado, la Ley y la Justicia.

Esto brinda a las personas seguridad, estabilidad, tolerancia, respeto a la individualidad, fortalecimiento de los valores, integración social, fomento a la creatividad, humanización de la vida cotidiana y mantenimiento del orden social.

Es responsabilidad del Estado y de cada uno de los miembros de la comunidad construir el bien común de manera constante y permanente. Y debe hacerse de manera efectiva, no solamente teórica o apenas de buena fe, sino propendiendo por hacerlo real y efectivo. Y esta efectividad se basa en la protección de la dignidad humana, de los derechos fundamentales de las personas, de la democracia participativa, de la protección del individuo frente al aparato estatal, del ejercicio de cada acto con principios de justicia y equidad, del respeto a la jerarquía de valores

El Estado social de derecho moderno se ha diseñado para proteger a la colectividad respetando la individualidad. Las entidades privadas también tienen esta obligación y los servicios públicos se han diseñado para favorecer a los más desprotegidos.

El Papa Pío XI lo definía en la Encíclica Divinus Illius Magistri así: El bien común temporal es el fin específico del Estado. El bien común de orden temporal consiste en una paz y seguridad de las cuales las familias y cada uno de los individuos pueden disfrutar en el ejercicio de sus derechos, y al mismo tiempo en la mayor abundancia de bienes espirituales y materiales que sea posible en es ta vida mortal mediante la concorde colaboración los activa de todos los ciudadanos.

III- CONCEPTOS HISTÓRICOS SOBRE EL BIEN COMÚN

Los juristas romanos diferenciaron entre cosas extrapatrimoniales (que pertenecían a toda la humanidad, como el aire y el agua) y las cosas publicas (que pertenecían al pueblo de Roma)

Santo Tomas de Aquino considera que el objetivo de las leyes y los gobiernos es el Bien Común. Santo Tomás define la sociedad civil como la "comunitas perfectísima inter omnes societates humanas". Y su máxima meta es lograr la felicidad de todas las personas. Por lo anterior, el gobernante debe buscar el bienestar popular, conservando la unidad del Estado y haciendo imperar la Justicia en todos los actos, con el ánimo de obtener la paz ciudadana. Para ello deberá permitir la participación de las personas en el ejercicio de la autoridad.

Guillermo de Ockam en el siglo XIV afirma que el Bien Común es un fin racional al que tiende todo ser humano, porque solo a través de él encuentra la felicidad en su contexto social.

Maquiavelo plantea que el objetivo del Estado es el Bien Común, pero representado en el Príncipe. Nicolás Maquiavelo habla del bien común en la siguiente forma: "ante todo es necesario la obra de un hombre sagaz y genial, privado de escrúpulos excesivos y dispuesto, a imponer, como sea, el imperio del bien general".

Manuel Kant expresa que el Estado ideal es aquel en el cual obrar bien no es una alternativa sino un deber ciudadano de todos para proporcionar el Bien Común.

Voltaire y los enciclopedistas se refieren al respeto a la voluntad general como la esencia del Bien Común.

Hegel dice que el Estado alcanza su plenitud cuando promueve el bien individual y el Bien Común.

Jacques Maritain sostiene que es función del Estado la redistribución de la riqueza para el beneficio de la mayor cantidad de personas.

IV- PRINCIPIOS DEL BIEN COMÚN

Algunos principios del Bien Común son:

1- Complementariedad entre el bien particular y el bien común.
2- Las personas son iguales frente a los fines del bien común.
3- El bien común tiene prioridad frente al bien particular singular.
4- Debe comenzar beneficiándose a los menos favorecidos
5- El bien común va de la mano con los derechos fundamentales de las personas.

Los valores y derechos que integran el Bien Común comprenden.

- DERECHO A LA VIDA
- DERECHO A LA IGUALDAD
- DERECHO A LA LIBERTAD
- DERECHO A LA SEGURIDAD
- DERECHO DE LA FAMILIA
- DERECHO A LA EDUCACIÓN
- DERECHO A LA CULTURA
- DERECHO AL TRABAJO

- DERECHO A LA SALUD
- DERECHO A VIVIENDA DIGNA
- DERECHO A LA RECREACIÓN
- DERECHO A LA PROPIEDAD
- DERECHO DE PETICIÓN
- DERECHOS COLECTIVOS

El bien común se encuentra ligado a la felicidad colectiva y la satisfacción de las necesidades colectivas. Pero la felicidad se entiende como la tendencia hacia la perfección del ser humano a través de la virtud y el ejercicio de los valores humanos.

Y los principios éticos universales respaldan la noción de felicidad colectiva cuando afirman que la persona no debe hacer con otros lo que no quisiera que hagan con ella. Asimismo, deben actuar con las demás personas como quisiera que estas actúen consigo misma. Esto recuerda la naturaleza social del ser humano y la tendencia a conseguir el bien general, con base en el principio de solidaridad o fraternidad.

Los elementos que logran esta felicidad deben ser justos, universalmente buenos y convenientes para la sociedad. Por esto debe distinguirse entre la felicidad individual y la felicidad colectiva. Esta última es el Bien Común. A nivel jurídico, las normas deberían inspirarse siempre en el Bien Común. Desafortunadamente no puede definirse de manera universal lo que es bueno y lo que es malo, pues esto depende del tipo de comunidad, de su cultura y de su historia.

El Bien Común se ha definido también como aquello que a todos atañe. Aquello que a todos interesa e importa. Desde este punto de vista las características de esta virtud jurídica y social son:

1-UNIVERSALIDAD RESPETANDO LA INDIVIDUALIDAD. Especialmente de grupos minoritarios que también deben ser protegidos por el Estado.
2- AUTONOMÍA COMUNITARIA RELATIVA. Dependiendo de las costumbres, usos y tradiciones de ciertos grupos humanos dentro del Estado.
3- SOLIDARIDAD SOCIAL
4- TOLERANCIA
5- JUSTICIA SOCIAL

V- LA MIRADA EXCLUSIVA EN LAS GANANCIAS Y EL ESTADO NEOLIBERAL

La nueva Ley Estatutaria ordena brindar el servicio de salud a todas las personas y poblaciones del país. Con esto se intenta frenar el concepto de abrir centros de salud públicos e instituciones privadas solamente en aquellos sitios en donde exista la posibilidad de rentabilidad y ganancia. Esto es un rezago indeseable del pensamiento neoliberal, que tanto daño le ha hecho al país y cuyas aplicaciones están siendo desmontadas en todo el mundo civilizado.

El neoliberalismo económico, manifiesto en los eventos de la vida nacional en los últimos años, representa una de las ideologías más peligrosas que han conocido los países del tercer mundo, debido a las profundas repercusiones sociales que las medidas de gobiernos que, como el del presidente César Gaviria, tomaron en favor del capital internacional y en desmedro de la calidad de vida de los pobres colombianos.

El neoliberalismo económico constituye un retroceso social de capital importancia. Es, en esencia, volver a los principios liberales del siglo XVIII. Principios que pueden resumirse en el pensamiento de uno de sus ideólogos, quien decía: "...no son acaso las necesidades del pobre, las cuáles es prudente aliviar pero insensato curar, esenciales para el bienestar del Estado ?..."

Los economistas neoliberales pregonan el resurgimiento del poder del mercado, con la eliminación o reducción del papel del Estado en el plano económico y social, con sus consecuencias de re-evaluación del concepto de soberanía para cambiarlo por el de globalización y la evidente prevalencia de lo privado sobre lo público.

Filosóficamente plantean, como el ideólogo del siglo XVIII, el papel positivo de la desigualdad, intentando a toda costa bloquear la función redistributiva del Estado y planteando un subjetivismo basado en la razón como criterio de verdad.

En macroeconomía son los abanderados de un aumento del crecimiento económico (Ellos equiparan crecimiento con desarrollo), un aumento de las exportaciones, preferiblemente de materia prima poco elaborada y que requiere de mano de obra barata, un absoluto control de la inflación y una

reducción del ingreso real de la población. Para ello preconizan una reducción del déficit fiscal mediante el recorte del gasto público y la eliminación de subsidios, esencialmente para aumentar la posibilidad del pago de la deuda externa.

La fuentes modernas del neoliberalismo se encuentran en la escuela monetarista de Milton Friedman, quien expresa que la desigualdad es positiva en tanto contrarresta la centralización del poder político y, al mismo tiempo, incentiva al individuo en originalidad y producción. Y en su contraparte europea, la denominada "escuela austríaca", representada por Friedrich Hayek y Ludwig von Mises, quienes afirman que el capitalismo eleva el nivel de vida de todos, incluyendo los más pobres, pues el aumento en la riqueza aumenta el altruismo individual.

Se encuentran afirmaciones como la del "libertario" Robert Nozick, quien sin ruborizarse plantea que "Nadie puede exigir un derecho al ingreso porel simple hecho de necesitarlo para sobrevivir, pues al hacerlo, se coarta la libertad de alguien más". E incluso los extremos de otros libertarios extremistas, como Murray Rothbard y David Friedman, para quienes los pobres tienen la culpa de su propio destino.

Detrás del planteamiento neoliberal se encuentra, en esencia, el clamor de la Banca Internacional por cobrar su deuda a los países del Tercer Mundo. El Consenso de Washington, en 1993, planteó de manera muy específica una serie de pasos para conseguir estos propósitos:

-Luchar por el apoyo político para la reforma neoliberal, aún a sabiendas del efecto desastroso sobre la población.
-Garantizar estabilidad macroeconómica del país que produzca un excedente fiscal.
-Favorecer la privatización
-Facilitar inversión y crecimiento económico

Las fuentes internacionales del neoliberalismo traducen la competencia entre las grandes potencias económicas para un manejo más íntimo de la deuda externa. La misma CEPAL, tradicionalmente mediadora en favor de estos países, se ha autodenominado "Estructuralista", para encubrir su simpatía con las nuevas ideas y ya no critica las diferencias del comercio internacional, como en años previos, sino que recomienda que el Estado ayude a corregir las imperfecciones del mercado.

Quiénes pertenecen a la elite neoliberal ? Básicamente los simpatizantes del gran capital internacional, la mayor parte del sector financiero y la clase política emergente de tipo "tecnocrático", quienes se presentan como los modernos profetas en el Estado y la política. Son los emisarios de quienes detentan el capital e intentan frenar, por encima de todo al legislativo, desprestigiándolo aún más, para dejar las grandes decisiones en manos del ejecutivo.

VI- LA PRIVATIZACIÓN DEL ESTADO

Desde la Constitución de 1886 se planteó el bien común y la protección de los débiles por parte del Estado. La Constitución de 1991 es clara al definir nuestro país como un ESTADO SOCIAL DE DERECHO y no simplemente como Estado de Derecho, pues la actual se fundamenta en la dignidad humana. Se persiguió con la nueva Constitución que la persona humana estuviera más en contacto con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, lo social persigue un mínimo de convivencia ciudadana.

Existen, además, conceptos tan importantes como el de solidaridad, es decir el concurso de toda la sociedad en el propósito de buscar bienestar colectivo, favoreciendo a los débiles. Es una deuda social basada en un ideal que construimos todos y que consiste en apoyar a los más necesitados. Es colaboración ciudadana y humana.

El Artículo segundo de la Constitución expresa que son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. A lo anterior se suma el concepto de las funciones económicas del sector público, que incluyen la procura de la eficiencia económica, la redistribución de la renta, la estabilización de la economía y el establecimiento de sus políticas específicas.

Los profetas de la privatización plantean el retiro del Estado de la arena económica del mercado, dejándolo esencialmente como un regulador entre particulares. Pretenden entonces que el ente social coloque en venta los bienes escriturados a la nación para poderlos explotar en el escenario de la economía de mercado, con el objeto de volverlos eficientes y eficaces, para en esa forma obtener ganancias que reviertan hacia quienes se han tomado la molestia de volverlos rentables.

Quienes apoyan la privatización hablan de ella como la única vía al crecimiento económico, al mejoramiento de la eficiencia empresarial, la creación de nuevos empleos, la promoción de la competencia, el desarrollo de mercados de capitales, la liberalización de los recursos estatales y la reducción de la presión fiscal.

Pero el problema no es simplemente la ineficiencia del Estado. Lo que subyace en el fondo es la impresionante corrupción gubernamental a través de enormes aparatos burocráticos, desfalcos de cantidades inimaginables, tráfico de influencias, desvío de fondos hacia manos privadas y otros fenómenos que simplemente llevan a un camino común: el desprestigio del aparato estatal por efecto de sus mismos agentes.

Sin embargo, un aspecto que no ha sido suficientemente analizado, es el origen de los entes que ocasionan la corrupción del Estado y sus agentes. Y es innegable que la principal fuente de corrupción estatal se encuentra en la misma empresa privada, ávida de los recursos oficiales y para quien "fuera del erario público no hay salvación".

Efectivamente, el interés público que debería constituir la razón de ser del trabajo estatal, se ve influenciado por las presiones de empresas productoras que consideran al Estado como su mejor y más adinerado cliente. Y a través de sobornos, influencias, recomendaciones y toda clase de manipulaciones, se apoderan de jugosos contratos y se benefician del enorme desvío de recursos que acompaña a la ya tradicional "comisión de servicios". Esto lleva a una nueva consideración: El Estado ya se encuentra privatizado, debido a varios aspectos, entre otros la corrupción de los funcionarios que benefician a las empresas privadas, el clientelismo burocrático, la egocéntrica avidez de algunos sindicatos y el respaldo estatal a empresas esencialmente privadas.

VII- LA FILOSOFÍA NEOLIBERAL

La teoría neoliberal pregona el resurgimiento del poder del mercado, con la eliminación o reducción del papel del Estado en el plano económico y social, con sus consecuencias de re evaluación del concepto de soberanía para cambiarlo por el de globalización y la evidente prevalencia de lo privado sobre lo público.

Filosóficamente plantea el papel positivo de la desigualdad, intenta bloquear la función re distributiva del Estado y promueve el subjetivismo basado en la razón como criterio de verdad. En macroeconomía es la abanderada de un aumento del crecimiento económico (equipara crecimiento con desarrollo), aumento de la exportaciones de materia prima poco elaborada y de mano de obra barata, control de la inflación y reducción del ingreso real de la población, en beneficio de los grandes grupos económicos. Para ello, preconiza reducción del déficit fiscal mediante el recorte del gasto público y la eliminación de subsidios, esencialmente para aumentar la posibilidad del pago de la deuda externa.

La fuentes modernas del neoliberalismo se encuentran en la escuela monetarista de Milton Friedman, quien expresa que la desigualdad es positiva en tanto contrarresta la centralización del poder político y, al mismo tiempo, incentiva al individuo en originalidad y producción. En su contra parte europea, la denominada "escuela austríaca", representada por Friedrich Hayek y Ludwig von Mises, quienes afirman que el capitalismo eleva el nivel de vida de todos, incluyendo los más pobres, pues el aumento en la riqueza aumenta el altruismo individual. Se encuentran afirmaciones como la de Robert Nozick, quien sin ruborizarse plantea que "Nadie puede exigir un derecho al ingreso por el simple hecho de necesitarlo para sobrevivir, pues al hacerlo, se coarta la libertad de alguien más". Los extremos de otros como Murray Rothbard y David Friedman, para quienes los pobres tienen la culpa de su propio destino.

VIII- LOS RESULTADOS EN COLOMBIA

El desequilibrio social se ha acentuado en forma alarmante y evidente, manifiesto en el déficit fiscal secundario (paradójicamente) a la expansión del gasto; el crecimiento de la inflación; la caída de la industria de la construcción, diseñada como creación de empleo para los inmigrantes del campo; y la amenaza de la entrada masiva de divisas proveniente del petróleo, conjuntamente con un bajo índice de exportaciones.

Los que más han sentido el impacto de la política neoliberal son las clases media y popular. La primera por aspectos tan concretos como la pérdida laboral por recorte de empleos, el aumento en la carga tributaria, la pérdida de subvenciones a los servicios públicos, la dificultad de adquisición de préstamos a un altísimo costo financiero y el elevado precio de bienes tan importantes como la salud. La clase popular, golpeada por la pérdida de empleo y la capacidad adquisitiva de su salario, sufre en carne propia los efectos de la inseguridad y la incapacidad del Estado para solucionar sus necesidades primarias, tanto en la ciudad como en el campo.

Con el objetivo económico de flexibilizar la fuerza laboral para aumentar la ventaja competitiva colombiana, que intenta abaratar los costos de la mano de obra nacional frente a la internacionalización de la economía, se golpea a la clase trabajadora y al movimiento sindical en todos sus núcleos, acusándolos de ser los causantes principales de los problemas económicos y sociales del país.

Algunos de los efectos laborales incluyen el recorte de los beneficios laborales de amplios sectores trabajadores, la reforma al régimen de cesantías, dándole más juego a la empresa privada, la legalización del trabajo de niños entre los 12 y 14 años, en contra de disposiciones de la OIT (Acuerdo 138 de 1973), la vía libre a los contratos a término fijo, una mayor amplitud para despidos colectivos, un incremento de puestos en el sector informal (Llegan al 53% en amplios sectores de la economía), el debilitamiento del sector sindical y la ya mencionada reducción masiva del empleo, favorecida por la Ley 50 de 1.990, como lo vimos atrás.

Adicionalmente, se ha declarado un estado de emergencia económica en la industria nacional y en el sector agrícola, especialmente en los subsectores cafetero, cerealero y bananero. Como es apenas lógico, el capital financiero se ha fortalecido. Nunca como ahora se ha observado tan severo aumento en la concentración del ingreso. Además, es evidente el aumento del clientelismo político y el desmedido aumento de la corrupción. La descomposición social resultante es alarmante.

Al nivel del sector salud, la ley 100 de 1993 intenta debilitar al Estado como proveedor de servicios de salud, descargando la responsabilidad financiera de la salud en sectores específicos: trabajadores asalariados, empleadores y trabajadores de la salud. Al mismo tiempo, y obedeciendo a sus planteamientos filosóficos, se favorece el fortalecimiento del sector financiero privado.

En lo que respecta a las pensiones, se evidencia un empeoramiento de las condiciones de los trabajadores, que ahora deben "ahorrar" en los fondos privados, que luego les pagarán con base en lo que hayan ahorrado. Asimismo, se encuentra un aumento en la cotización en relación con el anterior sistema, un aumento en las edades de pensión y en el número de semanas de cotización. Y para terminar, como hecho repetitivo: el fortalecimiento del sector financiero y asegurador privado.

En nuestro país, el gobierno del Dr. Gaviria Trujillo fue la plataforma que ha llevado al desastre económico actual. El Neoliberalismo es el culpable real de gran parte de los problemas sociales que hoy nos aquejan, al lograr empujar a la miseria a más del cincuenta por ciento de nuestra población, con sus consecuencias: crecimiento de la delincuencia, del fortalecimiento de la guerrilla y del ahondamiento en la pérdida de valores que durante mucho tiempo acompañaron a nuestra sociedad.

Personas de la talla del economista chileno Manfred Max-Neef (Premio Nobel alternativo de economía) han expresado: "...La política neoliberal que están adoptando la mayoría de los países latinoamericanos, los llevará directo al colapso..."

El diseño en Colombia tuvo repercusión en la mayor parte de las variables económicas. Su apertura fue rápida y amplia. Su raciocinio era consistente y se basaba en hechos reales, como que el desarrollo económico del país era deficiente, la industria retrasada y excesivamente protegida, la producción de deficiente calidad y monopolizada, la agricultura obsoleta y, adicionalmente, que la balanza de pagos se mantenía desequilibrada.

Pero con sus evidentes planteamientos, se olvidó mencionar que la protección a la industria era notoriamente débil por la presencia del contrabando (verdadera industria en algunas regiones); que el intercambio internacional siempre benefició a los países ricos; que la maquinaria era costosa y agobiada por aranceles; los créditos de fomento excesivamente costosos; los impuestos altísimos; y el acceso a los recursos muy difícil.

Con todo, el Dr. Gaviria efectuó su apertura. Disminuyó notablemente los aranceles, abrió el mercado e inundó el país de dinero y productos extranjeros de menor costo, arrinconando a la empresa nacional y limitándola a vender flores, café y otros productos que no podían competir con la alta tecnología de producción extranjera.

Las lesiones a la agricultura y la industria fueron letales. Esto motivó la pérdida de miles de empleos, con el consiguiente aumento en la oferta de mano de obra y su lógica disminución del nivel salarial, lo cual impulsó la esclavitud laboral y la notoria disminución en la capacidad de compra de la población. El desempleo ocasionado llevó a un aumento en el crimen y la delincuencia organizada y, paralelamente, al fortalecimiento de la guerrilla y el narcotráfico que es lo único que encuentra esta mano de obra sobrante del sector productivo.

Por su parte, la disminución de los subsidios estatales, la elevación de los impuestos y el aumento en el precio de los servicios esenciales lesionó a miles de colombianos que lograban mantenerse en la franja de clase media y los precipitó a la proletarización masiva.

El desorden social, no solamente en Colombia, sino en todos los países que aceptaron la doctrina neoliberal, ha sido manifiesto. La pobreza ha aumentado y la concentración de capitales en una pocas manos ha llevado a personas tan importantes como el expresidente López Michelsen a advertir que las fortunas amasadas con la desgracia de la mayoría de nuestros compatriotas, han llegado a niveles similares a los que se presentan en países árabes

IX- EL MONETARISMO

Los fenómenos actuales de globalización, internacionalización de la economía, creación de mercados de cobertura mundial, caída del comunismo y prevalencia del capitalismo han conducido a un replanteamiento de las políticas sociales y económicas de todos los países del mundo.

En teoría, tiene buena presentación el objetivo de ingresar en el concierto de la economía mundial, competir en los mercados internacionales y modernizar el Estado para ponerlo acorde con las exigencias del mundo actual. Sin embargo, al ubicarnos como países poco desarrollados, con inadecuada infraestructura y escasa capacidad de competencia, debemos analizar un poco más lo que representa para nuestra sociedad el arrastrarnos ciegamente en pos de un pensamiento económico que ya comienza a mostrar sus consecuencias sociales y cuya prédica representa un verdadero retroceso.

Quienes hemos atacado al sistema neoliberal y su base estructural, la política monetarista, hemos recibido multitud de epítetos: Veintejulieros, regre-

sivos intelectuales, nostálgicos, carentes de análisis objetivos, socialistas retrógrados, etc.. Sin embargo, cuando apreciamos las cifras latinoamericanas y las condiciones de vida de la gran mayoría de quienes habitan el continente, no podemos sino invitar a que se re analicen las bases del pensamiento que ha precipitado el actual desastre social.

Pretender vivir como millonarios del mundo sin tener los medios que nos respalden es tan absurdo como declararnos irreversiblemente pobres a pesar de los recursos con que contamos. Por esto, debe existir un justo medio que permita una adecuada ganancia para quienes invierten en el país, pero sin descuidar a la mayoría de nuestra población, de la cual el último responsable es el Estado.

El centro del pensamiento de la denominada economía clásica fue el escocés Adam Smith (1723-1790), quien publicó en 1776 la obra "Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones". Sus ideas, interpretadas de diversas formas, se centraban en tres áreas: las leyes del mercado, la importancia del interés individual y la libre competencia.

En ellas plantea la presencia de una "mano invisible" que conduce a los individuos a promover el interés común cuando actúan en beneficio propio en un sistema de libre competencia. Esta mano invisible distribuye los trabajos, orienta las profesiones y dirige la producción de las cosas que la sociedad necesita. En la economía de mercado todo se convierte en mercancía evaluable por un precio y, por lo tanto, todo se encuentra sujeto a las leyes de la oferta y la demanda.

Smith fue partidario de la teoría enunciada por el economista francés Vicent de Fournay (1712-1759), perteneciente a la escuela fisiocrática, conocida como "laissez faire, laissez passer" (libertad de actividad de mercado y libertad de comercio). En ella se planteaba la no intervención del Estado en el desempeño económico del mercado, dirigido por hombres libres movidos por el propio interés y la competencia, cuya actividad (de cuerdo con Smith), era mucho más beneficiosa para lo sociedad que la de un gobierno inmiscuido en la economía y, por lo tanto, propenso a la corrupción, la ineficiencia, el derroche y el tráfico de influencias. Por otro lado, su teoría sobre la división del trabajo como impulsor de la productividad se fundamentaba en los aspectos de aumento en la habilidad de los obreros (debido a la simplificación de su trabajo mediante tareas sencillas y repetitivas), ahorro de tiempo y posibilidad de desarrollo de nueva maquinaria que simplificara aún más su operatividad.

El continuador más importante de las ideas de Adam Smith es Milton Friedman, quien sostiene que el Estado debe mantenerse completamente alejado de los asuntos económicos, debido a su naturaleza despilfarradora que produce un permanente déficit presupuestario y a la presión que sobre él ejercen algunos grupos privilegiados que al corromper a los funcionarios estatales obtienen beneficios individuales mediante el tráfico de influencias. Debido a esto, la función del Estado es la de un simple veedor de las relaciones entre los particulares que mueven la economía, dejando en libertad las fuerzas del mercado y regulando la emisión de dinero para mantenerla a un ritmo constante, dependiendo del crecimiento de la actividad económica.

Para Friedman, las variaciones en la cantidad de dinero circulante son la causa esencial del problema económico (debe aquí recordarse que la cantidad u oferta de dinero depende del número de transacciones y del nivel general de precios). En la economía debe mantenerse una cantidad de dinero que permita mantener esas transacciones. Por esto, la oferta se basa en los cálculos de banco central. De la precisión con que el banco central maneje la oferta de billetes, depende en parte el proceso inflacionario.

Los monetaristas exigen una contracción en la cantidad de dinero disponible, con el objeto de disminuir la oferta monetaria, disminuir los salarios y, en esta forma, aumentar las ganancias de los dueños del capital. Se convierten entonces en los modernos neoliberales, que plantean el positivo de la desigualdad, pues de acuerdo a sus misma teorías, al fomentar dicha desigualdad se contrarresta la centralización del poder político y se incentiva la originalidad y producción individual.

El retorno a los principios económicos clásicos tiene profundas consecuencias sociales. En primer lugar, la contracción de dinero para disminuir la oferta circulante golpea en su propia estructura el ingreso de los trabajadores y debilita su poder de asociación.

En cambio, beneficia en forma abierta a los dueños del capital nacional e internacional. A los primeros por el aumento en sus niveles de riqueza, obtenidos a partir del trabajo de sus asalariados. Al capital internacional por la doble atracción de mano de obra barata y aumento en las tasas de interés. Lo que no se ha valorado es que, a pesar del control en la cantidad de dinero circulante, de todas maneras se produce inflación. Este factor, sumado a la disminución en el ingreso de los débiles sociales, fomenta tres

fenómenos simultáneos: El individualismo egocéntrico de los ganadores y la aparición de un liberalismo político no democrático.

Las consecuencias son claras: Aumento del desempleo, incremento en los índices de criminalidad, represión estatal y desmedido aumento de los desórdenes sociales.

X- LAS CONSECUENCIAS DEL MODELO NEOLIBERAL

Ante el auge de la filosofía neoliberal como orientadora de las políticas estatales en el campo económico, debemos llamar la atención sobre las funestas consecuencias sociales que ella ha producido sobre amplios grupos de población, entre otras cosas debido al planteamiento de una reducción en el tamaño del Estado, bajo el socorrido argumento de la eficiencia y con la inevitable mención del fenómeno globalizante que deja por fuera de la economía mundial a quienes se opongan a las todopoderosas manos del mercado.

El concepto de SOBERANIA ha pasado a un segundo plano, precisamente en el momento en que más se necesita delimitar las necesidades de cada región, con el objeto de no ser arrastrados hacia la total invasión tercermundista por parte del capital extranjero, con sus consecuencias de dependencia internacional y desequilibrio social interno.

El neoliberalismo no es otra cosa que el capital internacional organizado que intenta subyugar los destinos de los países pobres al aumentar su dependencia a través de los fenómenos de globalización y apertura económica; y si se plantea una reducción en el intervencionismo de Estado, no se hace para aumentar la tan cacareada eficiencia en favor de los grupos necesitados de la población, sino en beneficio de la pequeña comunidad de quienes se apoderan del capital para su propio beneficio. Por ello, para Libardo Botero el neoliberalismo es la forma moderna del imperialismo o neocolonialismo.

De otro lado, el argumento del mejoramiento de la tecnología, debe contraponerse a su efecto real sobre los países pobres, debido a la elemental norma económica de la elasticidad precio. Quienes producen materia prima (países pobres), tienen una demanda poco elástica, es decir, que al variar dicho precio no varía significativamente el ingreso.

En cambio, quienes manejan la producción industrial, tienen una demanda muy elástica, es decir, que al variar el precio de su mercancía, ciertamente varía el ingreso. Esto hace que el círculo vicioso de países pobres más pobres y países ricos más ricos, se perpetúe a través del tiempo.

No son gratuitas las manifestaciones sociales latinoamericanas: aparición de la guerrilla mexicana, las luchas callejeras venezolanas, el descontento argentino por las privatizaciones, la rebelión ecuatoriana en contra de su presidente, la protesta de los mismos economistas chilenos y la descomposición social colombiana. Todas ellas son, en mayor o menor grado, fruto de las políticas neoliberales. Como lo son las crisis sucesivas de México, los países asiáticos y más recientemente Brasil.

Efectivamente, la globalización ha mostrado flancos neurálgicos que denotan crisis económica de repercusiones mundiales, de las cuales no se sustrae la América Latina y el Caribe, inicialmente la crisis del impetuoso comercio del Asia y luego el colapso económico de Rusia, que desfallecen la capacidad de compra de estos países, favorece la competencia desleal y el "domping" que inunda los mercados de mercancías de baja calidad y precios irrisorios con los cuales la competencia es desigual, causa descenso de los precios de productos básicos como el petróleo, el carbón, el níquel y el café, entre otros.

Nos afecta por que disminuye el flujo de capital extranjero, encarecimiento de los créditos internacionales e induce devaluación de las monedas como el peso, el bolívar, el sucre, el sol, etc., a favor del aumento del valor del dólar y el crecimiento de las tasas de interés internas y externas, desestímulo a la producción y al empleo.

La crisis mundial empezó en Tailandia en julio de 1.997, afectando su moneda, el baht, continuó con el peso filipino, la rupia indonesia, el ringgit malasio, el dólar de Singapur, el dong vietnamita y el yen japonés que cayeron sucesivamente. El 27 de octubre de ese mismo año, conocido como "el lunes negro", en Nueva York se produjo una baja histórica de 554 puntos del índice Dow Jones que produjo nuevos y considerables descensos en todas las plazas financieras del mundo.

En julio de 1.998, Rusia obtiene una ayuda histórica de 22.000 600 millones de dólares del FMI, con la condición de que redujera a la mitad su déficit presupuestario, lo cual no fue suficiente, porque el 17 de agosto cayó el

rublo y Rusia suspendió el reembolso de su deuda externa, lo cual genera pánico económico internacional con sensible descenso de las bolsas latinoamericanas, vinculadas con la baja de las principales plazas financieras del mundo.

¿ Se necesitan más evidencias del fracaso mundial de esta modelo de desarrollo económico ?

¿ Es la reducción del tamaño del Estado y la entrega de sus responsabilidades al sector privado un criterio aceptable desde el punto de vista social ? Una de la características del neoliberalismo es su prédica acerca de la disminución del tamaño del Estado. La mejor forma de lograrlo es a través de la liquidación o venta de sus empresas al sector privado.

Entre 1945 y 1980, los estados fueron conscientes de la necesidad de fortalecer su aparato financiero, invirtiendo en bienes de capital y conformando empresas que aumentaran los activos oficiales, para darle al aparato gubernamental herramientas suficientes para intervenir la economía, no solamente mediante herramientas legales y políticas, sino a través de la misma acción estatal en el mercado de bienes y servicios.

Desafortunadamente, el impresionante poder que las naciones obtuvieron a través de su entrada en el negocio, se vio empañado por la aparición de varios fenómenos: El aumento en la corrupción de sus funcionarios y la progresiva iliquidez, que las llevaron a planes de endeudamiento con organismos internacionales.

El ingreso del dinero a las arcas gubernamentales (como era de esperarse), aumentó la cantidad y la calidad de los delitos de los funcionarios oficiales (incluidos los del alto gobierno), que se apoderaron de los recursos del Estado y lo endeudaron aún más en el curso de los siguientes años.

XI- LOS BENEFICIADOS DE LA PRIVATIZACIÓN.

Otros que participan de las ganancias de privatizar son, sin lugar a dudas, los inversionistas extranjeros. De hecho, en 1996 ingresaron a Colombia un total de US 3.614 millones, los cuales se invirtieron principalmente en las industrias petrolera, manufacturera y financiera. Esto, que a primera vista parece una ganancia para el país, esconde un hecho que no se ha conocido a fondo: Casi el 53% de las privatizaciones tercermundistas son

absorbidas por el capital extranjero, de acuerdo con informaciones de la CEPAL.

Las principales banderas de quienes predican la privatización del Estado incluyen la mejoría en la eficiencia de los servicios prestados, la reducción de las necesidades de financiamiento del Estado, la promoción de la inversión extranjera, el fortalecimiento en la balanza de pagos, el desmantelamiento del control de precios, la reducción de la corrupción y el mejoramiento de la competencia.

Pero los resultados han sido muy diferentes: el costo de los servicios públicos se ha incrementado casi en un ciento por ciento, convirtiéndose en fuente de uso de una elite económica privilegiada que puede pagarlos (en países del cono sur, las solas llamadas telefónicas se han aumentado en por lo menos 70%).

La concentración de riqueza en manos de unos pocos (En México, los millonarios aumentaron en por lo menos diez veces entre 1988 y 1994); la pauperización de grandes masas de población (Sesenta por ciento de los latinoamericanos en la miseria absoluta); en nuestro medio, algunas de las empresas en proceso de privatización son: Invercolsa, Gas Natural, Terpel Antioquia, Colgas, Surtigas, Gases de la Guajira, Electrificadora de Santander, Electrificadora del Tolima, Corporación Financiera de Caldas, Corporación Financiera del Tolima, Carbocol, Corelca, ISA, Empresa de Energía de Bogotá, ETB, TELECOM, Banco Popular, BCH, Concasa y muchas más.

XII- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Es difícil volver atrás cuando ya se ha ocasionado un daño irreversible. Pero, si por imposición inevitable (neocolonialismo) se iba a efectuar la apertura, esta debió haber sido gradual y en un país previamente capitalizado, modernizada su infraestructura, protegiendo al menos algunas áreas de la economía como la agricultura y los sectores sociales.

Los costos sociales de la privatización de las empresas nacionales son variados y pueden confundir al observador despistado. Porque, si por un lado se aprecia un aumento en el nivel de tecnología, una aparente mejoría en la calidad de los servicios públicos y la aparición de bienes con los que antes no se contaba en el país, por otro lado se ha aumentado el desempleo en

forma dramática y se ha concentrado la riqueza en manos de los grupos económicos más poderosos y del capital extranjero, se ha aumentado la brecha entre pobres y ricos y, aumentando asimismo el costo de los bienes y servicios que ahora ofrece el mercado al cada vez más reducido grupo de quienes pueden adquirirlos. Los sectores sociales, como ya lo hemos demostrado son los que pagan el costo más alto.

Es necesario recalcar hasta la saciedad, que no se puede dejar por completo la función social del Estado en manos de la empresa privada y bajo la regulación de las leyes del precio, la oferta y la demanda, convirtiendo al país en un mercado más del mundo capitalista. La protección de los débiles, la conservación del empleo y el bienestar social, aunque en apariencia no produzcan riqueza, son fines de los cuales no se puede desligar el Estado.

CAPÍTULO 27- QUE ES MEDICINA?

I- INTRODUCCIÓN

Una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo.

Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral integra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Las tres metas más importantes de la medicina son : Curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo. Sin embargo para llegar a esta definición de principios, tuvo que recorrerse un largo camino.

El enfermo ha sido considerado por la sociedad en forma diversa. La reacción social frente al enfermo ha sido diferente a lo largo de los siglos. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoníaca de muchas culturas, pasando por el concepto del castigo Divino en Babilonia, la inferioridad social de los griegos y la cruz de redención del Cristianismo.

II- LA DEFINICIÓN DE MEDICINA

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico.

Si la búsqueda del bien es el fin de la actividad moral, la ética social rige toda actividad dentro del conglomerado de Pueblos y vecinos influenciando en forma directa toda profesión y oficio, incluyendo la Medicina, la cual obedece a ciertos valores considerados como dignos de seguir. Y debe ser así, para que exista congruencia entre toda actividad médica individual o institucional.

Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona.

Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

El médico, pues, deberá conocer en forma integral a su paciente, esforzándose por sentir empatía con el mismo, sin importar que tan difícil sea su personalidad ni que tan impactante sea su enfermedad. Debe ser un maestro del enfermo, orientándolo en lo que a conciencia debe hacerse y ayudándole a tomar las decisiones como si las tomara para si mismo. _Pero, por sobre todo, deberá sentir una profunda compasión por el ser que sufre, agobiado por una enfermedad a veces sin remedio y ante la cual el médico siempre deberá ofrecer algún tipo de apoyo, especialmente cuando no existe la esperanza.

Pero, desde el punto de vista social, el actuar médico se encuentra regulado por la norma jurídica, dentro de la cual debe actuar, so pena de ser objeto del reproche social y del castigo estatal.

III- EL ACTO MÉDICO: CONSIDERACIONES ESENCIALES

La relación médico paciente, esencia del ejercicio de la Medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la Medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

Como lo expresa la Ley 23 de 1981 (Titulo I, Capítulo I, Artículo 4):

"La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico..."

De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos:

1-Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2-Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia
3-Por solicitud de terceras personas
4-Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o publica"
Titulo II, Capítulo I, Artículo 5. Ley 23 de 1981

IV- QUE ES EL ACTO MÉDICO ?

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

Cuatro características principales distinguen al Acto Médico:
La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "Lex Artis Ad Hoc" (ver adelante), sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la Licitud, o sea su concordancia con las normas legales

V- ACTO MÉDICO DIRECTO

Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.

El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.

La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

La rehabilitación es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.
No nos referiremos a los actos médicos indirectos, ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc.), los cuales requieren para su análisis otro capítulo completo.

VI- EL ACTO MÉDICO DOCUMENTAL

Es en realidad complementario de actos anteriores y su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso. En este grupo se incluyen el certificado médico, la Receta o fórmula médica y la Historia Clínica (el acto documental más importante de todos). La Historia Clínica (motivo de un artículo adicional por parte nuestra), tiene importancia desde varios puntos de vista:

-Asistencial, pues sus notas permiten que el paciente pueda continuar su tratamiento aun si falta el médico que lo inició
-Docente
-Investigativo
-Social
-Control de calidad
-Administrativo
-Médico Legal. En este aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que

intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

La historia clínica pertenece a la esfera de información íntima del paciente y del secreto profesional del médico. Debe, por tal razón, ceñirse a la más alta calidad ética-científica

Existe un aspecto relevante y es el de la Historia Clínica como Documento reservado, calidad que se le reconoce sin dudas en Colombia, como lo prueba el ejemplo del 29 de Septiembre de 1993: el Magistrado Carlos Gaviria, de la Corte Constitucional, declaró que los jerarcas de las fuerzas armadas no pueden violar la reserva de la historia clínica de quien pertenece a la institución castrense, pues esa conducta va en contravía de derechos elementales de la persona.

La ley 23 ya lo había contemplado en su Titulo II, Capítulo III, artículo 34: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley"
Así mismo en el artículo 38:

"Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

A)Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierna y convenga;
B)A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
C)A los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
D)A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley;
E) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia"

Esta norma tiene a su vez repercusión para efectos procesales, ya que el médico, al igual que otros profesionales, no está obligado a declarar sobre aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su oficio o profesión (Artículo 214 del Código de Procedimiento Civil).

VII- ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá.

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente "toda persona tiene derecho a la vida" puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció. El primer momento se denomina derecho objetivo mientras que el segundo se llama derecho subjetivo (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada).

Como dicen Marty y Raynaud, el problema de las fuentes de las obligaciones no es sino un aspecto del problema de los derechos subjetivos. Y como el derecho subjetivo encuentra su fuerza en la norma de derecho objetivo, hay que concluir que el derecho subjetivo tiene su fuente en la ley. Solo que el nacimiento de ese derecho subjetivo supone un elemento concreto que en determinado momento desencadene la aplicación de la norma objetiva. En consecuencia y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico.

Es una clasificación estrecha que deja por fuera otras fuentes de las obligaciones, pero sirve muy bien para resaltar de que manera el acto médico puede ser ese "elemento concreto que en un determinado momento desencadena la aplicación de la norma objetiva". Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley. Sin embargo, hay que dejar constancia de que esta teoría puede ser un poco rígida, pues el ordenamiento jurídico no solo incluye las normas positivas, sino también las normas de conducta que la moral y las buenas costumbres nos transmiten generacionalmente.

Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos: mientras aquellos buscan un resultado concreto en el derecho (por ejemplo un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de transito, la lesión -hecho producido por el hombre- no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada).

La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de "pena".

Del acto médico, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico ("responsabilidad" por el acto) y las que resultan del hecho jurídico ("perjuicios" indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho - el delito, por ejemplo-). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados).

El "acto médico" es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como "objeto" la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un "sujeto de derechos"; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

Cabe la consideración de si al ser realizado mediante fuerza (física o moral), podría implicarse para el médico (aparte de la discusión sobre su responsabilidad penal por el delito cometido -pensemos en un aborto practicado bajo amenazas para el médico o su familia-) también su responsabilidad profesional, porque aunque es claro que estaría viciado de nulidad como contrato, no eximiría al profesional de su correcto desempeño. El hecho médico ilegal acarrea también derechos y responsabilidades para las personas intervinientes, pues aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, su ocurrencia genera, para el médico especialmente, el estricto desempeño de su profesión con base en su juramento.

En general, las actuaciones del médico 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, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación "de medio" y no "de resultado", el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

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.

Los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar merecen atención especial. El médico es la persona más próxima al ser humano a todo lo largo de su existencia, pues lo mueve una combinación de vocación de ayuda, conocimiento científico, deber de funcionario social y ejercicio del propio oficio. Pero por encima de todo, el ejercicio de la voluntad al servicio del ser humano como un todo, basada en conocimientos científicos. Es una combinación de filantropía (Amor al ser humano) y filotecnia (Amor al arte de curar).

El acto médico tiene, como base fundamental, el amor del médico por la vida humana, por el enfermo y por la misma profesión con la cual se ha comprometido

Titulo II, Capítulo I, Artículo 11 de la Ley 23 de 1981:

"La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

En el Eclesiástico aparece una cita interesante:

"...Puesto que hay un tiempo en que has de caer en manos de los médicos y ellos rogarán al Señor que te aproveche lo que te recetan para tu alivio, y te conceda la salud, que es a lo que se dirige su profesión..."

Por lo tanto, como dice Laín Entralgo, es una relación que presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica.

De acuerdo con este mismo autor, la dinámica de esta relación tiene varios momentos: Afectivo (Amistad entre el médico y su paciente), Cognoscitivo (Diagnóstico) y Operativo (Terapéutica), regidos por una serie de normas éticas y en un contexto histórico-social.

Sin embargo, a algunos médicos los mueven motivos completamente diferentes al simple altruismo y amor a la humanidad. Tal es el caso del afán económico desmedido, la búsqueda de prestigio, el ascenso en la escala social, la curiosidad científica especial por una enfermedad en particular, etc. En lo que respecta al enfermo, varias cosas pueden motivar la búsqueda de la ayuda médica: El deseo de recuperarse, la necesidad de saber lo que pasa con su organismo, la búsqueda de una especie de refugio cuando existe una preocupación por la enfermedad y el conocimiento de lo que será su salud en el futuro, principalmente.

De acuerdo con el Dr J Tissnesh

"...El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor, comprensión, atención integral, esperanza. Detrás de todo enfermo hay un

ser humano angustiado y necesitado que ha confiado al médico su don más preciado, su vida. La respuesta a la solicitud del paciente, requiere ciertas cualidades especiales: disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza, honradez profesional, conocimiento del hombre y de la sociedad, una recia estructura moral y ética..."

Por supuesto, el paciente también tiene una serie de obligaciones en esta relación. Para empezar, debe expresar siempre la verdad.

Un Padre de la Iglesia Católica, San Jerónimo, decía con sobrada razón: "...Si el enfermo se avergüenza de descubrir su llaga al médico, la medicina no cura lo que ignora..."

Sin embargo hay que tener en cuenta que, en no pocos casos, los motivos del enfermo pueden ser muy diferentes: Deseo de buscar una incapacidad para no asistir a sus obligaciones cotidianas, búsqueda de medicamentos controlados, exploración de conceptos para "perfeccionar" una queja contra otro médico e, incluso, atracción física hacia el médico, entre otros.

VIII- OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

1-SECRETO PROFESIONAL

En el juramento Hipocrático se estipula:

"...Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos..."

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

Según Uribe Cualla , existen tres tipos de Secreto profesional médico:

1-Absoluto. El médico debe callar siempre, todo, bien sea en privado o ante la justicia.

2-Relativo. No debe guardarse frente a la justicia, para así colaborar en la búsqueda de la verdad.
3-De conciencia. El médico debe divulgar la verdad.

De acuerdo con Uribe Cualla se requieren varias condiciones para que exista violación del secreto profesional:

-Que el infractor tenga una profesión u oficio
-Que el asunto se haya conocido con motivo del ejercicio profesional, aunque no tenga nada de confidencial.
-Que el médico cause algún perjuicio o pueda causarlo con la revelación de lo secreto, no obstante tener la obligación de guardarlo.
-Que se haga con plena conciencia (Delito) o inadvertidamente (Falta Moral)

Aunque el artículo 74 de la Constitución Política dispone la inviolabilidad del Secreto Profesional, existen limitaciones, especialmente en casos de algunas enfermedades infecto-contagiosas, en donde lo que más llama la atención es la contradicción misma de las normas sanitarias.

El Decreto 559 de Febrero 22 de 1991, que hace referencia a la Prevención, Control y Vigilancia de las Enfermedades Transmisibles, especialmente en lo relacionado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), obliga a NOTIFICAR a las autoridades tanto a los enfermos de SIDA como a los infectados por HIV, así sean sintomáticos, so pena de incurrir en el delito de violación de normas sanitarias consagrado en el Código Penal.

"...De conformidad con la Ley 09 de 1979 y el decreto 1562 de 1984, todas las personas naturales o jurídicas, publicas o privadas del sector, están obligadas a notificar los casos de enfermos de SIDA y los de infectados por el HIV, so pena de ser sancionados de conformidad con las normas pertinentes y sin perjuicio de que puedan llegar a incurrir en el delito de violación de medidas sanitarias consagradas en el Código Penal. El procedimiento de notificación deberá garantizar la confidencialidad..."
Y el artículo 21:
"...La información epidemiológica en relación con la infección con el HIV es de carácter confidencial. El secreto profesional no podrá invocarse como impedimento para suministrar dicha información en los casos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias..."

Dice además el Artículo 33:

"Por razones de carácter sanitario, cuando la persona tenga la condición de infectado asintomático, el médico tratante podrá informar de su estado de salud al cónyuge, compañero permanente o pareja sexual permanente, previo consentimiento informado para su respectivo estudio diagnostico. Asimismo, cuando el médico considere pertinente se informara a las personas que están expuestas al riesgo, para que asuman las medidas de protección pertinentes "

Y el Artículo 34:

"En cumplimiento del Artículo 18 de la Ley 23 de 1981, cuando la condición del paciente infectado por el HIV sea grave, por cualquier causa, o haya desarrollado el SIDA, el médico tiene la obligación de comunicar tal situación a sus familiares o allegados"
Artículo 32
"...Los integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar la confidencialidad de la consulta, diagnostico y evolución de la enfermedad. De igual manera, se observara tal disposición con personas con conducta sexual de riesgo cuyo estado no sea seropositivo..."

Otros casos que merecen especial consideración son los referentes a estudios de investigación (En donde debe guardarse celosamente el nombre de los pacientes) y algunos casos médico-legales.

2-INFORMACION ADECUADA Y CONSENTIMIENTO

Como hemos analizado en otra publicación, los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

En los actos médicos consensuales la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con diversas legislaciones:

CAPACIDAD. Entendida como el pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas; en este punto es preciso distinguir entre la capacidad legal (que en Colombia la tienen solamente las personas mayores de edad, con mente sana) de la capacidad para entender y aceptar un procedimiento médico.

Somos de la opinión de que en relación con el consentimiento informado, el paciente no necesariamente debe ser una persona considerada "legalmente capaz", como sería el caso de un adolescente cuyo criterio pugna con el de sus padres menos instruidos o fanáticamente adeptos a una ideología que choca con la ciencia.

POSESION DEL DERECHO. Es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. Cabe la misma observación anterior, respecto del conflicto de intereses entre el paciente titular del derecho a su salud y su cuerpo, y el de las personas que, ocasionalmente, lo representen como son sus padres, tutores, guardadores o curadores.

LIBERTAD. Atentan contra esta condición la coacción de cualquier tipo (física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos

La base es el conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. La decisión que tome el enfermo debe ser absolutamente personal.

Por ello, el libre desarrollo de la personalidad consagrado expresamente en nuestra Constitución Política como un derecho de los jóvenes, tendrá implicaciones legales cuando se trate de contratos de prestación de servicios médicos u odontológicos que de suyo no pongan en peligro la vida o la salud del paciente y el médico procederá con libertad, cuando este peligro no exista; en caso

contrario, además del deber de advertir del riesgo al paciente, se negará a realizar el acto médico sin la autorización de las personas bajo cuyo cuidado y responsabilidad ese menor se encuentre.

Aún contra la voluntad de sus padres, por ejemplo, consideramos que un menor adulto puede someterse a un tatuaje, a un procedimiento médico u

odontológico que tenga por finalidad un implante o incrustación con fines estéticos, o a otra serie infinita de tratamientos que tienen que ver con las manifestaciones de su personalidad y para los cuales -médicamente hablando- no existe riesgo.

INFORMACION ADECUADA. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo.
Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se esta faltando a un principio ético, sino esta vulnerando la libertad de decisión del paciente.

La información adecuada equivale al conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido.

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser muy prudente y cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronostico es pésimo.

La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (Titulo II, Capítulo I, Artículo 16):

“La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de el al paciente o a sus familiares o allegados”

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se esta agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades. De cualquier forma, una buena

práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad, con el vocabulario y en la oportunidad que aconsejen la prudencia y el buen juicio del médico.

CAUSA O MOTIVO DEL ACTO. Por parte del paciente es la sintomatología secundaria a su patología la que lo lleva a buscar la asistencia profesional, sea de un médico determinado o de un equipo especializado de atención.

Por parte del médico, como hemos mencionado, su especialidad, el interés humano, académico y científico de cada caso.

DOCUMENTO. Es recomendable la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico, particularmente cuando se vaya a efectuar un tratamiento riesgoso o un procedimiento invasivo.

En casos de extrema urgencia, el documento puede obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

Aunque este documento no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuo de acuerdo con la voluntad del enfermo, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

REVERSIBILIDAD. Es la posibilidad de revocar el consentimiento por parte del paciente. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley 23 de 1981.

3-OBLIGACION DE CONOCIMIENTO

Es indispensable que la formación y los conocimientos del médico sean adecuados y actualizados. Para lograr ésto se requieren muchos años de estudio y práctica. El médico se forma en las facultades de medicina aprobadas para tal efecto por el gobierno del respectivo país.

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimilado, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

En el período de adiestramiento médico se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder formar un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

En este periodo no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa y disciplinada

En resumen, el médico debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

4-OBLIGACION DE DILIGENCIA Y TECNICA

Está ligada a la anterior. El médico debe colocar la máxima diligencia y utilizar sus habilidades al máximo para atender a su paciente.

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica, fundamentada en la ciencia de su oficio, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mal función orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad.

Como dice R. Clark: “Podemos estar errados, pero nunca estar en duda en el momento de tomar decisiones cruciales para el enfermo”.

El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el “estado del arte” de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir al enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto le brinden los mejores beneficios.

Obviamente en este aspecto se encuentran las limitaciones de tipo económico, pero la información que el paciente recibe del médico sobre tales posibilidades técnico-científicas, dejarán en manos del enfermo la decisión. Si éste no quiere, o no puede aceptar el ofrecimiento, el médico debe respetar su decisión.

5- OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO

Una vez el médico establezca una relación profesional con su paciente, la terapéutica deberá continuar hasta que el enfermo sane, o cambie voluntariamente de médico, o sea remitido a manos de otro especialista.

Sin embargo, existe el área de la medicina institucional, en donde por razones de organización burocrática el paciente debe ser controlado por el médico de turno. En este caso, la relación médico-paciente que ya ha sido alterada por el tipo de ejercicio, también cambia un poco debido a la "despersonalización" en el manejo de los enfermos.

6- OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO

Como hemos mencionado, la medicina es por esencia una carrera humanística y tiene como objetivo apoyar en todo momento al enfermo. Baste recordar de nuevo la famosa frase: "Curar a veces, aliviar a menudo, consolar siempre".

El médico debe constituirse en consejero, buscando siempre la decisión que sea más conveniente a su enfermo.

7- CERTIFICADO MÉDICO

Es el documento en el cual el médico hace constar un hecho o característica de un paciente, para que tenga efecto algún hecho jurídico adicional. En otras palabras, se deja constancia de alguna enfermedad o estado de salud, aptitud o daño orgánico específico, para que posteriormente tenga aplicabilidad en otro hecho o acto.

De acuerdo con lo anterior, el Contrato de Asistencia Médica y el Acto Médico con el cual se cumple puede ser de dos tipos: Privado e Institucional.

IX- ACTO MÉDICO PRIVADO

Hace referencia a la relación directa entre el enfermo y el médico escogido por el mismo, sea por voluntad propia, recomendación de otras personas o remisión privada de otros colegas.

Entre el paciente privado y su médico se establece la típica relación de contrato consensual, por la cual el médico se compromete a colocar todos los medios de su parte para devolver o mantener la salud del enfermo, quien a su vez adquiere el compromiso de pagar unos honorarios al profesional por su trabajo.

X- ACTO MÉDICO INSTITUCIONAL

Esta forma de relación puede ser de varios tipos:

-A través de entidades hospitalarias de servicio publico en donde el médico es un empleado a sueldo.
-A través de instituciones como el Seguro Social
-Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato.
-Por medio de empresas de medicina prepagada
Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno o llamada.

Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que más bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería garantizar al enfermo la mejor atención posible.

La atención institucional es una forma de permitir el acceso a la salud a gran cantidad de personas que en forma individual y privada no lo hubieran podido conseguir. Sin embargo, se ha encontrado una relación distinta con el paciente, si no en el aspecto profesional si por lo menos en el área afectiva.

No se puede negar la burocratización e ineficiencia en muchas de las entidades prestadoras de servicios y el predominio de la parte económica, circunstancia que puede resumirse en el cambio de " Hacer lo que sea mejor para el paciente " por " Hacer lo que sea mejor para la empresa-industria de Salud ".

CAPÍTULO 28 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

10 de diciembre de 1948, Francia

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en los que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra, de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado, en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos de los hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto

universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre;

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La asamblea general proclama

La presente declaración universal de derechos humanos con ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como en los territorios colocados bajo su jurisdicción.

• Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos y los otros.

• Artículo 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

• 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona; tanto si se trata de país independiente, como de un territorio bajo la administración fiducitaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

• Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

• Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formás.

• Artículo 5. Nadie será sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

• Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

• Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho igual a la protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

• Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que las ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

• Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

• Artículo 10. Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

• Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público donde se le hubiesen asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

• 11.2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito.

• Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

• Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

• 13.2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país.

• Artículo 14.1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

• 14.2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

• Artículo 15.1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

• 15.2. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

• Artículo 16.1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

• 16.2. Sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

• 16.3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

• Artículo 17.1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

• 17.2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

• Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

• Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

• Artículo 20.1. Toda persona tiene el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
20.2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

• Artículo 21.1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes libremente escogidos.

• 21.2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

• 21.3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

• Artículo 22. Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

• Artículo 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

• 23.2. Toda persona tiene derecho sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual.

• 23.3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una

existencia confortable a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social.

• 3.4. Toda persona tiene el derecho fundamental a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

• Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo, y a vacaciones periódicas pagadas.

• 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; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

• 25.2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

• Artículo 26.1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental general y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos en función de los méritos respectivos.

• 26.2. La educación tendrá por objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

• 26.3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

• Artículo 27.1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente

en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios de los que de él resulten.

• 27.2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan en razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

• Artículo 28.1. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos.

• Artículo 29.1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

• 29.2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

• 29.3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

• Artículo 30. Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

CAPÍTULO 29 LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015

(Febrero 16) POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO I
Objeto, elementos esenciales, principios, derechos y deberes

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Artículo 3°. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

Artículo 4°. Definición de Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades , obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.
Artículo 5°. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;

b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;

c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;

d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;

e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;

f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;

g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;

h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;

j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.

Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con

educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada,

este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;
e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Artículo 7°. Evaluación anual de los indicadores del goce efectivo. El Ministerio de Salud y Protección Social divulgará evaluaciones anuales sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de los elementos esenciales de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.

Con base en los resultados de dicha evaluación se deberán diseñar e implementar políticas públicas tendientes a mejorar las condiciones de salud de la población.

El informe sobre la evolución de los indicadores de goce efectivo del derecho fundamental a la salud deberá ser presentado a todos los agentes del sistema.

Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Artículo 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán ‘ orientadas principalmente al logro de la equidad en salud.

El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados.

Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales,

económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;

c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;

d) A obtener una información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir tratamiento de salud;

e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;

f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;

g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;

h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;

i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;

j) A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad;

k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine;

l) A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito;

m) A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos;

n) A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley;

o) A no ser sometido en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento;

p) A que no se trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;

q) Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad.

Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;

b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;

c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud;

e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema;

f) Cumplir las normas del sistema de salud;

g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud;

h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;

i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago

Parágrafo 1°. Los efectos del incumplimiento de estos deberes solo podrán ser determinados por el legislador. En ningún caso su incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos. En ningún caso su incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos.

Parágrafo 2°. El Estado deberá definir las políticas necesarias para promover el cumplimiento de los deberes de las personas, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1°.

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán

definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Parágrafo 1° Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos sicológicos y psiquiátricos que requieran.

Parágrafo 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011.

CAPÍTULO II

Garantía y mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud

Artículo 12. Participación en las decisiones del sistema de salud. El derecho fundamental a la salud comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del sistema de salud que la afectan o interesan. Este derecho incluye:

a) Participar en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación;

b) Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema;

c) Participar en los programas de promoción y prevención que sean establecidos;

d) Participar en las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías;

e) Participar en los procesos de definición de prioridades de salud;

f) Participar en decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud;

g) Participar en la evaluación de los resultados de las políticas de salud. Artículo 13. Redes de servicios. El sistema de salud estará organizado en redes integrales de servicios de salud, las cuales podrán ser públicas, privadas o mixtas.

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.

El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

Parágrafo 1°. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

Parágrafo 2°. Lo anterior sin perjuicio de la tutela.

Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

e) Que se encuentren en fase de experimentación;

f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.

Artículo 16. Procedimiento de resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud. Los conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley.

CAPÍTULO III
Profesionales y trabajadores de la salud

Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.

Artículo 18. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud. Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales.

CAPÍTULO IV
Otras disposiciones

Artículo 19. Política para el manejo de la información en salud. Con el fin de alcanzar un manejo veraz, oportuno, pertinente y transparente de los diferentes tipos de datos generados por todos los actores, en sus diferentes niveles y su transformación en información para la toma de decisiones, se implementará una política que incluya un sistema único de información en salud, que integre los componentes demográficos, socioeconómicos, epidemiológicos, clínicos, administrativos y financieros.

Los agentes del Sistema deben suministrar la información que requiera el Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos y condiciones que se determine.

Artículo 20. De la política pública en salud. El Gobierno Nacional deberá implementar una política social de Estado que permita la articulación intersectorial con el propósito de garantizar los componentes esenciales del derecho, afectando de manera positiva los determinantes sociales de la salud.

De igual manera dicha política social de Estado se deberá basar en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad y su atención integral, oportuna y de calidad, al igual que rehabilitación.

Artículo 21. Divulgación de información sobre progresos científicos. El Estado deberá promover la divulgación de información sobre los principales avances en tecnologías costo-efectivas en el campo de la salud, así como el mejoramiento en las prácticas clínicas y las rutas críticas.

Artículo 22. Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en Salud. El Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Artículo 23. Política Farmacéutica Nacional. El Gobierno Nacional establecerá una Política Farmacéutica Nacional, programática e integral en la que se identifiquen las estrategias, prioridades, mecanismos de financia-

ción, adquisición, almacenamiento, producción, compra y distribución de los insumos, tecnologías y medicamentos, así como los mecanismos de regulación de precios de medicamentos. Esta política estará basada en criterios de necesidad, calidad, costo efectividad, suficiencia y oportunidad. Con el objetivo de mantener la transparencia en la oferta de medicamentos necesarios para proteger el derecho fundamental a la salud, una vez por semestre la entidad responsable de la expedición del registro sanitario emitirá un informe de carácter público sobre los registros otorgados a nuevos medicamentos incluyendo la respectiva información terapéutica. Así mismo, remitirá un listado de los registros negados y un breve resumen de las razones que justificaron dicha determinación.

Parágrafo. El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social, estará a cargo de regular los precios de los medicamentos a nivel nacional para los principios activos. Dichos precios se determinarán con base en comparaciones internacionales. En todo caso no podrán superar el precio internacional de referencia de acuerdo con la metodología que defina el Gobierno Nacional.

Se regularán los precios de los medicamentos hasta la salida del proveedor mayorista. El Gobierno Nacional deberá regular el margen de distribución y comercialización cuando éste no refleje condiciones competitivas.

Artículo 24. Deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas. El Estado deberá garantizar la disponibilidad de los servidos de salud para toda la población en el territorio nacional, en especial, en las zonas marginadas o de baja densidad poblacional. La extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. En zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad.

Artículo 25. Destinación e inembargabilidad de los recursos. Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente.

Artículo 26. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

EL PRESIDENTE DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA

JOSÉ DAVID NAME CARDOZO

EL SECRETARIO GENERAL DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA

GREGORIO ELJACH PACHECO

EL PRESIDENTE DE LA H. CÁMARA DE REPRESENTANTES

FABIO RAUL AMIN SALEME

EL SECRETARIO GENERAL DE LA H. CÁMARA DE REPRESENTANTES

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

REPÚBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

En cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia C-313 de fecha veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014) - Sala Plena – Radicación: PE-040, y al Auto 377 del tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014) - Sala Plena -, proferidos por la Honorable Corte constitucional, se procede a la sanción del proyecto de Ley, la cual ordena la remisión del expediente al Congreso de la República, para continuar el trámite de rigor y posterior envío al Presidente de la República.

Dada en Bogotá, D.C., a 16 de febrero de 2014

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

EL MINISTRO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

ALEJANDRO GAVIRIA URIBE

NOTA: Publicado en el Diario Oficial 49427 de febrero 16 de 2015

BIBLIOGRAFÍA MÚLTIPLE

Otero C.La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, D.C., 2006

Ayala Corrao Carlos M (2002) "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias" en Méndez Silva, Ricardo (Ed) Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM.

Alonso M. Revolución de la información y armonía mundial. Innov Ciencia (Bogotá) V(1):132,1996.

Berwick DM, Nolan TW. Physicians as leaders in improving health care: a new series in Annals of Internal Medicine. Ann Int Med 128:289-292. 1998

Castaño Yepes, RA. Medicina, ética y reformas a la salud. Hacia un Nuevo Contrato Social con la Profesión Médica. Fundación Creer. Bogotá, 1999b.

Cruess RL, Cruess SR, Johnston SE. Professionalism and medicine's social contract. J Bone Joint Surg 82-A:1189-1194. 2000

Esguerra R. La desprofesionalización de la medicina. Acta Med Colomb 25:207-209. 2000

Ginsburg S, Regehr G, Hatala R, et al. Context, conflict, and resolution. A new conceptual framework for evaluating professionalism. Academic Medicine 75:S6-S11. 2000

Langley GR. Ethics, professionalism and the Royal Collage. Royal College Outlook, Issue 1, Volume 1, Spring 2004.

Lawrence W Jr. Is our level of professionalism where it should be? Bull Amer Coll Surg 89:21-25. 2004

Patiño JF. La desprofesionalización de la medicina en Colombia. Acta Med Colomb 26:43-49. 2001

Patiño JF. La desprofesionalización de la medicina. En: Ley 100: Reforma y crisis de la salud. Parte II. Editado por JF Patiño Restrepo y la Comisión de Salud de la Academia Nacional de Medicina de Colombia. Academia Nacional de Medicina. Bogotá, 2002a.

Patiño JF. Paradigmas y dilemas de la medicina moderna en el contexto de la atención gerenciada de la salud. En: Ley 100: Reforma y crisis de la salud. Parte II. Editado por JF Patiño Restrepo y la Comisión de Salud de la Academia Nacional de Medicina de Colombia. Academia Nacional de Medicina. Bogotá, 2002b.

Patiño JF. Los profesionales de la salud y la Ley 100. En: Ley 100: Reforma y crisis de la salud. Parte II. Editado por JF Patiño Restrepo y la Comisión de Salud de la Academia Nacional de Medicina de Colombia. Academia Nacional de Medicina. Bogotá, 2002c.

Patiño JF. La desprofesionalización de la medicina. Debates (Univ. de Antioquia) No. 37, enero-abril de 66-75.2004

Pellegrino ED, Relman AS. Professional medical associations. Ethical and practical guidelines. JAMA 282:984-986.1999

Swick HM, Szenas P, Whitcomb ME. Teaching professionalism in undergraduate medical education. JAMA 282:830-832.1999

Wynia MK, Latham SR, Kao AC. Medical Professionalism in Society. N Engl J Med 341:1612-1616. 1999

Dulitzky, Ariel "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en Abregú, Martín. Courtis, Christian La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS. 2004

Fernández Entalgo, Jesús. "Aplicación judiucial de los tratados y convenios de derechos humanos: el caso de España" en Gustavo Gallón (Comp) Espacios internacionales para la justicia colombiana, Vol. II. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. 1992

Guzmán, F. Moreno, S. Dignidad Humana y derechos Fundamentales. Gazeta del Tribunal Nacional de Ética Médica. Bogota. 2015

Guzmán, F. Moreno, S. La ley estatutaria en salud (ley 1751 de 2015) y el derecho fundamental a la salud. Gazeta del Tribunal Nacional de Ética Médica. Bogota. 2015

O´Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los derechos humanos. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos. 2004
Pinto, Mónica. "El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en Abregú, Martín. Courtis, Christian. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS. 2004

Uprimny, Rodrigo. "Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte" en Gustavo Gallón (comp.) Guerra y Constituyente. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. 1991

Uprimny, Rodrigo. "El "Bloque de Constitucionalidad" en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal" en Daniel O´Donnell, Inés Margarita. 2001

Guzmán, F. Cambiara el Ejercicio de la Profesion Médica? Prensa Médico-Quirúrgica 1994; 1:3,8.

Guzman F, Franco E, Morales MC, Mendoza J. El Acto Médico. Implicaciones éticas y legales. Acta Med Col 1994; 19: 139-149

Guzmán F. Estamos los médicos incluidos dentro de las leyes de oferta y demanda ? Bol Asoc Médica de los Andes 1994; 2:2-3

Guzmán F. La medicina actual: Un simple juego entre oferta y demanda. Prensa Médico Quirúrgica 1995; 4: 5.

Guzmán F. Seguridad Social, nueva era de protección para los individuos. Vida y salud. Abril 7/95. 1D

Guzmán F. Cual es el médico que Colombia necesita ? Vida y salud. Abril 7/95.

Guzmán F. John Locke: Enseñanza por experiencia y gobierno por tolerancia. Vida y salud. Abril 7/95

Guzmán F. El gasto médico en las empresas de medicina prepagada. Prensa Médico-Quirúrgica 1995; 5:10-11

Guzmán F. La equidad en la Ley 100 de 1993. Notas Med Interna 1996; 1 (3): 1,4.

Guzmán F, Rosselli DA. Ejercicio médico, salario y ética profesional. Plastikos 1996; 1:37-48

Camacho M, Rosselli D, Guzmán F. La Ley 100, Una Visión General. Pediatría 1996; 31: 8-13

Guzmán F. Tambalea la factibilidad financiera de la Ley 100 ?. LA República. Enero 28/97. P 6B

Guzmán F. Ejercicio médico, salario y ética profesional. Rev Col Cirugía 1997; 12: 52-57

Guzmán F. La irresponsable proliferación de facultades de medicina. Notas Med Interna 1997; 1(5): 3-4

Guzmán F. Las empresas de medicina prepagada.. Notas Cabeza y Cuello 1997; 7: 1 y 4.

Guzmán F. Tambalea la factibilidad financiera de la Ley 100 ? Rev Col Respons Médico Legal 1997; 3: 39-42

Guzmán F. Las funciones del Estado y las pretensiones neoliberales (I-Planteamiento). La República. Agosto 2/97. P6

Guzmán F. La proliferación de Facultades de Medicina. Página del Presidente de la Federación Médica Colombiana. Heraldo Médico 1997; 223: 1216.