

Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano

Martha Cecilia Paz*

Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional colombiana y docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de Hermenéutica Constitucional, Bogotá, Colombia

Resumen

Este artículo revisa las tres vertientes manejadas desde su inicio por la Corte Constitucional colombiana para justificar el amparo del derecho a la salud y preguntarnos si «otros derechos» sin la entidad de fundamentales, pero atados al plexo de valores constitucionales como el derecho a un diagnóstico preciso, el derecho a conocer las historias clínicas y el derecho al consentimiento informado, hacen parte de las garantías del derecho a la salud o son derechos con aire propio y entidad definida constitucionalmente.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud. Corte Constitucional colombiana. Consentimiento informado.

Abstract

This paper reviews the three approaches adopted by the Colombian Constitutional Court to justify the protection of the right to health, and questions whether other rights that are not constitutionally defined, i.e. the right to a precise diagnosis, the right to access medical records, and the right to informed consent, also belong to the right to health or if they are distinctly different rights with a defined constitutional character.

KEY WORDS: Colombian Constitutional Court. Informed consent. Right to health.

La Corte Constitucional colombiana, desde pronunciamientos iniciales¹, ha indicado que la Constitución política de 1991 estableció un catálogo abierto de derechos fundamentales de manera tal que existen derechos señalados expresamente como fundamentales, por ejemplo, los del artículo 85, por ser de aplicación inmediata, los del capítulo 1, título II de la Carta y otros que, por remisión de los artículos 93 y 94 constitucionales, no se encuentran en la lista de derechos fundamentales expresos, pero por vía de jurisprudencia han adquirido esa categoría.

En lo que toca al derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manejado por tres vertientes diferentes su carácter de derecho constitucional justiciable: en la época temprana, 1991, la Corte Constitucional mantuvo la tesis de la conexidad²,

según la cual el derecho a la salud, como perteneciente a la categoría de los económicos, sociales y culturales, era considerado fundamental cuando aparecía vinculado o atado de manera inescindible con un principio o derecho fundamental³. El segundo escaño de protección califica el derecho a la salud como fundamental cuando, dentro de la controversia planteada ante la jurisdicción constitucional, se encuentra un sujeto de especial vulnerabilidad y protección constitucional (población carcelaria, mujeres embarazadas, adultos mayores, discapacitados físicos y mentales), pues ello activa la garantía inmediata del derecho para ser reconocido y protegido como derecho fundamental autónomo. El *iter* se cierra en el año 2008, con el derecho a la salud y su reconocimiento de manera autónoma en virtud de su contenido esencial, lo que está dado no solo por las leyes y reglamentos que crean y regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino también por la Constitución, los precedentes

Correspondencia:

*Martha Cecilia Paz
Carrera Segunda, B # 66-23
Chapinero Alto, Bogotá, Colombia
E-mail: marpaz5corte@gmail.com

Fecha de recepción en versión modificada: 18-07-2012
Fecha de aceptación: 21-07-2012

de la jurisprudencia constitucional y los estándares derivados de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El tránsito de la tesis de la conexidad a la fundamentalidad tuvo como soporte la égida de dos postulados: a) que un derecho es fundamental cuando esté funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana, y b) que un derecho prestacional se transmuta en un derecho subjetivo cuando se define de forma concreta y clara su contenido.

Como se indicó, en Colombia, siguiendo pautas del constitucionalismo moderno, el elenco de derechos fundamentales no obedece a un *numerus clausus* que restrinja la inclusión de otros que, anclados en la dignidad humana o en otras cláusulas de libertad o autonomía, no puedan protegerse por los jueces constitucionales. El artículo 94 de la Constitución colombiana establece una cláusula general y abierta de consagración de derechos al establecer 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». Surgen de este enunciado los llamados derechos fundamentales innominados, cuyos ejemplos paradigmáticos en el ámbito general colombiano son los derechos al mínimo vital, a la dignidad (como derecho), el derecho a la seguridad personal y el derecho a la estabilidad laboral reforzada; otros ordenamientos, como el peruano, por ejemplo, consagran igualmente derechos que, sin estar a nivel positivo, caen en la categoría de «otros derechos», como pueden ser el derecho al agua, el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la verdad.

En el escenario de la salud, el derecho al diagnóstico podría perfilarse como un buen ejemplo de derecho fundamental innominado. En los desarrollos primigenios de la doctrina constitucional, quien solicitaba a las entidades de salud la realización de un diagnóstico como supuesto previo a cualquier intervención, patología o procedimiento médico, se veía frustrado por una negativa rotunda del cuerpo médico, que consideraba que la falta de un diagnóstico no infringía ningún derecho fundamental, por tratarse de una opinión coyuntural que muchas veces estaba sujeta a una cadena de consultas sobre el mismo tema y frente a diferentes especialistas en medicina. Sin embargo, en el entendido de que a la base de la protección a la salud en todas sus dimensiones, física, psicológica, emocional y sexual siempre permanece la sombra de la dignidad como elemento axial del Estado Social, el derecho a obtener un diagnóstico empezó a formar

parte integral del derecho fundamental a la salud. La jurisprudencia se inclinó, entonces, por señalar que, cuando las entidades encargadas de prestar los servicios de salud niegan a sus afiliados la posibilidad de ser diagnosticados, se infringen los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal, pues se dilata sin razón la determinación de una enfermedad y el inicio del tratamiento médico a tiempo. La afectación de los derechos constitucionales por la negación del derecho al diagnóstico no solo ocurre cuando este se niega, sino también en las hipótesis de demora y dilación. En ambas situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo afecta gravemente a la dignidad humana, poniendo al paciente a sufrir de manera interminable las afecciones propias de una enfermedad. La madurez de este giro jurisprudencial calificó el derecho a un diagnóstico como elemento cardinal en la satisfacción del derecho a la salud, que comporta dos perspectivas: la primera se contrae a dilucidarlo como medio necesario para identificar la enfermedad del paciente, y la segunda alude a la prescripción de un tratamiento o al suministro de medicamentos requeridos como parte de una opción terapéutica derivada de la identificación concreta de la patología. En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, debe protegerse en cada caso concreto, en la medida en que se desconozca al paciente sobre la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no comprometan directamente esta.

Parte esencial del derecho a la salud y componente esencial en la realización efectiva de este derecho son los calificativos dados por la Corte Constitucional colombiana al derecho al diagnóstico, que no ha sido calificado expresamente por la jurisprudencia como un derecho fundamental innominado, pese a que da cuenta la casuística ante la Corte de circunstancias en las cuales la tutela o el amparo constitucional es solicitado directamente por violación del derecho al diagnóstico, y su satisfacción ha sido similar a la de un derecho de protección inmediata. Precisados los contornos de este derecho, bien haría la jurisprudencia en decantarse finalmente por considerar que el derecho al diagnóstico es un verdadero derecho fundamental

innominado, de protección inmediata por vía de tutela por ser un derecho básico para garantizar las condiciones de respeto al derecho a la salud y a la vida, y por ende, inherente a la persona humana, como lo prescribe el artículo 94 de la Constitución política colombiana. Comprensible también que se haya dilatado tal calificación por parte de la Corte si al uso de la jurisprudencia su trato es el de un verdadero derecho fundamental innominado.

Lo propio ha sucedido con el derecho al consentimiento informado. La jurisprudencia constitucional en Colombia ha previsto que el paciente tiene el derecho a conocer, de manera preferente y de manos de su médico tratante, la información concerniente a su enfermedad, a los procedimientos y/o a los medicamentos que podrán ser empleados para el mejoramiento de su estado de salud, con el fin de que pueda contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan, en uso de sus derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la autonomía personal, otorgar o no su asentimiento acerca de las actuaciones médicas que incidirán en su salud y en su propia vida. Como una exigencia constitucional, como un derecho fundamental, como parte del ámbito de protección del derecho a la dignidad y a la salud, como un derivado de la autonomía y el pluralismo que rigen una sociedad democrática, ha sido señalada esta prerrogativa del paciente y a su vez el deber del grupo médico. A diferencia del planteo anterior en relación con el derecho al diagnóstico, la discusión sobre si el consentimiento informado es realmente un derecho fundamental, de protección inmediata y susceptible de amparo constitucional, es un debate latente en el mundo, y Colombia no ha escapado del mismo. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, por ejemplo, ha catalogado el consentimiento informado como «un derecho humano fundamental, un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo». Y entiende, además, que es «consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia⁴». Ello contrasta con la última sentencia del Tribunal Constitucional español⁵, que parece haber zanjado la discusión al estimar que, desde la perspectiva constitucional, el derecho al consentimiento informado «puede ser considerado un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente, y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que

pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental». En el marco de la jurisprudencia colombiana, se ha señalado que en el tema del consentimiento informado existen varios principios tensiñados alrededor de la ética médica que tienen soporte en instrumentos internacionales de derechos humanos⁶: son ellos: a) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño –principio de beneficencia–; b) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica, son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; c) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia, y d) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo. De esta manera, cuando la realización de un procedimiento médico implica la intervención o manipulación del cuerpo del paciente, el médico que haya intervenido con sus conceptos científicos especializados en la elaboración de propuestas médicas que buscan solucionar los problemas de salud involucrados en una causa deberá suministrar al interesado la información suficiente que se ajuste a la realidad científica y práctica que rodea el caso en particular y permita que el paciente, haciendo uso de su autonomía individual, asienta sobre el procedimiento a él propuesto y acepte, en consecuencia, someterse o no al mismo en aras de mejorar su estado de salud. Ha avanzado la jurisprudencia señalando que en aquellos casos en los que, como consecuencia de una afección grave en la salud, surgen de manera colateral otras dolencias que pueden ser aliviadas o alteradas con la realización de un procedimiento, todos los médicos deberán igualmente informar al paciente de los efectos secundarios que aquel tratamiento pueda tener en su salud y en su vida. El balance en la dinámica real de la jurisprudencia arroja resultados congruentes con la retórica y la práctica de este instituto jurídico. Efectivamente, en materia de juicios de tutela o de amparo constitucional referidos a tratamientos, intervenciones médicas, diagnósticos o suministro de fármacos, la exigencia del consentimiento informado es parte de la protección a la salud, un *plus* en las órdenes que emite la Corte Constitucional colombiana en estas materias, una

garantía que claramente se sitúa en el ámbito de protección del derecho a la dignidad, a la autonomía y a la salud, y que igualmente apunta a la salvaguarda de la dignidad de la persona, según las voces del artículo 94 de la Constitución colombiana. Expresamente, no se ha asumido como un verdadero derecho fundamental innominado de protección inmediata y de categoría independiente que incluso pueda ser objeto de vulneración propia; continúa moviéndose como un condicionamiento para que el procedimiento médico se realice con plenas garantías de autonomía y libertad, una exigencia ética para los médicos, una garantía para los pacientes, pero no un derecho justiciable *per se*. No da cuenta la jurisprudencia colombiana de ningún caso en el cual se hubiese protegido el consentimiento informado⁷ como un derecho fundamental autónomo, amén de que sí es copiosa la casuística que condiciona gran parte de los amparos médicos a la existencia del consentimiento informado del paciente previa información proporcionada por el médico.

En la misma línea de razonamiento, está la del derecho a obtener la historia clínica por parte de los familiares de un fallecido⁸. El artículo 34 de la Ley 23 de 1981, reguladora en Colombia de la profesión médica, dispone: «La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud de un paciente. Es un documento privado sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley». La jurisprudencia constitucional, desde el año 1993, se alineó con este dictado legal tras sostener que solo con la autorización del paciente podía revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica, y en caso de haberse levantado la reserva, ya fuere por autorización del paciente o por una autoridad competente, su uso debía limitarse al objeto de la autorización dada por el paciente. De lo contrario, los datos extraídos sin su autorización no podían ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial; en el año 1999 señaló, igualmente, que el derecho a conocer y solicitar la documentación contenida en la historia clínica no se ubicaba dentro del espectro del artículo 74 constitucional sobre acceso a documentos públicos, sino dentro del ámbito del derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 15 de la Carta política. Esta afirmación estaba justificada por anclarse la historia clínica en una información privada, que solo concernía a su titular y excluía del conocimiento a otras personas, así fueran sus propios familiares. La Corte estimó, en esa ocasión, que la autorización para levantar la reserva de la historia clínica era de aquellos derechos

que la doctrina llama de la personalidad, es decir, derechos que están unidos a la persona, son inseparables de ella, son intransmisibles y tienen un carácter extrapecuniario, de orden moral no estimable en dinero. Por ello, a la letra de esa jurisprudencia, con la sola causa del fallecimiento del titular del derecho, no desaparecía el carácter reservado de su historia clínica. La rigidez de estos brotes de la jurisprudencia juvenil de la Corte tenía poca vocación de permanencia, y la misma Corporación, por medio de subreglas sentadas para cada caso, fue haciéndola más flexible. En un fallo de 2006⁹, esta Corporación señaló que la imposibilidad para los familiares y terceros interesados en tener acceso a la historia clínica del paciente fallecido no era absoluta, menos aún cuando del estudio del caso se arribaba a la conclusión de que la información requerida era necesaria para iniciar un proceso de responsabilidad civil contractual o extracontractual contra las entidades bajo cuyo cuidado estuvo la persona fallecida. En efecto, en dicha oportunidad, la Corte, haciendo acopio de la interpretación por armonización concreta de derechos, consideró que, frente a la reserva legal de la historia clínica de quien había fallecido, se encontraban diferentes derechos contrapuestos: por un lado, el derecho del occiso a la intimidad, y por otro, el de sus familiares y terceros interesados a la información y acceso a la administración de justicia. Consideró, entonces, que siempre que del análisis del caso concreto se llegase a la conclusión de que, so pretexto de proteger el derecho a la intimidad de quien había muerto se vulneraba el derecho de sus familiares y terceros interesados a la información y al acceso a la administración de justicia, debía levantarse la reserva legal que pesaba sobre la historia clínica de la persona fallecida y acceder a la petición de quien la solicitaba, siempre que fuera con fines judiciales. En su más reciente jurisprudencia¹⁰, la Corte fijó nuevos criterios y entendió que, si bien la reserva legal de la historia clínica de quien había fallecido era un derecho que se ubicaba dentro del espectro del artículo 15 constitucional, también lo era que el mismo fuese inoponible a los parientes más cercanos del occiso, ya que entre dichas personas existía «el más estrecho lazo de confianza, de amor, de proximidad en las relaciones familiares, y quienes podrían resultar potencialmente afectadas con la información contenida en la historia clínica, en un mayor grado», lo que justificaba que, frente a las mismas, se predicara «una situación especial en relación con la intimidad que se pretende proteger mediante la reserva de la historia clínica». En este orden de ideas, se

aclaró que la imposibilidad para acceder a la información contenida en la historia clínica del paciente no tiende, exclusivamente, a proteger el derecho a la intimidad de quien muere, sino la de todo su núcleo familiar; cuestión que permite desvirtuar el carácter de documento privado sometido a reserva legal frente a sus familiares más próximos con el fin de garantizarles sus derechos fundamentales al libre acceso a la administración de justicia, a la información, intimidad familiar y a la verdad. De igual manera, consideró la nueva doctrina constitucional que el fundamento para hacerse de la historia clínica de quien fallece por parte de sus familiares más próximos se encuentra en el derecho que les asiste de acceder a una información vital, dado que de esa manera se les garantiza la protección de otros derechos fundamentales como el derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que murió su ser querido y el derecho a la vida en condiciones dignas, en el sentido de tranquilidad moral y mental. Por otro lado, se precisó que diferente era la situación de los terceros interesados en obtener la información contenida en la historia clínica de quien había fallecido, pues frente a ellos sí era oponible el carácter reservado de dichos documentos, toda vez que los mismos no ostentaban un interés legítimo que justificara el levantamiento de dicha protección legal. Por consiguiente, el derecho a obtener información contenida en historias clínicas se perfila también como un claro derecho fundamental innombrado en cabeza de los familiares más cercanos del fallecido y por existir entre ellos un estrecho lazo de confianza y amor, no pudiendo predicarse lo mismo de todos aquellos terceros interesados en tener acceso a dicha información, pues, al no existir un interés legítimo que justifique levantar, *ab initio*, la reserva, es necesario acudir ante las autoridades competentes para que sean estas quienes determinen el acceso a dicha documentación. De tal manera, se protege el derecho a la intimidad de quien fenece así como también el derecho a la intimidad familiar, libre acceso a la administración de justicia, a la información y a la verdad de su núcleo familiar. Dentro del acervo de la jurisprudencia en la materia, no se constata la calificación de

derecho fundamental innominado para este escenario concreto, pero sí se registran numerosos casos de solicitud de amparo judicial para proteger el derecho a obtener la historia clínica, siendo asumido en la práctica como un derecho autónomo, de protección inmediata, pero formalmente gravitado dentro del ámbito de protección del artículo 15 constitucional referido a la intimidad.

En la actualidad, los principios del Estado Social de Derecho en Colombia no solo permiten, sino que obligan a la apertura del elenco de derechos fundamentales. La dignidad de la persona, la verdad, el libre desarrollo de la personalidad e incluso normas generales de libertad y autonomía implican ya no solo límites para el Estado, sino un compromiso de este con todos los ciudadanos. Las previsiones constitucionales expresas no siempre pueden satisfacer las más elevadas necesidades de un pueblo ni protegerlo de imponentes impulsos humanos, de ahí la importancia del reconocimiento de nuevos derechos y la posibilidad de que se extiendan las garantías de los que gozan de fundamento constitucional. Se ha querido demostrar, en este artículo, que en materia de salud, específicamente, así no esté consagrado un derecho como fundamental autónomo, el juez constitucional se obliga a interpretarlo haciendo uso del marco categorial, esto es, desde los derechos vecinos a su protección, como son, en este caso, la salud, la dignidad, la autonomía y la libertad. Cuando, por un razonamiento axiológico, el juez constitucional concluye que se trata de un derecho encaminado a realizar valores como la dignidad, la igualdad y la convivencia, advierte que está ante un derecho fundamental y debe actuar, por lo tanto, con coherencia en la interpretación y eficacia para su concreción frente a eventos específicos. En todo caso, la cláusula de derechos innombrados o no enumerados debe ser utilizada con cautela y no indiscriminadamente, pues, por más nobles que sean las intenciones del intérprete, sería opuesto a la naturaleza expansiva de los derechos fundamentales y podría devenir en una afectación del principio de seguridad jurídica al imaginar una intermitencia en el reconocimiento de un derecho fundamental.