

Cuadernos de
la **Maestría**
en **Derecho** No.4

Sección Alumni

La reparación de los derechos fundamentales en el ejercicio del derecho privado desde la práctica médica

The return of fundamental rights in law from private medical practice

Jaime Restrepo Manotas*

Resumen

Este artículo pretende vislumbrar la relación entre el ejercicio de los derechos de las instituciones de salud privadas y los Derechos Fundamentales en el ámbito médico de Colombia; por lo que en el desarrollo de este trabajo investigativo se presenta un esbozo de la transformación del derecho, un análisis de los derechos fundamentales en el derecho privado y se revisarán algunas sentencias nacionales donde se hallan violentado los derechos fundamentales en contextos del derecho privado para finalmente mostrar cómo se han reparado tales derechos constitucionales.

Palabras clave

Derechos fundamentales, derecho privado, restitución de derechos, sentencias nacionales.

* Dr. Jaime Alberto Restrepo Manotas. Ortopedistas y Traumatólogo, Universidad Nacional de Colombia, miembro titular de la Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatología. SCCOT. Miembro de la Sociedad Latinoamericana de Artroscopia (Slar), Capítulo de Artroscopia de la SCCOT. Abogado. Candidato a Ph.d en Derecho, Universidad Sergio Arboleda. Médico Cirujano de la Clínica La Camelia. Manizales-Colombia. Correo electrónico: jrestrepomanotas@gmail.com

Abstract

This article seeks to discern the relationship between Private Law and Fundamental Rights in the medical field in Colombia, so in the development of this research paper provides an outline of the evolution of law, an analysis of the fundamental rights in law review some private domestic awards where fundamental rights are violated in private law contexts to finally show how such constitutional rights have been restored.

Key words

Fundamental rights, private law, restoration of rights, national judgments.

La eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares y el deber de protección del Estado fue dibujado con nitidez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva No. 18/03, planteada por México en mayo del año 2002 para contrarrestar los efectos que para todos los inmigrantes ilegales devenían de la decisión judicial adoptada en marzo del 2002 por el Tribunal Supremo estadounidense en el caso Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board. (González, 2013, p. 13-14).

Introducción

Tras los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia, existen creencias, valores y principios arraigados en la cultura desde sus redes de interacción y de coacción que evidencian su praxis, dado que no sólo a través de los derechos fundamentales se reconocen los seres humanos en su integridad y dignidad, sino que además permiten que se establezcan límites al poder, los cuales deben respetar la vida, la dignidad, la libertad, la autonomía; considerando estos derechos esenciales para su desarrollo íntimo y social.

La historia ha mostrado y continúa mostrando grandes atropellos que seres humanos han cometido con otros de su misma especie, como por ejemplo fue todo lo que aconteció durante la segunda guerra mundial y el ordenamiento legislativo antes, du-

rante y después de ésta; otra muestra de ello sucedió en Estados Unidos con el caso Tuskegee, en el cual se realizaron investigaciones médicas en poblaciones *afro* haciendo tratamientos experimentales con seres humanos infectados de sífilis de los cuales a algunos se les dejaba morir, mientras otros recibían los medicamentos adecuados para el tratamiento de la enfermedad.

Se encontraron sentencias, -que se presentan más adelante- que han fallado a favor de las personas que han vivido en carne propia las injusticias cometidas por instituciones privadas en el ejercicio de su derecho, y es entonces cuando en favor del resarcimiento de los derechos y de las necesidades vitales, algunos logran después de ires y venires el cumplimiento de las leyes a favor de su integridad con relación a la equidad. Es bajo este contexto cuando emerge la figura de John Rawls (1971) con su pensamiento político y filosófico: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento” (p. 11). Por ello, los derechos fundamentales se deben proteger como limitantes del poder: se deben aplicar en el ejercicio del derecho privado, puesto que las vulneraciones a los derechos fundamentales se presentan principalmente en este contexto.

La problemática planteada en esta propuesta se divide en tres partes: la primera es la violación de derechos fundamentales en el sector salud privado colombiano; la segunda es ver la forma cómo se reparan tales derechos y tercero, ver de manera explícita la forma en que se asume la violación de derechos fundamentales con relación al ejercicio del derecho privado en la legislación nacional.

Naturaleza de los derechos

Las sociedades han pasado por diversas etapas y momentos, comenzando por las más tribales (mal llamadas primitivas), hasta llegar a nuestras sociedades modernas las cuales poseen un mayor grado de complejidad, lo cual necesariamente no indica que sean mejores o más justas.

A lo largo de este camino las sociedades han buscado formas de organizarse, desde diferentes ámbitos como el académico, so-

cial, económico, y esto ha dado paso a la creación de instituciones públicas y privadas, las cuales a su vez se han modificado en el tiempo no sólo operativamente sino desde sus perspectivas filosóficas. Sin embargo algunas instituciones como la médica, la cristiana y la jurídica no han perdido su papel hegemónico, a la hora de 'normalizar' las relaciones entre los hombres.

En un comienzo (antiguo régimen) el poder era absolutista, encarnado básicamente en la figura de una persona que poseía carisma, esto lo hacía atractivo para sus súbditos. Esta figura de poder no estaba sujeta a ninguna limitación institucional, por cuanto se entendía que provenía directamente de la divinidad. El poder divino era algo naturalizado que no generaba ningún tipo de duda o cuestionamiento, era un poder único, monolítico e inalienable que no estaba sujeta a ningún tipo de ley o intermediario.

Posteriormente con el paulatino surgimiento del Estado, se limita el poder monárquico-señorial en la sociedad feudal, donde los grandes señores tienen potestad ante sus súbditos, pero ya inmersos en ciertas reglas que de una u otra manera regulaban, principalmente relaciones comerciales y de tributo.

Estas reglas pueden hacer parte de la base del derecho moderno, que muestra el desarrollo del proceso regulatorio de la sociedad occidental y sus matices; pero como desarrollo del sometimiento del poder al derecho, permite ver el aporte en el proceso de consolidación del derecho en la sociedad moderna.

En este sentido ¿Por qué se consideran importantes los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales en Colombia? ¿Qué sentido tiene hablar Derechos fundamentales, especialmente el de la vida y la salud, en un país en el que día a día son vulnerados? ¿Qué significado tienen tales derechos en la Constitución Política de Colombia?

Para tratar de dar solución a las anteriores inquietudes, se debe comprender el surgimiento de los Derechos Humanos, así, la ciencia jurídica permite remontarse al iusnaturalismo y el iuspositivismo -(el primero es conocido como un derecho natural, que poseen los hombres por su propia connotación, y ésta puede

estar dirigida hacia un plano metafísico, donde predomina la importancia de valores universalmente dados al hombre, mientras que el segundo, se fija específicamente en las relaciones humanas existentes en un determinado momento histórico, por lo que en él prima el ajustarse a normas creadas para convivir en sociedad. Se puede observar entonces, que las relaciones sociales no son estáticas, sino dinámicas)-, como puntos de vista diferentes, en los que ambas teorías permiten legitimar las leyes.

Es decir, con el advenimiento del derecho tanto natural como positivo, se ve la forma en que las relaciones entre los hombres han tenido que ser reguladas, esto quiere decir que el derecho ha sido un refinamiento a la forma de regular las relaciones entre los hombres y marca principalmente la separación que suscita como objeto y razón de ser del derecho, entre religión y sociedad. En términos de que ya no es lo religioso lo que impone una especie de “piso” sobre lo cual juzgar, sino que es la sociedad, quien sobre las leyes determina como sancionable lo que en las leyes se consolida.

Lo esencial es comprender que como seres humanos, sociales, participativos, autónomos, nos pertenece cumplir con derechos y deberes. El compromiso con los derechos del hombre, se desarrolló con mayor vehemencia en 1948 cuando en Francia se logra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque esto ya se venía dando en Estados Unidos, y otros países que terminaron promoviendo el cumplimiento de dicha declaración producto de la reflexión de las siniestras guerras mundiales. Así se caracterizó tal declaración como un paso adelante hacia la esperanza. Algunas de las características de los derechos proclamados fueron la universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, y la imprescriptibilidad.

Con el triunfo de la Revolución Burguesa se desarrollaron relaciones socioeconómicas de orden capitalista, que generaron cambios profundos en el ejercicio del poder, limitando la intervención del estado en aspectos muy particulares y específicos (supuestos minimalistas), como “garantizar la seguridad o paz social, el orden público y la vida de los coasociados” (Sierra, 2011, p. 118), además que desde la misma burguesía se propuso la re-

volución; es decir, un cambio de orden social, en el cual ya no se tuviera en cuenta lo sucedido anteriormente.

Había un nuevo orden que crear sin mirar los horizontes que antes lo habían formado. Su organización y el referente para asumir los cambios entraron en duda y reflexión para establecer aquel nuevo orden no dirigido por la aristocracia sino por un sector de comerciantes que habían acumulado riqueza producto de su actividad económica y, que empezaba a ponerle condiciones a su forma de organizarse. Esta época tiene su final con la muerte del rey Luis XVI en Francia y el final de la monarquía como sistema social representativo.

Lo expresado anteriormente, desencadenó en la libertad de las relaciones privadas, pero surgió un desequilibrio con los individuos carentes de capital ya que únicamente contaban con su fuerza de trabajo para la subsistencia. En concreto, el comportamiento del hombre va desde la determinación divina, lo metafísico o lo mágico-religioso, siendo tal determinación llevada a cabo en el acto de la persona; donde su cuerpo, su pensamiento y su mente son representaciones autónomas de la voluntad; hasta el punto en que se encuentra con el otro para relacionarse, mostrándose la relación entre intereses privados.

Esto nos permite visualizar a grandes rasgos los cambios que sufrieron los diferentes modos de ejecutar el poder sobre los otros a lo largo de ciertos momentos históricos, y cómo los derechos fundamentales y constitucionales se encuentran arraigados en la evolución del estado y de la sociedad a la par con la evolución de la constitucionalización del derecho privado en la teoría jurídica.

En este sentido, la mayoría de estados fueron influenciados enormemente por la Revolución Francesa y sus diferentes códigos civiles, que dejaron atrás atisbos monárquicos y dieron paso a las nuevas dinámicas propias de los estados nación (López, 2004).

Las relaciones libres y abiertas con personas o instituciones propiciaron el espectro del derecho privado, poco normado en un comienzo, situación ésta proclive a vulnerar ciertos derechos

fundamentales en razón de poseer una mejor posición social que se establecía principalmente por la acumulación de capital.

Siendo así, los cambios jurídicos conllevaron a que los derechos sólo se pudieran plantear con respecto al Estado mediante leyes, lo que plasmó conceptualmente en un inicio Alemania con la famosa Teoría Tratadista desarrollada por Jellinek en el año de 1905 (que transfirió los derechos subjetivos del derecho privado al derecho público). Posteriormente se abordará el caso alemán y las categorías adaptadas por el alto tribunal de este gran estado nación.

Ahora bien, entrados en recapitular algunos apartes de la historia de Colombia para conocer el surgimiento de los derechos humanos y los derechos fundamentales en el país, Melo (2002) expresa:

La idea de que los seres humanos tienen unos derechos anteriores al Estado, que éste debe respetar, surgió en el siglo XVII, con Hobbes y Locke, y se convirtió, con la declaración de independencia de los Estados Unidos de 1766 y en la Declaración de los Derechos Humanos de Francia, en 1789, en la base de las constituciones modernas. Estos principios, que Antonio Nariño divulgó en 1755, se incorporaron en formas diversas a las constituciones de nuestro país a partir de 1810.

Es preciso decir que nuestra historia está marcada también por el derramamiento de sangre de indígenas y criollos que pelearon en la batalla de la independencia, que se extendió durante 9 años, entre 1810-1819, por los abusos de la corona española, la esclavitud, explotación de seres humanos convertidos en mercancías. Paulatinamente las cosas comenzaron a cambiar no sólo con la victoria de la independencia, sino con la adhesión a la Declaración de los Derechos Humanos, aunque al interior del país las dificultades persistieran con el conflicto armado.

El cumplimiento, al menos escrito de la declaración mencionada, que además juega un papel importante como referente legal y ético, se refleja más exactamente en la Constitución Política de

1991, que además mantiene mecanismos de protección social, y resarcimiento del daño como lo es la tutela (De Vega, 2002).

En el año de 1926 se promulgaron cambios teórico-prácticos que se extendieron a lo largo del mundo por medio de cartas políticas que pretendían defender los derechos fundamentales frente al estado y especialmente ante las relaciones con los particulares, que era el ámbito en donde se violentaban en mayor medida los derechos fundamentales debido a la gran inequidad existente y a la poca normatividad vigente.

Mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales implementados en la Constitución Política de 1991.

En la Constitución Política colombiana de 1991 se consagraron de manera explícita los Derechos Fundamentales de los ciudadanos colombianos, los cuales se encuentran comprendidos dentro de los artículos 11 al 41, derivados éstos de los Derechos Humanos proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de París en el año de 1948.

Dicha declaración sirvió como base para la estructuración de la Constitución de 1991, en donde se definieron los Derechos Fundamentales, al igual que los mecanismos constitucionales y jurídicos para protegerlos, o para resarcirlos, si fuese el caso.

Dentro de los Derechos Fundamentales que se encuentran directamente relacionados con la temática de la salud, y con las diferentes problemáticas que se están abordando se encuentran:

- Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable.
- Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos. El Estado promoverá todas las condiciones para que esa igualdad sea efectiva y real, y se adoptarán medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
- Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de inte-

rés general o particular y a obtener pronta resolución. **El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.**

- Artículo 44. Son Derechos Fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad.
- Artículo 48. La seguridad social es un servicio de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.
- 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. 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 la de su comunidad.

Los últimos tres descritos (44, 48 y 49) pertenecen al capítulo II de los derechos sociales, económicos y culturales, aunque el artículo referente a los derechos en salud (art 48) se asume como fundamental por jurisprudencia.

En cuanto a los mecanismos de protección de dichos derechos se creó la acción de tutela, cuya función se describe claramente en el artículo 86 de la Constitución del 91:

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 aquél 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 sólo 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.

La Constitución actual está acorde con pronunciamientos y acuerdos realizados por organismos Internacionales en donde se procura la salvaguarda de los Derechos Naturales, originándose de éstos, una serie de condiciones y derechos que procuran garantizar una vida digna a cada una de las personas, al igual que emplear mecanismos legales para protegerlos y resarcirlos cuando sea necesario.

A continuación, se mencionan algunos artículos que pueden estar relacionados con la salud y el mecanismo de protección si se infringen.

- Artículo 19. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honras y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los Derechos Naturales, previniendo y castigando los delitos.
- Artículo 21. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.
- Artículo 45. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivo de interés general, ya sea de interés particular y de obtener pronta resolución.

Se observa que el desarrollo teórico de las constituciones acompaña con el desarrollo social de las comunidades. En la constitución del 91 se consolida una democracia participativa y una descentralización progresiva del poder. También se presenta una mayor relevancia en los derechos fundamentales, un establecimiento de algunos aparatos más eficientes en justicia, incluyendo una corte dedicada a la preservación de la propia constitución y la implementación de mecanismos jurídicos, tales como la tutela, el derecho de petición, el *habeas corpus*, el *habeas data* y los derechos grupales que consolidan la protección de dichos derechos plasmados en la constitución.

Incursión de los Derechos Fundamentales en el ejercicio del derecho privado

Esta parte se iniciará con un recuento descriptivo del derecho privado. Este surge como determinante de las relaciones entre particulares o entre estos y el Estado. Se puede ver como oposición al derecho público, el cual rige las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, y los poderes públicos entre sí.

En el derecho privado se relevan normas dispositivas, surgen en caso de no existir concordancia o disposición contractual previa entre los implicados (Escobar, s.f.). Allí, los sujetos están

relacionados bajo la igualdad, al menos en un plano teórico. Es opuesto al derecho público, en el cual la soberanía de los poderes públicos es un condicionante con base en el interés general. El interés cambia de sentido en el derecho privado, en éste se contienen los derechos de los particulares, y como este artículo tiene que ver con la salud como un servicio de carácter público, allí se encuentra el derecho privado rigiendo la actividad de los actores del sistema de salud colombiano.

Históricamente, se ha visto desde Roma la división entre derecho público y privado, aunque en la crítica de esta división se perciban elementos compartidos por ambos, de tal manera se representa en personas jurídicas del derecho público, regidas por el derecho privado, y así también, aspectos del derecho privado alumbran otras del derecho público. Como es frecuente el empleo de esta división, se puede ver con relación a la sub-división al interior de estas ramas del derecho, que el derecho privado se divide en Derecho civil y Derecho mercantil; el derecho público se divide en derecho constitucional y derecho administrativo.

La discusión de fondo se centra en la forma en cómo se relacionan estos dos derechos, que comparten elementos al interior de cada uno y regulan relaciones e intereses opuestos, los cuales entran en disputa en el ejercicio del derecho privado en la prestación de los servicios de salud, para el presente caso; dejando ver que en último grado en el ejercicio del derecho privado se viola el derecho a servicios de salud de las poblaciones asignadas a quienes prestan tales servicios, debido a intereses particulares. Si bien ambos derechos nutren la actividad comercial y legislativa de la nación en materia de salud, esto no las avala para llegar al extremo de que se incumplan los derechos de la población, producto del abuso del derecho privado, violando el derecho fundamental, como se verá más adelante con relación a las sentencias que aquí se presentan.

La composición del derecho privado parte de la constitucionalización de este como del reconocimiento de la persona jurídica, entendiéndose por esto, las entidades que se someten a la obli-

gación (Contreras, 2011). Con ella llega el disfrute de derechos, como la explotación de la salud y de la administración de los recursos de los regímenes en salud. En el ejercicio que da el amparo, cuando se violan las leyes, la respuesta se ve en términos de que las personas natural y jurídica pueden ser objeto de pena, es decir que tienen responsabilidad civil, de ahí que tengan que resarcir o compensar daños y perjuicios.

Esto se refleja con la realidad de los usuarios del sistema de salud, que por medio de la tutela restituyen el derecho a la salud y bajo la responsabilidad se resarcen los daños; sin embargo, el eje en este estudio se basa en la responsabilidad que las personas jurídicas tienen.

Se aborda la relación entre usuario y EPS o IPS como algunas que recaen en la responsabilidad atribuible a la persona natural, es decir el médico, donde entran en juego las figuras de dolo o culpa y aquí se puede ver que la teoría del delito se ha desarrollado sobre la base de la persona natural. Para su relación con las personas jurídicas y su responsabilidad, la persona natural es responsable civilmente, lo cual aplica para Colombia, y se percibe en la forma de restituir lo que se ha violado en el ejercicio de su derecho.

Visto desde el *common law*, se establece que las personas jurídicas son responsables también, es decir como posibilidad de exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, siendo admitido por el derecho continental en algunos casos como Italia o Alemania. En Colombia de alguna manera, con las sentencias que presentaremos podemos ver tal situación.

Por otro lado, lo condicionante y liberador del ejercicio del derecho es la interpretación. Se puede ver como base de las argumentaciones, discursos y servicio que ofrece para fines particulares en el ejercicio del derecho privado conectado con el quehacer del abogado, desde un campo de conocimiento que es determinante en la concepción general del derecho en Colombia.

Este problema nace desde el s. XIX donde surge la preocupación por la interpretación e integración del *corpus iuris* y del Código de Napoleón. Desde este momento, emergen las líneas

hermenéuticas que con el tiempo integraran el derecho nacional; estos discursos nutridos por la actividad en torno al derecho y la interpretación de este, modela la forma de asumir la actividad legislativa de la sociedad. Para el caso de Colombia el art. 8 de la ley 153 de 1887 regula la hermenéutica del derecho nacional, sobre el cual se han presentado tensiones en nuestra teoría del derecho, tensiones que han buscado el sentido del mencionado artículo. Se puede anotar que este artículo ha servido como fundamento normativo para definir el papel del derecho en nuestra sociedad, marcada por los tratadistas, la interpretación temprana, la anti-formalista y la contemporánea (López, 2004).

En lo anterior se pueden ver las limitantes del derecho fundamental en el derecho privado, la prestación de los servicios de salud como servicio-público y el negocio de la salud, dejando claro que ambos pueden entrar en disputa por definir la situación de legalidad o ilegalidad, y como iniciativa producto de la libertad e interpretación de la ley por parte, principalmente, de quienes están en goce del ejercicio del derecho privado, como derecho, a su vez, fundante del ordenamiento social.

Los principales problemas del derecho privado deviene de la interpretación y del conocimiento

Actualmente podemos ver que ambos derechos convergen en la integralidad del ser pudiéndose hablar de horizontalidad en las relaciones sociales y solo desde este plano se puede hacer tal afirmación, que si bien, es cierto no se presenta en la totalidad de las situaciones, permite que se generen debates en donde se abogue por universalizar los derechos fundamentales sin importar el ámbito en el cual se presente, y en especial que a estos derechos se les reconozca la fuerza de ley de la que sí gozan los derechos fundamentales de las cartas magnas de los estados nacionales, así solventar la problemática y la discusión entre naturalistas y positivistas.

Este tipo de ideas permite una tendencia hacia la constitucionalización del derecho privado, impactando de una manera contundente y positiva la relación entre particulares. Valdría la

pena preguntarse ¿hasta qué punto los derechos fundamentales impactan los derechos privados? ¿Qué consecuencias acarrea en las relaciones que se gestan entre particulares?

Ambos derechos, los fundamentales y los privados, se relacionan de manera directa con los sistemas jurídicos, lo cual genera un orden social, determinando las relaciones entre los hombres y los intereses particulares al interior del estado nación.

Tomemos como ejemplo algunos países del continente europeo que marcan vanguardia en esta temática; por ejemplo el derecho alemán, holandés e inglés son resaltables al haber sido copiados sus modelos jurídicos por numerosas naciones y adaptándose a los diferentes contextos que en cada nación se presentan. Para el derecho alemán y el holandés la relación entre los derechos fundamentales y los derechos privados recae sobre el tribunal constitucional cuyos jueces son expertos en resolver litigios acerca de estos temas; el modelo inglés en cambio, deja estas competencias a las cortes ordinarias.

Lo que se puede observar es que en estos sistemas jurídicos existe una subordinación del derecho privado con relación a los derechos fundamentales, respetándose al máximo la dignidad de las personas y evitando en gran medida la vulneración de derechos fundamentales en espacios privados. Posterior a esto, idearon tribunales internacionales que tienen incidencia directa en casos complejos que los sistemas jurídicos de estos países no pudieron mediar o decidir.

En España señala la sentencia 18 del año 1984 (RTC, 1984/18, fundamento jurídico 6) que “en un estado social de derecho no se puede sostener con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. Las relaciones entre particulares no pueden quedar excluidas del ámbito de principio de igualdad. Lo anterior implica un cambio en la visión acerca de lo que se legisla con base en los derechos fundamentales y humanos, por ende de interpretación.

La doctrina instaurada por el Alto Tribunal Alemán en el año 1958 resuelve que podemos clasificar en dos dimensiones los derechos fundamentales: Objetivos y Subjetivos.

Los derechos subjetivos son de naturaleza reaccional que garantizan que cada uno de los ciudadanos considerados individualmente, goce de un status político de libertad e igualdad en su ámbito particular de existencia. Pero a la par son también elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana, justa y pacífica que integra la propia configuración del estado como social y democrático de derecho (Vivas, 2008, p. 210).

Las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales-inmateriales impuestos al poder público y a la colectividad por la propia dignidad humana, sin importar que él o los individuos se encuentren en ambientes privados. Esto permite inferir que pese a las relaciones existentes entre particulares en el derecho privado, no se podrán desconocer los contenidos esenciales que guardan los derechos fundamentales. En contraposición, en Alemania la doctrina *Drittwirkung* afirma que los derechos fundamentales no son ilimitados y que deben de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos están establecidos por medio de un contrato social, puesto que los integrantes de dicho contrato lo hicieron con plena autonomía y conocimiento.

Es evidente que los derechos fundamentales operan desigualmente en cualquier relación entre privados, en los llamados conflictos horizontales el juez debe respetar la libertad individual evitando una alienación desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y en definitiva del derecho privado (Hernández & Guerra, 2012). Con base en la interpretación legal bajo cualquiera de sus fuentes, se debe intervenir en los contratos propios del derecho privado, en aquellos casos en donde haya evidentes infracciones de los derechos fundamentales que agredan valores esenciales y mínimos de convivencia social o que atenten contra el orden público (Moreno, 2012).

Con este desarrollo se puede entrar a analizar casos puntuales en un ámbito específico de la vida social colombiana, en donde podremos ver cómo se relacionan los derechos fundamentales con el derecho privado en los servicios de salud, tratando de mostrar ordenamientos o sentencias que sobre la materia haya proferido nuestras altas cortes.

El derecho privado y la importancia de garantizar los derechos fundamentales en la práctica médica

Siguiendo las líneas anteriores, y contextualizándolo en el área médica, se puede decir que enfermarse en nuestro país sin tener algún poder económico pareciera para muchos una maldición que se apoderara de sus vidas, y así, postrados en la necesidad de respuesta a la dignidad que queda, hay que hacer frente a las malas atenciones en los servicios médicos, los tiempos para asignar una cita o para remitir a un especialista (Ovalle, 2009). Una cita que muchas veces no dan junto a las situaciones de urgencia, donde se muestran los llamados paseos de la muerte, como algunas características de un largo inventario.

Lo que aquí se verá es en esencia un clamor de respeto y reconocimiento de los derechos. La dignidad del hombre no debe coartarse nunca, en una relación contractual debe primar los derechos fundamentales más que los deseos económicos, los cuales acaban con la fe humana hacia los profesionales de la salud y el sistema, afectándose el servicio con calidad humana que deben dar a la sociedad; entonces, ¿Cómo influye el derecho privado en la restitución de los derechos fundamentales?

Según Gonzalez Dávila (2013), “la autonomía privada y la libertad contractual no pueden prevalecer ante una situación de desigualdad fáctica vulneradora de derechos fundamentales, por lo que actuar de otro modo sería concebir la libertad contractual en términos formales y no reales” (p. 8) (Sen, 2005).

El respeto por los derechos y la dignidad humana se constituyen en pilares de convivencia y en limitantes de ambición y poder cuando se quieren coartar las libertades del otro. En esta medida

el derecho privado subordina al otro, lo cual cosifica la actuación cotidiana, por ello es indispensable mientras no hay un claro reconocimiento a los derechos humanos, acudir a las instancias necesarias para lograrlo (Stark, 2002).

Se puede expresar entonces, que la acción de la Corte Constitucional muestra el camino y los ejemplos por los cuales se han restituido en casos específicos el derecho a la salud desde el punto de vista de derecho fundamental. Se abre paso para escudriñar los fundamentos que tienen los jueces a la hora de juzgar desde la misma perspectiva que las fuentes del derecho han establecido para tal fin, en caso tal de que se desee buscar información en este contexto, lo cual no hace parte de este intento, pero se muestra como ventana para la investigación.

Sentencias nacionales que permiten ver el restablecimiento de los derechos fundamentales

Los fallos de las sentencias están amparados en derechos legítimamente constitucionales, en principios y valores de un estado social, libre y de derecho, el cual ampara a toda persona nacida en Colombia. Derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a poder acceder a un cubrimiento en salud de manera oportuna, que se brinden todas las prestaciones del servicio de salud garantizando buscar una mejoría de la enfermedad o del dolor, paliar las dolencias en una persona con pronóstico terminal, prestar atención especializada si es conveniente para mejorar la salud del paciente, realizar procesos médico-quirúrgicos para aumentar siempre en lo posible la calidad de vida, son pautas relevantes para re-pensar la correlación, profesional de la salud-paciente.

Las leyes, decretos y normas que nos rigen como sujetos políticos de derechos, están basados en presupuestos filosóficos sobre una moral humana, sobre el actuar desde la virtud, el servicio humano y la responsabilidad profesional. Es por ello que el *deber ser* en la sociedad es una guía moral hacia un fin, y este debería no ser otro que ser más humanos.

Castaño (1997) recuerda que: “La ley 23 de 1.981, en el art. 2 consagra el principio de beneficencia (...), el art 3 expresa que el médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley” (p. 359).

También hace referencia la misma autora al art. 11 de la ley de ética médica, que expresa: “la actitud del médico frente al paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación. Y no hará pronóstico de la enfermedad sin las suficientes bases científicas” (1997, p. 93).

Teniendo en cuenta los anteriores preceptos generales (Rodríguez, 2012), a continuación se exponen algunos casos de sentencias colombianas como la sentencia de tutela T203 de 2008, que fue presentada por Fernando Cuéllar Pedraza padre del menor Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, el 12 de febrero de 2007 a quien en vista de sus padecimientos, no fue atendido de manera adecuada, durante el proceso de su enfermedad (*‘síndrome hipotónico severo agresivo, síndrome convulsivo, síndrome broncoobstructivo recurrente reagudizado hipersecretor, reflujo gastroesofágico, transtorno severo del desarrollo psicomotor’*) siéndole vulnerados derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad, a la seguridad social por parte de Medicina Prepagada Colsanitas S. A. al restringirle servicios médicos profesionales necesarios para mejorar en alguna medida, su calidad de vida.

A favor del joven falla la sentencia en primera instancia, la cual expresó el deber de protección de los servicios de hospitalización domiciliaria que le venían prestando. Lastimosamente se percibe que la E.P.S. no asume un papel responsable ante las necesidades de su afiliado en el caso mencionado, entonces su papel mas allá de ser garante de derechos se restringe a ser administradora de recursos de la nación, donde la financiación del servicio esta sujeto a la relación costo-beneficio.

Según expresa la sentencia en la segunda instancia esta es impropcedente ya que el menor fallece, pero a pesar de ser favorecido

el menor en primera instancia, la entidad de Medicina Prepagada no cumplió a cabalidad los servicios médicos como se requería, entonces, ¿por qué genera debate y una necesidad reflexiva la presente sentencia? La argumentación es de índole económica y jurídica, la primera ya que aseguradoras y E.P.S, al momento de un contrato verbal y escrito deben ser absolutamente claras en la información que otorgan a los usuarios/pacientes.

Dado que en la presente sentencia se expresa que no quedó claro el límite de las obligaciones contractuales; las exclusiones y los derechos del usuario/paciente, se manifiesta inconformidad y seguramente desconcierto al momento de utilizar los servicios que la misma institución ofreció en un primer momento, razón que permite decir que la institución no puede extralimitarse en su autonomía privada de la libertad, y no responsabilizarse de sus obligaciones.

También, se puede recoger en la sentencia un valor jurídico y filosófico importante ya que a pesar del fallecimiento del menor luego del fallo en segunda instancia, la sentencia pretende ahondar en argumentaciones sobre el recurso de tutela para el amparo de los derechos fundamentales, y como primera medida queda plasmada la importancia de hacer valer estos derechos y más cuando se trata de un menor de edad, ya que desde la Constitución, sus derechos prevalecen sobre los demás de modo preferente.

Finalmente, esta sentencia tiene relevantes alcances en el ámbito médico, jurídico, ya que logra a pesar de la carencia del objeto, una reflexión sobre la actuación de Medicina Prepagada, que será a su vez analizada, según reza la sentencia, por la Superintendencia Nacional de Salud para que analice lo que sea procedente en este caso.

Continuando con el análisis de otras sentencias, la sentencia T-795/08, el accionante Fernando Díaz del Castillo Hernández arguye la necesidad de practicársele un examen diagnóstico, ya que le descubrieron, *linfoma de hodkings* en etapa IIB cuando estudiaba en Estados Unidos, donde le hicieron los exámenes

pertinentes, que debían seguirse practicando cada seis meses durante dos años más para observar el estado de la enfermedad y el tratamiento a seguir, al regresar a Colombia, Medicina Prepagada Colsánitas (a pesar de ser beneficiario desde el 1 de diciembre de 1987) le negó el PET CT, y en cambio le sugirieron otro procedimiento ya que el anterior no estaba considerado como urgente o de carácter vital (*es importante hacer la salvedad que no se tiene algún tipo de problema personal con Medicina Prepagada Colsánitas, dado que el estudio de estas sentencias se hizo al azar sólo observando que se tratara de usuarios con problemas o dificultades en el área de la salud*).

El caso en mención, puede evidenciar la poca claridad en el cumplimiento del contrato; rodeos que muestran la falta de seriedad de la institución para asumir sus obligaciones en detrimento de los derechos fundamentales, de la integridad física y de la dignidad del afiliado. Por ello, es necesario recordar que, según el Sistema de Seguridad Social Integral creado por la ley 100 de 1993, debe garantizar la salud y se basa en los principios como la integralidad, la unidad y la participación. Por lo que finalmente, en segunda instancia se concede al peticionario la procedencia de la tutela fundamentado en los derechos constitucionales de la Corte Constitucional.

Así, la sentencia concede a Fernando Díaz del Castillo Hernández el amparo solicitado y se le ordenó a Medicina Prepagada Colsanitas S.A. que autorice y programe en las 48 horas siguientes el PET CT (tomografía de emisión de positrones combinada con tomografía computarizada), por lo que el alcance de la sentencia muestra el reconocimiento del derecho a la salud como una necesidad imperiosa, puesto que cuidar al paciente desde la realización de exámenes requeridos para observar el estado de avance o retroceso de la enfermedad se muestra como un mayor logro de la sentencia ya que permite no vulnerar las condiciones dignas de vida del ser humano, como paciente, antes de ser demasiado tarde.

Continuando con la reflexión sobre sentencias que hacen referencia al campo médico, las controversias que este suscita en

el tiempo actual, donde son mas evidentes las debilidades de un sistema, que sobrepasa los límites de los derechos y valores humanos, dados los riesgos a la salud que los propios pacientes/usuarios expresan en su cotidianidad, entonces se trae a colación la sentencia T-248/12, tutela instaurada contra el Laboratorio Clínico Higuera Escalante, porque la institución prestadora de servicios de salud vulneró derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, a la libertad, y a la no discriminación.

El problema surge porque el demandante se acercó al laboratorio médico a donar sangre, pero fue menospreciado dado que respondió afirmativamente a dos preguntas, sobre si había tenido relaciones sexuales con otros hombres, y sobre si era homosexual.

Lo que en consideración del laboratorio, son criterios para proteger al receptor de sangre, pero además presupone que esos hechos son causa de riesgo de transmisión de VIH. La sentencia aduce que la orientación sexual no es riesgo para contraer VIH, sino los comportamientos sexuales sin ningún tipo de protección o con personas desconocidas. Finalmente en la sentencia se expresa que el fallo se logra revocar el 11 de octubre de 2011 a favor del demandante porque el laboratorio médico vulnera derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la dignidad, y a la no discriminación.

Se puede expresar en cuanto al alcance de la tutela, que en alguna medida el demandante logra que se le restituyan los derechos vulnerados; logra una reflexión sobre el trato digno e igualitario, sin importar su orientación sexual, que prevalece en la constitucionalidad colombiana, y que tiene en esencia la obligación de respetar la dignidad y la autodeterminación de cada ser humano.

La última sentencia que se trae a colación, es la sentencia T-124/09, instaurada por Edilma Claros Lozano en representación de su suegra Rosa Emilia Salazar de Alarcón contra Susalud Suramericana Medicina Prepagada S.A. La demanda se realiza ya que la institución médica vulnera derechos fundamentales como son la salud, la seguridad y la vida, por lo que solicita se ordene

a Susalud EPS Medicina Prepagada autorizarle el suministro del STEN PERIFÉRICO necesario para realizarle una angioplastia extra craneana más colocación de uno o más stens.

En segunda instancia y de acuerdo al artículo 49 de la Constitución Política de 1991, la atención en salud es tanto un derecho como un servicio público de carácter esencial; finalmente se declara la carencia del objeto, puesto que según la sentencia, le fue suministrado a la paciente el insumo médico que requería para la intervención quirúrgica, por ello, fue superada la causa de imputación de cargos a la entidad demandada.

Motivo de alegría inmensa se ha convertido que no se pierdan vidas mientras se dilata el tiempo para resolver las dificultades que los pacientes encuentran en la búsqueda de su salud y bienestar.

A través de las precedentes sentencias, se puede tener una percepción del Sistema de Salud en Colombia aunque de manera muy general; esta como otras instituciones en el país, busca renovarse prestando las mejores atenciones en salud, lo que incluye el buen trato, la cita a tiempo, un diagnóstico adecuado y el tratamiento oportuno, lo que finalmente incrementaría sus estándares de calidad; pero cuando se vulneran los derechos de los pacientes, ellos por medio del mecanismo de la tutela muchas veces logran el reconocimiento y protección de sus derechos, lo que hace importante al derecho y al llamado urgente para mejorar la prestación en los servicios de salud.

Conclusiones

- El derecho no ha sido el mismo a través de las épocas, y allí se manifiesta su espíritu correlativo con las realidades que vive el hombre, por tanto es conveniente asumir que cada desarrollo concerniente al derecho implica un tipo de organización jurídico-política. De esto se desprenden los variados intereses por los cuales es menester, regular las relaciones.

- El derecho es algo que cambia con la sociedad al ir vinculando diferentes tipos de fuente para sustentarlo, darle coherencia y legitimidad. De ahí que ver al Derecho implica ver la sociedad, y ver la sociedad implica ver los cambios del Derecho para así entender de manera integral las transformaciones de la sociedad, en especial la occidental.
- Los derechos humanos no solo deben ser respetados, protegidos y valorados profundamente en el área que el hombre se desempeña, sino que a través de las instancias jurídicas y de largos procesos legales, poco a poco se han obtenido logros sociales y culturales en el reconocimiento de tales derechos.
- Así, entre los deberes que como profesionales, trabajadores, gerentes y usuarios se deben cumplir a cabalidad, también es obligación respetar y hacer valer los derechos, las razones de desventaja, de protección y de regulación, puesto que nos encontramos en un estado social de derecho; por lo que se infiere que el estado tiene el deber de protección de todos los individuos que se encuentren en él. Además, el hombre no sólo es una máquina reproductora de capital, es un ser sintiente y pensante.
- En Colombia, el derecho a la salud es un derecho fundamental que constantemente vemos que está entrando en ámbitos de decisión constitucional. De esto se desprende, y bajo las sentencias analizadas, que en cuanto a la salud, la tutela por este derecho se ha convertido en la vía más expedita para que las personas hagan reconocer a la sociedad lo que le sucede a la salud en nuestra nación, empleándola masivamente, quiere decir que por debajo del interés particular esta la dignidad humana. Por otro lado muestra en qué se centran las relaciones sociales en Colombia.

Referencias

- Castaño, M. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Santa fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia
- Contreras, J. (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Revista facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(115), 331-361.
- De Vega, P. (2002). *La eficacia horizontal del recurso del amparo: El problema de la Drittwirkung der grundrechte*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/685/19.pdf>
- Escobar, I. (s.f.). Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
- González, R. (2013, 2 de Mayo). *La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares*. Recuperado de http://www.inredh.org/archivos/boletines/accion_proteccion_particulares_richardgonzales.pdf
- Hernández, K., & Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e innovación educativa*, 6, 27-46.
- Ley 153 de 1887, Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial N°. 7151 y 7152. Congreso de la República. Agosto de 1887,
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional.
- Melo, J. (2002). Los derechos humanos en Colombia. *Revista Credencial Historia*. 156. Recuperado de:

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/diciembre2002/losderechos.htm>

Moreno, L. (2012). El riesgo constitucional en la interpretación de los contratos. *Cuadernos de la Maestría en derecho*, 2, (p. 101-126).

Orozco, A., Peñaloza, V., Berrocal, A. & Toro, L. (2007). *El Principio de Consensualidad vs. Las Formalidades en materia mercantil*. Derecho comercial II. Universidad Sergio Arboleda.

Ovalle, C. (2009). *Práctica y significado del consentimiento informado en hospitales de Colombia y Chile. Estudio de casos*. Bogotá: Colección Bios y Oikos. ISBN 958-96186-1-8961

Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia* / (2a ed., Trad. M. Dolores González). México: Fondo de Cultura Económica.

Rodríguez, A. (2012). El uso del Consentimiento Informado por parte de los profesionales de salud en la atención clínico asistencial. *Revista Enfermería Actual en Costa Rica*, 22, 1-11.

Sen, A. (2005). *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza editorial S.A.

España. Sentencia TC-18 (1984, febrero 7). Recurso de amparo. Tribunal Constitucional.

Sentencia T-025 (2004, enero 22). Acción de tutela. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. Corte Constitucional.

Sentencia T-203 (2008, Febrero 28). Acción de tutela. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.

Sentencia T-795 (2008, agosto 19). Acción de tutela. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentencia T-124 (2009, febrero 24). Acción de tutela. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentencia T-248 (2012, marzo 26). Acción de tutela. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.

Sierra, A. (2011). Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas. *Justicia Juris*, 7(1), 117-127.

Stark, C. (2002). Derechos fundamentales y derecho privado. *Revista española de derecho constitucional*, (66), 65-90. ISSN0211-5743.

Villamil, M. (2000). *Fenomenología del cuerpo y de su mirar*. Colección Suma cum laude: Universidad Santo Tomás, Facultad de Filosofía.

Vivas, I. (2008). La horizontalidad de los derechos fundamentales. En Universidad de Murcia (Eds.), *Bienes de la personalidad* (pp. 205-213). España: Universidad de Murcia.