

Derechos innominados: Un Estudio del Derecho Innominado a Intentarlo en Colombia

Autores

Angela Fernanda Cruz Bernal

Laura Daniela Lozano Alvarado

Laura Marcela Riveros Mora

Asesor

Eric Leiva Ramirez – Doctor en derecho

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

BOGOTÁ D.C

2018

Dedicatoria:

Estos cinco años de nuestra carrera son fruto del esfuerzo de nuestros padres, del amor, la paciencia y los desvelos para animarnos a continuar, aun cuando el cansancio y los tropiezos se interponían en nuestro camino, a ellos les agradecemos por su infinita paciencia y les dedicamos este trabajo.

Agradecimientos:

Agradecemos de manera especial a la Fundación “Vamos Jero” por inspirarnos para hacer un trabajo dedicado al derecho a intentarlo, poco conocido en nuestro país y que es la puerta para garantizar en Colombia alternativas de vida jurídicamente, que en ocasiones son negadas por un modelo de salud que recorta las garantías a los pacientes.

Aceptación

Valoración: _____

Calificación: _____

Jurado

Jurado

AUTORIDADES ACADEMICAS

Jorge Alarcón Niño

Presidente Nacional

Jorge Gaviria Liévano

Vicepresidente Nacional

Fernando Dejanón Rodríguez

Rector Nacional

Ricardo Zopo Mendez

Censor Nacional

Jesús Hernando Álvarez Mora

Rector Seccional

Carlos Arturo Hernández Díaz

Decano

Floro Hermes de San José Gomez Pineda

Secretario general

Ana Rocio Niño Perez

Secretario Académico

Jhon Fitzgerald Martinez Vargas

Director Centro de Investigaciones

Belisario Daza Gonzalez

Coordinador del Área de Investigación

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	9
Los Derechos Implícitos	9
CAPÍTULO II	26
Derecho A Intentarlo.....	26
Procedimiento de la FDA y críticas de los defensores de la legislación del Right To Try	30
CAPÍTULO III.....	35
El Derecho Innominado A Intentarlo En Colombia. Estudio De Caso.....	35
Derecho Al Mínimo Vital O Derecho A La Subsistencia- Sentencia T 426 De 1992:.....	40
2. Derecho al Olvido – Sentencia T-551 De 1994:	40
3. Derecho a la Filiación Real- Sentencia C-109 De 1995:	41
4. Derecho a la Identidad Sexual- Sentencia T-477 De 1995:	41
5. Derecho a Comunicarse – Sentencia C 621 De 1998:	41
6. Derecho a la Seguridad Personal Frente Riesgos Extraordinarios- Sentencia T-719 De 2003.42	
7. Derecho Al Retorno – Sentencia T 025 De 2004:.....	42
8. Derecho a la Recuperación De La Funcionalidad De Un Órgano Del Cuerpo Humanos- Sentencia T 883 De 2014:.....	42
9. Derecho A Intentarlo- Sentencia T 057 De 2015:.....	42
Derecho Innominado A Intentarlo En Colombia	43
Sentencia T 057 de 2015	43
El artículo 15 la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que reglamenta el derecho fundamental a la salud en Colombia.	45
Derecho a intentararlo y Constitución Política:	51
CONCLUSIONES	59
REFERENCIAS.....	63

INTRODUCCIÓN

La cláusula de derechos innominados, también denominados implícitos o no enumerados se encuentra consagrada en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, la cual permite al juez constitucional reconocer derechos que sean inherentes al ser humano, así no se encuentren expresamente consagrados en el catálogo de derechos ya establecido.

El presente trabajo tiene como objetivo dar a conocer la figura de los derechos innominados en Colombia para lo cual se hará un recuento histórico de esta evidenciando cómo a pesar de tener origen norteamericano ha sido adoptada en la mayoría de constituciones latinoamericanas; a su vez se expondrán algunos de los derechos que han sido reconocidos en virtud de la figura en cada uno de los países y se expondrá el debate que existe entre algunos doctrinantes del derecho acerca de si con fundamento en la cláusula de derechos innominados los jueces dan una interpretación amplia a la constitución o si por el contrario, terminan creando derecho.

Por otra parte se describirá cómo ha sido usada la figura en Colombia por la Corte Constitucional desde 1991, haciéndose especial énfasis en el derecho innominado a intentarlo reconocido en el año 2015, el cual permite el acceso a tratamientos y medicamentos experimentales a personas que se encuentren en fase terminal o que hayan agotado todas las posibilidades existentes cuando dichos tratamientos y/o medicamentos sean su única opción de vida.

A partir de lo anterior se describirá el origen del derecho a intentarlo en Estados Unidos y su ámbito de protección, además de traer a colación las diferentes posturas acerca de su reconocimiento como derecho de los pacientes a intentar salvar sus vidas sin que las disposiciones gubernamentales sean un obstáculo para ello. Teniendo en cuenta esto,

puntualmente los elementos constitutivos del derecho a intentarlo, se instará a la Corte Constitucional colombiana a realizar una eventual revisión de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en su artículo 15 literales b),c),d), e) y f), ya que aparentemente existe una contradicción entre estos y el derecho innominado reconocido en la sentencia T 057 de 2015, para lo cual se proporcionarán algunos elementos como lo son la posible procedencia del control posterior de constitucionalidad sobre una ley estatutaria y comentarios acerca de la existencia de una y otra disposición teniendo en cuenta los principios constitucionales de integralidad, pro homine y progresividad contemplados en el ordenamiento normativo existente.

CAPÍTULO I

Los Derechos Implícitos

La figura de los derechos implícitos, innominados o no enumerados posee una especial importancia en la teoría del derecho, gracias al aporte que hace e incluso a las ramas filosófico jurídicas que controvierte; su surgimiento se remonta a la adopción que hizo Estados Unidos del Bill Of Rights en 1791, el cual incorporó a la Constitución a través de la novena enmienda el mandato mediante el cual el Estado norteamericano entendía que el catálogo de derechos no estaba limitado por el texto constitucional, por lo que con base en ello no podían negarse o transgredirse otros derechos retenidos por el pueblo.

Sin embargo, dicha cláusula se incluye dentro de la Constitución de Estados Unidos de 1791 con la finalidad de no excluir aquellos derechos que no se encontraran escritos expresamente en ella, como respuesta a las fuertes críticas planteadas contra la Constitución de 1787, ya que la misma no contenía en su texto un decálogo de derechos, lo que como expresa Hamilton en El Federalista, (1943) estaba justificado, en el evento en que “estos derechos estaban reconocidos en diversas partes del texto constitucional, por lo que era innecesario hacer mayores precisiones” (Gros Espiell, 1999, p. 148)

Debido a esta carencia fueron adoptadas las diez primeras enmiendas de la Carta Constitucional de 1791, en las que James Madison junto a Alexander Hamilton asumieron un papel protagónico en su realización, siendo la novena enmienda la cláusula de los derechos no enumerados de su autoría, lo cual es relatado por Sutherland, citado por Carpio (2002), en De la Carta Magna a la Constitución americana como:

“La excepción que se haga aquí o en cualquier punto de la Constitución en favor de derechos particulares – proponía Madison – no se interpretará en el

sentido de que disminuye la justa importancia de otros derechos retenidos por el pueblo, o que amplía los poderes delegados por la Constitución” (p.16)

Es gracias a esta inclusión en la novena enmienda que esta figura irradiaría a muchas constituciones alrededor del mundo, concibiendo su necesidad y la importancia de su presencia en el ordenamiento jurídico de cada país, ya que como lo decía Corwin (1992), citado por Gros Espiell (1999, p.149), “existen ciertos derechos de un carácter tan fundamental que ningún gobierno libre debe infringirlos, sea que están enumerados o no en la Constitución”.

En relación con lo anterior, es relevante considerar que la filosofía política que inspiró la idea inmersa en los derechos implícitos es aquella que surgió tras las revoluciones liberales del siglo XVIII, las cuales erigieron el Estado Liberal y pusieron en el centro del sistema al individuo. Frente a estos dos aspectos Carpio (2000) sostiene que “los supuestos ideológicos que las fundamentan no son otros que los de la doctrina del contrato social del racionalismo iusnaturalista”, lo cual puede encontrarse en autores como Kant, Hobbes, Locke y por supuesto Rousseau.

Además, ésta “cláusula de derechos innominados” está prevista en los ordenamientos jurídicos para responder a las necesidades actuales de los asociados protegidos por la respectiva Constitución, ya que como sostiene Mantari (2011) “lo que se prevea en un determinado momento... no siempre satisfará las más elevadas necesidades, ni protegerá frente a los más odiosos impulsos humanos”, por lo que es imperioso abrir la posibilidad de actualizar el catálogo de derechos sin que ello suponga una reforma literal de la Constitución.

En relación con lo anterior Gros (1999) sostiene que la posibilidad de reconocer derechos innominados se justifica en que se “mantiene abierto, renovado y actualizado, el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos” (p. 147), lo que no permite petrificar el derecho

constitucional e ir más allá de las barreras históricas, sociales y culturales que puede significar una regulación rígida e inmodificable.

Es así como esta figura se ha extendido por un gran número de países, especialmente latinoamericanos que consagran las cláusula que permite al juez constitucional de cada nación garantizar derechos que pese a no estar reconocidos expresamente en los ordenamientos demandan protección y tutela por parte del respectivo Estado .Entre los países que consagran esta disposición pueden encontrarse, entre otros, Perú, Argentina, Ecuador y Uruguay, para enumerar algunos ejemplos.

Respecto a Perú, su constitución consagra en el artículo 3 que:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno”
(Const., 1993, art.3) lo cual permite el reconocimiento de los derechos no enumerados.

Al respecto y, atendiendo a la naturaleza y tratamiento de estos derechos en el ordenamiento jurídico peruano, Sosa (s. f) sostiene que:

“La determinación de un derecho no enumerado implica, ante todo, el reconocimiento de un derecho fundamental. Desde luego, estos derechos también son constitucionales aunque no se traten de derechos declarados expresamente en la Constitución, pues es la propia Norma Fundamental, la que da sustento a dicho reconocimiento”

En este país, entre otros, se han reconocido derechos innominados tales como los derechos fundamentales en relación con el consumidor y el derecho a la verdad, el primero en relación

con “los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor”, y el segundo con el derecho genuino del pueblo peruano a conocer “hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por múltiples formas de violencia estatal o no estatal”.¹

En la Constitución ecuatoriana el pueblo dispuso en el numeral 7 del artículo 11 que:

“el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (Const., 2008, art.11)

Carrillo Abad (2016) al explicar el contenido de la cláusula en el ordenamiento ecuatoriano sostiene que:

“Estos derechos aunque nuevos, en cuanto su enunciación y singularidades no son manifestadas formalmente, deben entenderse implícitos (sic) (a) partir de su vinculación con otros derechos, en otras palabras, tienen que partir de derechos formalmente consagrados, principalmente la dignidad, para que se pueda extender la protección jurídica a ellos; sin que aquello signifique que no se los deba considerar como derechos nuevos, de contenido distinto y, por lo tanto, otorgar un tratamiento diferenciado” (p. 5).

En este país, entre otros, el derecho innominado con mayor reconocimiento ha sido aquel “que permite que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web en virtud del paso del tiempo, y cuya inobservancia genera una atribución para retirar del sistema y

¹ <http://temasconstitucionales.blogspot.com.co/2011/05/derechos-fundamentales-no-enumerados.html>

eliminar la información obsoleta que en la red exista” (pp. 13-14), denominado derecho al olvido

Por su parte Argentina, en el artículo 33 de su Constitución dispone que:

“la enumeración que se hace en la primera parte de los derechos y garantías de los individuos, que en algunos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas, no deben tomarse sino como ejemplos para ir de lo concreto y lo expreso a lo desconocido y lo tácito” (Const., 1994, art.33)

Este país fue el primero en considerar la idea de los derechos no enumerados en Latinoamérica, ya que la consagró desde 1860 a partir de una reforma constitucional que incluía ampliar el catálogo de derechos reconocidos sin hacerlo taxativo, permitiendo de esta manera renovar el ordenamiento jurídico cuando así lo demanden las necesidades de los asociados.

Al comentar el texto de la Constitución argentina, González (1951) citado por Gros (1999), sostiene que:

“Los derechos que enumera no son todos los que pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil. Además, al declararlo así, la Constitución Argentina... confirmó el principio de que las Constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y defenderlos, y que si algunos son especialmente enumerados y protegidos, sólo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos” (pp. 150-151).

Por último el Estado uruguayo en 1918 incluyó la disposición mediante la cual reconoce que existen derechos más allá de los dispuestos en la Constitución, la cual reza: “la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros

que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno”. (Const., 1967, art.72) En relación con este país cabe resaltar que en 1934, tras una reforma constitucional “se agrega a esta disposición la palabra “deberes”, lo cual permite incluirlos dentro de la categoría de innominados. Frente a este aspecto Gros (1999), afirma que la constitución uruguaya “sin condicionar en forma alguna, la protección y garantía de los Derechos Humanos al cumplimiento de los deberes, reconoce que sin un adecuado y complementario equilibrio de derechos y deberes es imposible la existencia de un orden democrático y justo” (p. 156).

Por otro lado, a nivel de derecho internacional encontramos que en distintos tratados internacionales, “como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” (Bidart Campos, 2002, p. 258) y el “Pacto de San José de Costa Rica” incluyen en su texto, cláusulas que reconocen la no universalidad de su articulado y la complementariedad de los derechos de un Estado parte y del derecho internacional en general, por lo que Bidart Campos (2002) concluye que: “más allá del vocabulario empleado (...) no vacilamos en afirmar que hay allí un plexo de derechos implícitos” (p.258).

En el caso específico de la “Convención es la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, la cual según Candía (2015), nunca ha aceptado que el reconocimiento de este tipo de derechos es un acto de creación por lo cual en su lugar ha dicho que “la formulación de dichos derechos (...) representaría un acto de interpretación que no agregaría ningún contenido que ya no existiese en el texto del tratado” (Candía, 2015) lo cual a juicio del autor “le permite a la Corte afirmar que sus actuaciones se mantienen dentro de los límites de su competencia establecidos en el artículo 62.3 de la Convención” (Candía, 2015)

En palabras de Burgorgue-Larsen (2011), citado por Candía (2015):

“El reconocimiento de derechos implícitos en la Convención se trata, ni más ni menos, que [de una actuación destinada a] crear nuevos derechos, cuestión que es justificada en la medida que los jueces que toman decisiones en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos gozan de una considerable latitud para ejercer sus funciones creativamente” (Candía, 2015)

Lo cual, permite entonces visualizar dos ideas que contrastan, una de ellas, que los derechos innominados permiten la creación de derecho por parte de los jueces y la otra que lo realizado por las Cortes es solo una labor meramente interpretativa ya que como lo expresa Candía (2015):

“Al mirar las distintas experiencias en el Derecho Comparado es fácil apreciar que en todos aquellos procesos en los cuales las cortes han generado derechos implícitos a partir de declaraciones de derechos, ellas lo han hecho rechazando la idea de que están creando Derecho. En efecto, en el contexto del Derecho interno de los estados, las cortes reforman la Constitución alegando no estar haciéndolo. En ese sentido, cuando las cortes constitucionales crean derechos, ellas evitan utilizar esta terminología, indicando que solo han descubierto dichos derechos en el texto de la Constitución, sin agregar nada a la misma”

Es por esto que varias teorías se han generado en torno a la figura de los derechos innominados y su influencia en el Derecho pues como lo manifiesta Bidart Campos (2002) “hay derechos con normas y sin normas porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito” (p.256). Ya que recuerda el mismo autor que existe un resquicio histórico que soporta dicha afirmación, por cuanto la Constitución de Filadelfia carecía de declaración de derechos, en virtud de que los padres fundadores reconocían que no era necesario

consignarlos de forma escrita, ya que su tradición jurídica y su práctica les deparaban reconocimiento y presencia de forma clara (Bidart Campos, 1993).

En relación con la Constitución de Filadelfia y el Bill of Rights es importante traer a colación el análisis que frente al tema de los derechos innominados realizó Ronald Dworkin sobre la distinción entre derechos enumerados y no enumerados como es usada en la teoría constitucional estadounidense, ya que para el autor esta no tiene sentido, toda vez que se confunde con interpretación, conclusión a la que llega después de advertir la importancia de realizar una lectura natural del Bill Of Rights.

De acuerdo con Dworkin al hacer ese tipo de lectura es evidente que el Bill Of Rights es una red de principios que se distinguen entre sí por su concreción o especificidad y su nivel de abstracción y, al tomarlos de manera conjunta construyen lo que él denomina “el esqueleto constitucional de una sociedad de ciudadanos iguales y libres” (Dworkin, 1992, p.382).

Para el autor hay que considerar tres aspectos importantes al entender el Bill of Rights; primero, las dos fuentes más importantes -y por lo tanto aquellas sobre las que se puede reclamar un derecho individual- son la libertad e igualdad; segundo, lo anterior deriva en que en ocasiones la Suprema Corte puede llegar a la misma conclusión a partir de la interpretación de la “Equal Protection Clause” o de la “Due Process Clause” y; tercero, analizado en conjunto el sistema americano parece darle un increíble poder a los jueces, ya que se insiste en que aquellos que pertenecen a la Suprema Corte “tienen la última palabra acerca de la interpretación apropiada de la Constitución” (Dworkin, 1992).

En relación con el papel de los jueces frente a la interpretación constitucional Dworkin trae a colación la estrategia revisionista que espera convertir el Bill of Rights en un documento con la forma de un contrato o una póliza, lo cual permitiría entenderlo como una lista de pedimentos importantes para aquellos que consideraron que debían incluirse y da la

oportunidad para que quienes se oponen a ello entiendan que son activistas o, en palabras del autor “campeones de los ‘derechos no enumerados’, quienes desean ir fuera de las cuatro esquinas de la Constitución para decidir casos basados en un ‘derecho natural’” (Dworkin, 1992, p. 384).

El autor explica el revisionismo como aquel grupo de abogados que sostienen que la interpretación o lectura natural del Bill of Rights descrita por él no es de hecho la más precisa porque descuida hechos semánticos, “alguna propiedad del lenguaje o comunicación o interpretación lingüística” que una vez entendida mostrará el significado de las cláusulas, según Dworkin, algunos abogados constitucionalistas se refieren a esto como la “intención del legislador”, la cual consiste en que las cláusulas deben ser entendidas de acuerdo a lo que este quería proyectar al crearlas.

Ahora bien, en relación con la distinción entre derechos numerados y no enumerados el autor empieza subrayando que la diferencia acerca de lo que está enlistado y lo que no es importante pero no en este caso, ya que hay que recordar que el Bill Of Rights, contiene principios de moralidad política abstractos y amplios, “los cuales comprenden, en una forma sorprendentemente abstracta, todas las dimensiones de la moralidad política que en la cultura legal (de Estados Unidos) puede fundamentar un derecho constitucional individual” ” (Dworkin, 1992, p. 387).

Lo anterior se manifiesta cuando pueden obtenerse conclusiones en un caso que no atienden a la intención del legislador sino que pueden soportarse en consideraciones que surgen de “la estructura general e historia del derecho constitucional” (Dworkin, 1992, p. 388).

A más de lo descrito es imperioso tener en cuenta que en materia de interpretación no es correcto tomar las cláusulas en forma individual, ya que es necesario entender la Constitución

de una forma integral, al respecto Dworkin llama la atención sobre las dimensiones que tiene la integridad en derecho: primero, insiste en que las decisiones judiciales no deben verse comprometidas por estrategias políticas; segundo, la integridad se mantiene verticalmente, ya que los jueces deben soportar sus decisiones en el precedente y la estructura constitucional y; tercero, la integridad se mantiene horizontalmente, toda vez que un juez cuando basa su decisión en un principio debe asegurarse que este sea aplicable para resolver o respaldar otros casos (Dworkin, 1992).

Estas dimensiones no asegurarán que todos los jueces opinen lo mismo, ya que es imposible sostener la uniformidad pero si es posible poner en el centro de la discusión la integridad como principio para comprender que “estamos (Estados Unidos) gobernados no por una lista sino por un ideal y la controversia está por lo tanto en el corazón de nuestra historia” (Dworkin, 1992, p. 394).

A más del análisis frente a los derechos innominados hecho por Dworkin y recogiendo más apartes del pensamiento de Bidart Campos, es importante considerar lo expuesto por este autor en su “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, en el que hace referencia a la cláusula que poseen algunas Constituciones entre esas varias latinoamericanas, en las que se encuentran la colombiana y por su puesto la de Argentina, y concluye que:

Cuando la Constitución dice expresamente en la citada norma que los derechos “declarados” no niegan la existencia de los llamados “implícitos”, nos hace comprender que lo que nosotros denominamos “silencios” de la constitución (o sea: lo que calla, u omite) puede a veces ser tan importante como lo que enuncia explícitamente (...) aquellos silencios merecen ser tenidos en cuenta dentro del “espíritu” total de la constitución (Bidart Campos, 1989, p. 471)

Gracias a lo anterior, se deduce que aquellas cláusulas constitucionales en las que se contempla la existencia de estos derechos innominados o implícitos debe ser aprovechada por la práctica judicial, por la teoría e incluso por el poder legislativo, con el objetivo de llevar el contenido dogmático de la carta magna a la praxis y así adaptarla a los cambios o transformaciones que sufre cualquier sociedad que se llame democrática (Bidart Campos, 1989).

Bidart Campos no solamente reconoce la existencia y validez de los derechos implícitos en varias constituciones políticas, afirma que los mismos también tienen presencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que dota de mayor fuerza a esta figura en el derecho interno de los Estados cuando los mismos han suscrito tratados internacionales, ya que “permite respaldar la idea que esos derechos que constan en normas que se hallan fuera de la Constitución deben meritarse como derechos implícitos en el hospedaje de esa Constitución” (Bidart Campos, 2002, pág. 257). Además explica el autor que “en suma, lo explícito de las dos fuentes (interna e internacional) alimenta lo implícito también en las dos, componiendo un mismo conjunto de derechos” (Bidart Campos, 2002, pág. 258).

Entonces como se puede observar, Bidart hace una clara defensa de la existencia de estos derechos en todos los países donde no se ha hecho un reconocimiento expreso de los mismos, existencia dada por la integración del derecho internacional al derecho interno ya que afirma que: “cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una cláusula sobre derechos implícitos, pero que carece de ella en su Constitución, tiene que integrar su plexo con derechos no enumerados en medida equivalente a la de la referida cláusula internacional” (Bidart Campos, 2002, pág. 258); y que de no existir dicha posibilidad en países donde los tratados internacionales no están al nivel de la Constitución, dicho reconocimiento se hará en virtud del principio Pro Homine, ya que éste siempre estará integrado en el texto de las cartas magnas, razón por la cual “la ausencia constitucional de una cláusula de derechos

innominados se superaría al considerar que está implícita en el sistema axiológico” (Bidart Campos, 2002, pág. 259).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es sencillo deducir que la defensa que el autor hace de la figura de los derechos innominados, también lo lleva a hacer en sus distintas obras una crítica al “positivismo de la normatividad escrita” ya que afirma que “los principios, valores y derechos no dependen inexorablemente de que la constitución contenga cláusulas explícitas que los mencionen, y menos aún de que los reconozcan o proclamen con tales denominaciones expresas” (Bidart Campos, 1995, pág. 47).

No es posible concebir entonces sistemas jurídicos que sean cabalmente completos, que lleguen al punto de reconocer taxativamente todos los derechos y en los que no exista carencia alguna, además de que dichos derechos estarían sujetos a la voluntad política que tendría un Estado para enumerarlos (Bidart Campos, 2002). Y no a la dinámica propia de las sociedades y de sus necesidades, “ya que si los derechos consisten solamente y esencialmente en normas, corremos además el riesgo fáctico (más allá del error filosófico), porque entonces identificamos al sistema jurídico con el Derechos estatal y lo hacemos maleable a la decisión del poder” (Bidart Campos, 2002, pág. 260).

Bidart concluye entonces dos aspectos importantes respecto a los derechos innominados, el primero es que en ocasiones pueden reconocerse de manera independiente o derivados de un derecho enumerado en la Constitución, ya que sostiene que es importante afrontar una “doble implícitud”, siendo la primera “la de los derechos que no tienen una norma de constancia”, y la segunda la de aquellos que “confieren desarrollo a los derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente reconocidos” (Bidart Campos, 2002, p.256).

El segundo aspecto es que las cláusulas constitucionales que los consagran hacen un “reenvío a la dignidad humana, a la personalidad humana, a la naturaleza humana y a la forma democrática de gobierno, fundamentos que trascienden a la normatividad, al voluntarismo político y al hermetismo total” (Bidart Campos, 2002, pág. 260). Siendo además esta figura un antídoto contra el anquilosamiento, ya que las Constituciones tendrán que transformar su texto con las reformas necesarias según el tiempo y las necesidades de sus sociedades, de su cultura y de sus instituciones, haciendo del derecho una ciencia en constante cambio.

Siguiendo a Bidart, Guastini (s. f) infiere de la lectura de las sentencias proferidas por los tribunales constitucionales dos formas de desarrollar los derechos implícitos, la primera infiriéndolo de otro derecho ya reconocido, lo cual explica a partir de la siguiente fórmula:

“Dada una norma N1 que confiere el derecho D1, y supuesto que una norma ulterior N2 atributiva del derecho D2 sea condición necesaria para la eficacia de N1, se concluye la existencia en el sistema jurídico de la norma no expresa N2²”

Respecto a la segunda forma Guastini (s. f) afirma que el derecho implícito se infiere de un principio expreso “o también, como puede suceder, de un principio él mismo implícito”. Al respecto dice que se trata de una forma, entre muchas otras, de “concretizar un principio, es decir, de extraer de ellos normas relativamente circunstanciadas” (p.3).

Por otro lado, Carlos Ernst en su obra “Los derechos implícitos” hace un detallado estudio de esta figura analizando los diferentes usos que la dogmática y la teoría jurídica ha hecho de

² El mismo autor frente a la fórmula dice que “es una idea generalizada en la cultura jurídica contemporánea que el sistema jurídico incluye no solamente los derechos expresamente conferidos, sino también aquellos derechos implícitos que son condición necesaria para el ejercicio de los primeros”.

ésta expresión, indagando y exponiendo los presupuestos y las insuficiencias que tienen varias teorías, para al final de su estudio, reconstruir una noción de derechos implícitos que sea útil para los juristas (abogados y jueces) y para la teoría y filosofía del derecho (Ernst, 2010).

Ernst hace una exposición de las situaciones en las que los juristas argumentan la existencia de derechos implícitos, clasificándolos como “argumentos no lógicos”, estos argumentos sin embargo son refutados por el autor, debido a que de los mismos es imposible derivar derechos de carácter implícito.

El argumento de la costumbre es inadmisibles para Ernst (2010) ya que “de un hecho no podemos inferir una norma sin cometer un salto, una falacia lógica” (Documento 10 p.4), para el autor, si bien el derecho implícito y el derecho consuetudinario coinciden en que ninguno consta explícitamente, por escrito, uno no puede derivarse o estar inmerso en el otro.

Así mismo el argumento valorativo – moral (valoraciones e ideales tácitos de la sociedad) tampoco cumple las condiciones para de él suponer la existencia de derecho implícito, ya que “la consecuencia que se afirma como derecho implícito, sólo sería “derecho” para quienes compartan los ideales que se incluyan en el antecedente” “Pretender que el solo reconocimiento de ideales sociales, habilita a los juristas a inferir la existencia de derechos implícitos, importa una concepción exuberante de lo que normalmente entendemos por ciencia jurídica. Habitualmente no concedemos a los juristas semejante potestad legislativa” (Ernst, 2010, Documento 10 p. 8).

Ernst también refuta el argumento interpretativo, toda vez que no es posible derivar de las interpretaciones de las normas, del uso lingüístico de las palabras derechos implícitos, ya que esta es una tarea previa en la construcción de un sistema jurídico, tarea que debe ser desarrollada y concluida para luego poder derivar normas implícitas.

El autor también hace un análisis del argumento de los derechos no enumerados, en este apartado se analizan dos supuestos, una derivación de normas implícitas a partir del propio texto constitucional, la cual el autor avala y una segunda que identifica derechos no enumerados con derecho natural, la cual el autor no admite, ya que expone que los derechos implícitos tienen un carácter autónomo, diferente al de los derechos naturales y que este carácter lo pueden hacer favorable para unas y otras posturas de la teoría jurídica, tanto de la escuela positivista, como de la iusnaturalista (Ernst, 2010).

El último argumento que Ernst analiza y refuta es el argumento teleológico, ya que concluye que no puede inferirse derechos implícitos a raíz de establecer el propósito de una determinada norma, dada la ausencia de un método demostrativo que garantice que el propósito detectado es efectivamente el que se quería con esa norma.

Dentro de los argumentos analizados por Ernst también se encuentran los “argumentos lógicos” expuestos a partir de la implicación entre normas desarrollada por George Henrik Von Wright, y de los cuales el autor extrae elementos importantes para su estudio, afirmando que “el método de von Wright, partiendo de un antecedente definido (una norma) permite obtener una consecuencia implícita (otra norma) igualmente definida y que reúne todos los elementos de una norma explícita, perfectamente determinados: carácter, condición, contenido, etc” (Ernst, 2010, Documento 10 p.3) De lo que podemos deducir que solo se pueden derivar normas implícitas de normas que ya existen y se encuentran perfectamente establecidas en el texto constitucional o legal, o sea de normas escritas.

De lo anterior se puede extraer una primera conclusión y es que se habla de derecho implícito:

“Cuando nos referimos al supuesto que dos normas se encuentran vinculadas la una a la otra como condición suficiente o necesaria, pero de modo tal que

sólo una de ellas forme parte del derecho escrito, promulgado y sancionado, mientras que la otra no y por lo tanto a esta última se la considera tácitamente promulgada y vigente” (Ernst, 2010, Documento 7 p.5).

Ahora, si bien Ernst rescata de los argumentos lógicos elementos claves, también encuentra insuficiente el sistema de implicación normativo, ya que éste “sólo sirve para el caso en que la norma –base, la norma- hipótesis, la norma- negación y la norma- implícita se refieran siempre a un mismo sujeto normativo (a una misma persona)” (Ernst, 2010, Documento 11 p.4). Por lo que Ernst (2010) confirma que en algunos casos la vinculación que existe entre normas que se hallan implícitas en otras no puede justificarse lógicamente, o sea que, los argumentos lógicos son insuficientes para detectar esta particular relación entre normas.

Gracias a lo expuesto el autor desarrolla un concepto que es crucial en su estudio, la “implicación conceptual”, la cual tiene como característica principal que:

“En la norma antecedente de la implicación se encuentra presupuesto algún concepto jurídico de los que crea o elabora la ciencia jurídica, y ello, aun cuando la norma misma no lo mencione explícitamente...

Por eso vale observar que, en lo que al derecho implícito se refiere, las definiciones que sirven de nexo y vinculación no son las relativas a los términos lógicos o no lógicos, sino las que corresponden a los denominados conceptos jurídicos, a los conceptos de la ciencia jurídica” (Ernst, 2010, Documento 12 p. 6).

El autor entonces lo que intenta demostrar es que la idea de una norma implícita deriva en última instancia de las definiciones de ciertos conceptos jurídicos como delito, presunción, derechos, deber, ilícito, etc., que en cada caso se hallan presupuestos en las normas de la base

del sistema (Ernst, 2010). Ahora, encuentra entonces que pueden existir “normas conceptualmente implícitas”, que nacen de lo anteriormente expuesto y “normas lógicamente implícitas”, que para el autor son preeminentes y son el resultado de una implicación lógica, usando la fórmula de Von Wright.

Ernst (2010) también concluye que “estas normas implícitas presuponen la introducción de cambios y modificaciones al sistema jurídico” (Documento 13 p.9) no obstante estos cambios no pretenden transformar al sistema en uno diferente, puesto que

“La norma implícita que se añade al sistema jurídico no es extraña al mismo: es la que se derivaría lógicamente del uso de un concepto que el legislador omitió, pero que se halla inequívocamente presupuesto en la formulación de la norma explícita” (Ernst, 2010, Documento 15 pág.9).

Entonces Carlos Ernst a lo largo de su obra revela la diferencia que existe entre los derechos implícitos y distintas figuras que suelen confundirse con aquellos, haciendo un análisis exhaustivo para concluir la trascendencia que tienen y sus distintas formas en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo es clara la diferencia conceptual o teórica entre Ernst, Guastini y Bidart Campos, toda vez que estos últimos argumentan que los derechos implícitos o innominados pueden derivarse bien sea de derechos que ya se encuentran enumerados, o pueden existir de manera independiente sin contar con una norma de constancia (que en este caso sería el derecho expreso) o derivarse de principios implícitos dentro del texto constitucional. No obstante para Ernst eso no es admisible y solo es posible la existencia de derechos implícitos procedentes de una norma ya escrita o de la derivación conceptual de sus componentes.

Para el presente estudio se tendrán en cuenta las posiciones expuestas por estos autores, ya que todas tienen un punto en común, en el que no se observa contradicción alguna y es que

los derechos innominados nacen a partir de aquellos que ya se encuentran explícitos en el texto constitucional, dando entonces un margen para que los lectores puedan llegar a sus propias conclusiones, siendo que esta es la única posibilidad o que por el contrario se pueden abstraer derechos implícitos de los principios, los valores y claro está de forma independiente a los que ya están explícitos.

CAPÍTULO II

Derecho A Intentarlo

El derecho a intentarlo nace en Estados Unidos como una respuesta a la necesidad de los pacientes que sufren enfermedades terminales, ya que permite ampliar el catálogo de

oportunidades para tratar su padecimiento, cuando las que provee el seguro médico ya fueron agotadas. Según el Instituto Goldwater (s. f), el derecho a intentarlo se trata de:

“una legislación estatal que permite a los pacientes con enfermedades terminales trabajar con sus doctores y fabricantes de medicamentos y dispositivos para acceder a tratamientos experimentales que hayan pasado la fase del examen de seguridad de la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA por sus siglas en inglés), pero que aún no están ampliamente disponibles (p. 2)”

Los promotores de la legislación sobre el *right to try* afirman que esta es un intento por superar la burocracia estatal que impide a los pacientes con enfermedades terminales tener acceso a los medicamentos en investigación, lo cual se ha convertido en una lucha que ha sido adoptada paulatinamente por diferentes grupos en cada uno de los estados de la unión, siendo materializada en las leyes que lo convierten en un derecho fundamental.

En Estados Unidos alrededor de 33 estados han legislado para incorporar en sus ordenamientos el derecho a intentarlo, lo cual es producto del movimiento que se ha venido desarrollando con firmeza desde hace poco más de dos años, que busca hacer de esto una ley federal y con ello ampliar las posibilidades a los pacientes terminales de toda la nación. Este movimiento tiene como propósito que los estados adopten “un set de políticas creado para permitir a personas con enfermedades terminales y serias, individualmente o en grandes grupos, acceder a productos experimentales antes de que estos hayan sido aprobados (por la FDA)” (Kearse y Bateman – House, 2017, p.171)

El aspecto más importante es el que permite que “bajo el derecho a intentarlo los pacientes, doctores y las compañías farmacéuticas decidan si un paciente tiene acceso a los medicamentos que están siendo probados en ensayos clínicos si se cumplen ciertos requisitos.

La FDA no tiene poder de veto” (Senado, 2016, p. 81), lo que quiere decir que la posibilidad de acceder a ello es más probable ejerciendo el *right to try* que acudiendo al procedimiento establecido por la administración.

La primera ley fue promulgada en el estado de Colorado en el año 2014, en ella se declaró que “los pacientes con una enfermedad terminal tienen un derecho fundamental a intentar continuar la preservación de sus vidas con el acceso disponible a medicamentos en investigación, productos biológicos y dispositivos”, (House Bill 1288, 2014) lo que abrió la puerta para que los pacientes pudieran acceder a este tipo de procedimientos y medicamentos sin tener que agotar el proceso previsto por la FDA, el cual es criticado por su extenso trámite y la consecuente aprobación.

Actualmente existen múltiples leyes en relación con el derecho a intentarlo en Estados Unidos, aunque todas ellas reúnen características del modelo creado por el Instituto Goldwater, ejemplo de ello es que en su mayoría establecen que el momento correcto para acceder a un medicamento, tratamiento o dispositivo en estudio es luego de que este haya superado la primera fase de análisis y además imponen como requisito que el paciente agote todas las posibilidades que cuentan con total aprobación por parte de la FDA.

Así mismo existen otras tantas disposiciones acerca de la exoneración de responsabilidad del médico que aconseja a su paciente o explica las alternativas en fase de experimentación y, de igual manera se resalta la importancia de que quien padece la enfermedad terminal suscriba un consentimiento informado y por ende no quede duda alguna de su pleno conocimiento acerca de los efectos positivos y adversos del ensayo clínico en el que va a participar. (Kearn y Bateman-House, 2016, p. 172)

La finalidad de legislar en favor del derecho a intentarlo es afrontar el hecho de que no sea la FDA la única autoridad con el poder suficiente para decidir si otorga tratamientos,

medicamentos o dispositivos en fase de experimentación, ya que, en palabras de Mishra y Perkins (2016) el objetivo de la legislación *right to try* es “devolver el control de las opciones de tratamiento de vuelta a los pacientes y sus médicos, y otorgar a los pacientes de enfermedades terminales una última oportunidad para salvar sus vidas” (p.1)

Los sujetos involucrados en la regulación del derecho a intentarlo y el ámbito de aplicación de este se verían reflejados según el Instituto Goldwater (2016) en:

- “1. Pacientes que tienen una enfermedad terminal y han agotado los tratamientos convencionales.
2. Pacientes cuyo doctor ha advertido el uso de un medicamento en investigación.
3. El medicamento ha completado exitosamente la prueba básica de seguridad y es parte del proceso de aprobación de la FDA.
4. Paciente que ha dado el consentimiento informado y conoce los riesgos potenciales del medicamento.
5. La compañía que desarrolla el medicamento está dispuesta a que este se encuentre disponible para el paciente”.

La idea de todo es simplemente que los pacientes involucrados tengan la libertad de elegir y sean los doctores quienes los acompañen en el proceso sin que en algún momento el Estado mediante las regulaciones de la FDA sea una talanquera en el camino. A propósito Olsen (2016) afirmó en el debate acerca de la legislación del *right to try* que este se trata de la oportunidad de intentar salvar la propia vida, lo cual es el derecho más personal que tenemos, frente a esto considera que limitarlo o prohibirlo no es ético ni constitucional, además de encerrar una contradicción con la legislación que permite morir dignamente, en sus palabras:

“It is unethical and unconstitutional for government to deny patients that right. In America today, terminal patients have the right to hasten their deaths through Right to Die laws, but they do not have the right to fight to live. You can get drugs to end your life but not save it. I think most of us would agree there’s something desperately wrong with that” (p. 41)

Procedimiento de la FDA y críticas de los defensores de la legislación del Right To Try

En relación con el proceso de la FDA, este se denomina “Expanded Acces” y fue establecido en 1987, con el fin de permitir que personas con enfermedades incurables pudieran acceder a medicamentos o dispositivos en fase de experimentación, los cuales aún no contaran con la aprobación de la Administración.

Al respecto, el Instituto Goldwater sostiene que el procedimiento dispuesto por la FDA, además de costoso es demasiado extenso para una persona que se encuentra padeciendo una enfermedad terminal, considerando que el tiempo empleado en ello puede ser útil en la aplicación o intento de un tratamiento o medicamento que aún no se encuentra disponible para todo el público (s. f, p. 2). En el mismo sentido y enumerando otras ventajas de la legislación acerca del derecho a intentarlo, quienes la defienden sostienen que estas leyes “representan una forma de omitir el lento proceso de aprobación de la FDA, aumentan la conciencia de los tratamientos en investigación, reducen las muertes por enfermedades terminales y mejoran el acceso del paciente a dichos tratamientos” (Mishra y Perkins, 2016, p.1)

En el debate acerca de la adopción de una legislación federal que regule el derecho a intentarlo los defensores de la iniciativa sostuvieron que este “provee algo que los doctores, fabricantes de medicamentos, legisladores, etc, no pueden proveer: esperanza” (Senate, 2016, p.2), ya que es sumamente difícil para los pacientes encontrar formas alternas de tratar sus

padecimientos que no conduzcan ineludiblemente al fracaso. Por lo anterior, frente a la regulación dispuesta por la FDA, el derecho a intentarlo se muestra como una oportunidad de escapar a los resultados conocidos, toda vez que los medicamentos y tratamientos no cuentan con el estudio completo en materia de efectividad.

Es por esto, que el Instituto Goldwater (s. f) sostiene que “el derecho a intentarlo no garantiza que un medicamento en investigación funcionará; pero garantiza que si un medicamento prometedor que está funcionando para otras personas en un ensayo clínico autorizado por la FDA y el fabricante quiere otorgarlo a una persona terminal, el gobierno no se interpondrá en el camino” (p.2)

La regulación existente a nivel federal se trata de un procedimiento que inicia con la solicitud hecha por el médico tratante a la FDA mediante el diligenciamiento de un formulario, que antes de la reforma anunciada por este organismo podía demorar cerca de 100 horas en ser completado. Actualmente, según la FDA, la solicitud demora 45 minutos en ser diligenciada y la respuesta por parte del ente estatal no puede superar los 30 días, ya que se trata de pacientes cuyas posibilidades de vida y recuperación disminuyen significativamente con el paso del tiempo. (Cauchi, 2015, p. 1)

Aun así, en promedio el proceso para obtener la aprobación completa de la FDA tarda 10 años, por lo que durante este tiempo estos medicamentos, tratamientos o dispositivos no se encuentran disponibles para los pacientes que padecen enfermedades terminales y, aun cuando no se encuentran en busca de una cura, desean obtener una forma de prolongar su vida. Actualmente el programa de uso compasivo de la FDA es la última oportunidad para los pacientes que sufren enfermedades terminales de acceder a tratamientos no autorizados, lo cual significa que de no contar con el visto bueno del gobierno perderían todas las

oportunidades de recuperación alternativas a las autorizadas para ser comercializadas por las compañías farmacéuticas.

La discusión alrededor de este derecho no es simplemente jurídica sino que envuelve cuestiones políticas, toda vez que se trata de la representación de los intereses de un grupo minoritario de la población, que intenta agotar los últimos recursos existentes para salvar su vida, por esto la injerencia del Estado en las decisiones de los pacientes con enfermedades terminales suscita discusiones entre principios, como la legitimidad de este para interferir en estas decisiones en virtud del mandato de proteger la vida de sus ciudadanos y la autonomía de los individuos, considerando que “en las sociedades liberales la autonomía individual tiene una importancia central en general e incluso más en el área de la autonomía corporal”. (White, 2016, p. 6).

Frente a esto hay quienes consideran que no es aceptable que el Estado restrinja el acceso, ya que estaría decidiendo por los pacientes en estado terminal y pasando por alto su deseo de vivir. A más de lo anterior no existe forma alguna de que el gobierno recoja todas las necesidades de los pacientes, por lo que el tratamiento dado por la FDA a las oportunidades en tratamientos experimentales o medicamentos en investigación no cubrirían todo el espectro posible, al respecto White sostiene que “no hay manera de que las autoridades sepan o reporten estos intereses; ellos solo pueden imponer sus propias específicas concepciones de salud y bienestar y su forma particular de valorar estos en contra de los otros” (2016, p.9).

En este punto Epstein citado por White (2016) escribe que:

“La cuestión no es a menudo si la FDA en su sabiduría garantizará una excepción de uso compasivo para ciertas personas en situaciones desesperadas. Simplemente poner la discusión en esta forma muestra como profunda y poderosamente el gobierno se ha introducido a sí mismo en la vida de los

ciudadanos ordinarios, en relación con sus decisiones de vida y muerte. Los ciudadanos, como individuos autónomos, deben ser libres para tomar estas decisiones por ellos mismos” (p. 19)

En esta línea aunque en una posición no tan radical hay quienes sostienen que el derecho a intentarlo y las disposiciones de la FDA pueden coexistir, ya que la primera fase de investigación abarca la seguridad de la aplicación de los tratamientos o medicamentos en seres humanos, por lo que no se estaría poniendo en peligro la vida de los pacientes y por lo tanto no se menoscabaría la función de protección y vigilancia de la FDA.

Con referencia a la primera fase de investigación, existen testimonios como el de Gulfo, invitado al debate acerca de la legislación right to try, que indican que en varias ocasiones la FDA no permite el acceso a los pacientes aun cuando esta etapa ha sido superada, ya que no solo reclama seguridad sino eficacia, lo cual no es lo principal en los ensayos clínicos en los que participan enfermos terminales. (Senate, 2016, p. 12)

Por otro lado, existen defensores de la injerencia del Estado en este tipo de asuntos y ven en ello el cumplimiento de una obligación estatal bajo el “principio de beneficencia”, el cual impone al Estado el deber de “incrementar el bienestar o al menos prevenir que este no disminuya” (White, 2016, p.5). Además de esto, resaltan que los individuos no tienen la capacidad de discernir frente a lo que les hace bien en situaciones tan desesperadas como una enfermedad terminal, y tampoco cuentan con la información necesaria para cuidar apropiadamente su salud. (White, 2016, p.7).

Al respecto, Childress citado por White, sostiene que “el gobierno tiene un rol fuerte en la salud pública porque es su responsabilidad, basada en su poder de vigilancia, proteger la salud pública y el bienestar”, lo que permite que establezca reglas para acceder a cierto tipo

de prácticas en aras de mantener la seguridad de sus ciudadanos, aspecto crucial para quienes justifican la actuación de la FDA.

En relación con el trabajo de la FDA, quienes consideran loable el tratamiento dado a este tema resaltan que el 94 % de las solicitudes son aprobadas, por el contrario quienes lo critican hacen énfasis en la inconsistencia de los datos publicados, ya que según ellos la FDA no muestra las aplicaciones que rechaza antes de que sean archivadas. En realidad nadie sabe el número de solicitudes recibidas o rechazadas porque la FDA no tiene que mantener o reportar esa información.

A más de lo anterior, también existen críticos fuertes del *right to try* que reprochan la existencia o reconocimiento del derecho, ya que argumentan que las leyes establecidas en varios de los Estados de la Unión Americana en realidad no le otorgan a los pacientes un derecho a probar medicamentos o tratamientos de carácter experimental, puesto que:

“las leyes son muy claras en que no requieren que los fabricantes proporcionen el producto que se solicita. Los productos en desarrollo son propiedad exclusiva de las empresas que los desarrollan, y solo las empresas tienen la autoridad para decidir si entregan sus propiedades a quienes las solicitan”.

(Kaerns, 2017, p. 173)

Entonces, como las leyes no obligan a las farmacéuticas a otorgar los medicamentos o dispositivos a los pacientes terminales o que encuentran en esos mecanismos su última opción de mejorar su calidad de vida, los críticos argumentan que lo único que hacen las leyes es servir como un “dispositivo retórico de sentirse bien que en realidad no les da nada a los pacientes mientras que protege los activos de las empresas y los planes de desarrollo”.

(Kaerns, 2017, p. 173)

CAPÍTULO III

El Derecho Innominado A Intentarlo En Colombia. Estudio De Caso

El Estado colombiano en el año 1991 tras 105 años de vigencia de la constitución de 1886 y como resultado de movimientos juveniles, guerrillas y asesinatos de líderes políticos, deciden dar paso a una nueva constitución. Con motivo de la creación de esta nueva carta

política se crea una Asamblea Nacional Constituyente para su redacción, Asamblea que además de lograr ampliar el catálogo de derechos ya existente, deja establecido en el texto constitucional amplificadores de derechos que permiten ver al derecho no como leyes pétreas, sino como aquellas que responden a las necesidades de la ciudadanía para poder lograr su existencia y bienestar en sociedad. Dichos amplificadores establecidos fueron la teoría de la conexidad, el bloque de constitucionalidad de origen francés y los derechos innominados de origen norteamericano.

En la Asamblea Nacional Constituyente quienes dan el primer paso proponiendo la existencia de la cláusula de derechos innominados fueron los constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero quienes en el primer debate afirmaron que el objeto de la existencia de dicha norma en la Constitución sería:

“Esta norma tiene por objeto recalcar el carácter protector del capítulo constitucional sobre derechos y garantías, de manera tal que en ningún caso pueda él mismo esgrimirse para desconocer un derecho que, pese a no haberse enunciado expresamente, haga parte de la naturaleza de la persona humana. Se ha pretendido enunciar de la manera más amplia y comprensiva los derechos humanos, pero se quiere precaver la posibilidad de que en determinadas circunstancias de hecho se le quiera dar sentido restrictivo a la carta de derechos” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Protección de los derechos constitucionales)

Dada entonces esta justificación, la cláusula de derechos innominados fue aprobada por la Asamblea sin mayores reparos y por ende plasmada en el artículo 94 de la Carta Política, quedando enunciada de la siguiente manera: “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.” (Const., 1991)

Con ello surgió la duda de qué es lo inherente a la persona humana, interrogante que fue resuelto en sentencia T-002 de 1992 donde la Corte al preguntarse si debía ser o no la educación considerada como derecho fundamental, determinó qué se entiende por inalienable, inherente, y esencial:

“Podría responderse que inalienable es: que no se puede enajenar, ceder ni transferir; inherente: que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto; y esencial: aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser. Estos términos inalienables e inherentes deben ser entendidos así: algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial”. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-002, 1992)

Ahora bien, dado que el componente esencial de los derechos innominados es que deben ser “inherentes al ser humano”, resulta entonces apenas pertinente la pregunta acerca de si estos pueden valerse de la herramienta de la acción de tutela para hacer válido y exigible su contenido jurídico en el plano de lo fáctico. Es así entonces, como al intentar dilucidar la respuesta a este interrogante, se observa en primera instancia el decreto regulatorio de la acción de tutela, decreto 2591 de 1991 que en su art 2 establece:

“La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.” (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior es necesario conocer cuáles son aquellos criterios para que un derecho sea catalogado como fundamental, independientemente de su consagración o no en el texto constitucional. Es así como en sentencia T-406 de 1992 se hace un recuento de los criterios que determinan si un derecho es fundamental o no, para ello los clasifica en dos tipos: criterios de tipo esencial, que son los que debe reunir el derecho para que se constituya como fundamental y criterios de distinción, que son aquellos que ponen en evidencia la existencia de los criterios esenciales y por ende del derecho en sí mismo.

Estos criterios esenciales son:

“(i) que tenga una conexión directa con los principios, (ii) que sean de eficacia directa, es decir que sea posible una aplicación directa del texto constitucional sin necesidad de que medie otra normatividad, (iii) que tengan contenido esencial, esto es que el derecho en sí mismo tenga un núcleo “duro” básico e irreductible el cual no es susceptible de interpretación si se tratase de su aplicación”. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992)

Además de los anteriores la Corte establece criterios de distinción, clasificados en dos tipos de subcriterios, a saber, analíticos y de distinción facticos:

“Los criterios de distinción analíticos son: (i) la consagración expresa del derecho que hace referencia a que el mismo se haya consagrado como fundamental y de aplicación inmediata del derecho, (ii) que el mismo haga remisión expresa del derecho a los tratados y convenios internacionales, (iii) la conexión directa con derechos expresamente consagrados, (iv) el carácter de derecho inherente a la persona humana. Los criterios de distinción facticos son: (i) la importancia del hecho, haciendo referencia al contexto al que se enfrente el país para el momento de la ocurrencia y la decisión sobre los

hechos y (ii) el carácter histórico para el momento, pues no todos los derechos siempre han sido fundamentales, ni el colectivo siempre tiene el mismo ideal imaginario acerca de la necesidad del carácter de fundamental del derecho.”

(Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992).

Es así como los derechos innominados cumplen varios de los criterios exigidos por la Corte Constitucional, ya que siempre tienen conexión directa con los principios que irradia la Carta Política, puesto que “la dignidad humana es el fundamento de validez de los derechos innominados” (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-881, 2002). Además de ello siempre hacen referencia a otros derechos, pues como ya se ha mencionado en acápites anteriores, los derechos innominados no son creados “de la nada” sino que son el producto de la interpretación de los derechos existentes. Aunado a esto, la cláusula de derechos innominados hace remisión a la “Convención Interamericana de Derechos Humanos”, que en su art 29 numeral 3 dispone que: “Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: 3. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, Convención que fue suscrita por Colombia el 22 de noviembre de 1969 y ratificada mediante la ley 16 del 30 diciembre de 1972, por lo cual entró a hacer parte del bloque de constitucionalidad.

Existe tal unificación conceptual sobre el asunto que en sentencia T-212 de 2009 en el acápite donde fueron examinados los criterios jurisprudenciales para determinar los derechos que podrían reclamarse vía acción de tutela se determinó que:

“Se establecieron, vía jurisprudencial, criterios como el de (i) derechos subjetivos de ser amparados directamente por el juez, contenidos en el Capítulo I Título II de la Carta Política; (ii) derechos que integran el bloque de

constitucionalidad [-strictu sensu]; (iii) derechos innominados; (iv) derechos fundamentales por conexidad y, finalmente, (v) derechos fundamentales por expreso mandato constitucional.” (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-212, 2009)

No obstante la notoria importancia y relevancia que tiene la cláusula de derechos innominados en el derecho constitucional colombiano, la misma ha sido usada en pocas ocasiones hasta el día de hoy. Se mencionará en los próximos párrafos de manera somera y cronológica los casos en que la Corte Constitucional, haciendo uso de la misma y de la interpretación de los derechos ya existentes ha dado paso a la existencia de nuevos derechos en nuestro ordenamiento jurídico.

Derecho Al Mínimo Vital O Derecho A La Subsistencia- Sentencia T 426 De 1992: A pesar de que la Corte ha desarrollado a través del tiempo el concepto de “mínimo vital” la primera vez en que se mencionó como derecho fue en la sentencia T 426 de 1992, que estableció un “derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material”. Sin embargo un concepto reciente del derecho innominado al mínimo vital expone que este:

“Constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T 184, 2009)

2. Derecho al Olvido – Sentencia T-551 De 1994: Sentencia en la cual, dando interpretación a los derechos al buen nombre y a la intimidad, se crea el derecho al olvido, siendo éste el derecho de todas las personas a ser borradas de centrales de riesgo y bases de

datos donde repose la información negativa cuya causa vigencia ya se haya extinguido.

(Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-551, 1994)

3. Derecho a la Filiación Real- Sentencia C-109 De 1995: Sentencia en la cual la Corte, dando interpretación a los derechos a la personalidad jurídica y al buen nombre, crea el derecho a la filiación real, siendo este el derecho que tiene una persona a reclamar su verdadera filiación, que es aquella que corresponde a la realidad, lo cual amplía las causales de impugnación a la presunción de paternidad, para el momento de la promulgación de la sentencia. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-109, 1995)

4. Derecho a la Identidad Sexual- Sentencia T-477 De 1995: Derecho donde se establece que la única persona con legitimidad para determinar si desea realizarse una readecuación de sexo o un cambio de nombre respecto al género es la persona en sí misma, nadie más puede decidir por él ni siquiera los padres cuando se tratare de un menor de edad, pues los niños no son propiedad ni de sus padres, ni de la sociedad y asuntos como estos que tocan temas respecto a su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-477, 1995)

5. Derecho a Comunicarse – Sentencia C 621 De 1998: Sentencia en la que se reconoce el derecho a la comunicación estableciéndolo como el derecho fundamental que tiene una persona en un centro de reclusión:

“a establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-621, 1998)

6. Derecho a la Seguridad Personal Frente Riesgos Extraordinarios- Sentencia T-719 De 2003

Este derecho la Corte Constitucional lo reconoció como:

“aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad”. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-719, 2003)

7. Derecho Al Retorno – Sentencia T 025 De 2004: Sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional en Colombia respecto al desplazamiento forzado y se establece el derecho al retorno como aquel que tienen las víctimas de desplazamiento forzado de regresar al lugar de donde fueron desplazados sin que existan medidas de coerción para que regresen, o por el contrario que impidan su regreso, además debiendo existir de por medio un compromiso estatal en cuanto a seguridad y asistencia socioeconómica. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004)

8. Derecho a la Recuperación De La Funcionalidad De Un Órgano Del Cuerpo Humanos-Sentencia T 883 De 2014: Este derecho tiene por finalidad dar la posibilidad de una persona que ha perdido alguna parte de su cuerpo a que la misma sea reconstruida hasta donde los avances científicos, médicos y tecnológicos lo permitan, con el fin de recuperar la funcionalidad del órgano faltante de su cuerpo. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-883, 2014)

9. Derecho A Intentarlo- Sentencia T 057 De 2015: El derecho a intentarlo ofrece la posibilidad a pacientes que ya hayan agotado todas las posibilidades médicas existentes, de poder acceder a tratamientos, procedimientos o medicamentos experimentales siempre que su

médico tratante haya sido quien los prescribió y no exista ninguna otra opción, bien sea de recuperación o de evitar el fallecimiento inminente del paciente.

Derecho Innominado A Intentarlo En Colombia

Sentencia T 057 de 2015

A través de una sentencia de tutela en la que un padre solicita que la EPS practique a su hija un tratamiento experimental quien fue diagnosticada con Estado Vegetativo Persistente, los magistrados de la Corte Constitucional empleando la cláusula de los derechos innominados e interpretando los derechos a la salud y a la dignidad humana, reconocen el derecho innominado a intentarlo, el cual es tutelado a la joven en la parte resolutive del fallo.

El derecho innominado a intentarlo otorga la posibilidad de acceder a tratamientos, procedimientos o medicamentos experimentales, siempre que se cumplan ciertos requisitos, a saber:

1. Que el tratamiento sea prescrito por el médico tratante
2. El paciente haya probado todas las opciones médicas posibles y se trate de la única y posiblemente la última opción de vida del paciente.
3. Se cuente con fundamentos científicos para afirmar que no se trata de un tratamiento totalmente desconocido.
4. Los riesgos de practicar el tratamiento hayan sido explicados al paciente y a sus familiares y estos hayan aceptado asumirlos.

En la sentencia de tutela donde es reconocido este derecho la Corte recoge alguna jurisprudencia relacionada con los tratamientos experimentales y los medicamentos que aún no han sido avalados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos (INVIMA), ya

que los mismos constituyen una parte importante en la configuración del ámbito de protección del derecho a intentarlo. Frente a los primeros la Corte entiende que:

“Los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente”

(Corte Constitucional de Colombia, 7 de Junio de 2001, Sentencia T 597/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Por otro lado, frente a los medicamentos que no cuentan con la aprobación del INVIMA se cita la sentencia T-310 de 2013, en la cual la Corte acepta la posibilidad de acceder a ellos si se cumplen algunos requisitos, como son: que esté amenazada la salud o vida del paciente; que dicho medicamento no pueda ser sustituido por otro; que haya sido ordenado por el médico suscrito a la EPS y que el paciente no pueda sufragar su costo. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-310, 2013).

Además de lo anterior la Corte subraya la importancia de examinar su uso considerando las características particulares del caso concreto frente a la información científica existente y solo luego de agotar ese análisis decidir si debe negarse al paciente el acceso, en palabras de la Corte:

“Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible” (Corte Constitucional, T – 418, 2011)

La jurisprudencia constitucional citada por la Corte deja entrever que el acceso a tratamientos experimentales y medicamentos en fase de experimentación no es un tema nuevo dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que el mismo, aun cuando se ha hecho jurisprudencialmente, ya se ha desarrollado. Ahora bien, a pesar de que la finalidad de esta investigación es describir el concepto del derecho innominado a intentarlo, su ámbito de protección y desarrollo en Colombia, es importante avizorar discusiones que pueden presentarse en relación con su ejercicio, como lo es la que se desprende del artículo 15 de la Ley Estatutaria que reglamente el derecho a la salud, el cual compromete varios aspectos de este derecho.

El artículo 15 la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que reglamenta el derecho fundamental a la salud en Colombia.

El 16 de febrero de 2015 se promulgó la ley estatutaria 1751 la cual reglamenta el derecho fundamental a la salud, su garantía y mecanismos de protección. En su artículo 15 esta ley enumera los servicios y tecnologías que no pueden ser financiados con los recursos públicos asignados a este derecho, entre estos, aquellos que:

1. “No cuenten con evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica.
2. No cuenten con evidencia científica sobre su efectividad clínica.
3. Su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente.
4. Se encuentren en fase de experimentación.
5. Tengan que ser prestados en el exterior.”

Las disposiciones anteriores, teniendo en cuenta que están insertas dentro de una ley estatutaria, fueron objeto de control de constitucionalidad mediante sentencia C- 313 de 2014, en la cual la Corte Constitucional las declaró constitucionales.

Frente a los dos primeros incisos del artículo 15 la Corte sostuvo que incluyen la “concepción integral de la salud”, ya que el sistema recoge las diferentes fases que aquella puede tener además de incorporar la integralidad como soporte de su prestación. Respecto a las exclusiones enumeradas en el mismo artículo el tribunal constitucional confirma que se trata de una restricción al derecho fundamental a la salud, lo cual es congruente con la prestación del servicio, ya que este implica que “la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción” (Corte Constitucional, Sala Plena. C- 313, 2014)

No obstante lo anterior, según la Corte Constitucional las exclusiones fijadas por la ley no son de obligatorio cumplimiento en todas las situaciones, ya que, citando la sentencia T-237 de 2003:

“el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos, está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

- a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
- b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
- c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna

de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro” (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-237, 2003)

Lo anterior significa que aun cuando la ley estatutaria trae un régimen taxativo de exclusiones, se puede prescindir de su aplicación si quien requiere el tratamiento o medicamento excluido cumple las condiciones fijadas en la jurisprudencia constitucional.

2. Frente a la exclusión de los servicios y tecnologías que no cuentan con evidencia científica sobre su efectividad clínica, la Corte Constitucional dispuso en sentencia T-310 de 2013, que pueden suministrarse “cuando el médico tratante haya acreditado que este es el único que puede surtir efectos favorables en el paciente”. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-310, 2013)

3. Respecto a la exclusión del uso de servicios y tecnologías que no han sido autorizados por la autoridad competente, en el caso colombiano el INVIMA, la jurisprudencia constitucional establece que tal autorización no califica la idoneidad o no de los medicamentos por lo que no se puede negar su uso por parte de los médicos basados en esto, ya que si así fuera se desconocería, en palabras de la Corte en sentencia T - 1214 de 2008, “la competencia normativa otorgada a los médicos en relación con la posibilidad y el deber de prescribir medicación y tratamientos necesarios y adecuados según el estado de salud de sus pacientes”

Frente a esto hay que considerar que según la jurisprudencia constitucional, en concreto la sentencia T-418 de 2011, cuando el médico tratante de un paciente considere que deba usarse un medicamento no autorizado aún por el INVIMA, ello no significa que el mismo sea de carácter experimental, por lo que podrá solicitarlo si cuenta con evidencia científica al respecto, es decir, citando la T-418 de 2011:

“el hecho de que un medicamento no haya sido aprobado por el INVIMA para ser comercializado nacionalmente, no implica que el mismo tenga carácter experimental. Si un medicamento tiene o no tal condición, no depende de los procedimientos administrativos que se estén adelantando, sino de la mejor evidencia con que cuente la comunidad médica y científica al respecto.”

4. En relación con el literal que excluye aquellos servicios y tecnologías que se encuentran en fase de experimentación, la Corte Constitucional en sentencia T-1330 de 2005, sostuvo que existen situaciones en las cuales esta exclusión puede resultar desproporcionada, por lo que debe considerarse esta posibilidad “no solo cuando esté en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría” (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-1330, 2005)

5. Por último, frente a la exclusión de los servicios o tratamientos que tengan que ser prestados en el exterior, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-1018 de 2001, mantuvo que podía tutelarse esta exclusión si la situación del paciente era tal que su vida estaba en peligro; cuando se trata de un procedimiento que contara con evidencia científica suficiente; cuando exista aprobación y el concepto técnico-científico del médico tratante es favorable y por supuesto que lo solicitado no sea practicado en el país, además de evaluar la viabilidad de someter al paciente a ello teniendo en cuenta sus condiciones particulares. (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T-1018, 2001)

A más de lo anterior hay que analizar que el tratamiento o medicamento solicitado “no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU 819, 1999)

Los literales analizados guardan estrecha relación con el objeto del derecho a intentarlo por lo que sería plausible hacer un ejercicio comparativo por parte de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que se puede estar frente a un escenario de contradicción entre la ley estatutaria y el derecho fundamental reconocido en ejercicio de la cláusula prevista en el artículo 94 constitucional.

Es importante advertir que en el análisis de constitucionalidad hecho sobre la ley estatutaria por parte de la Corte Constitucional no se incluyó el derecho a intentarlo debido a que el control previo hecho a la ley 1751 de 2015 fue realizado el 29 de mayo de 2014 y la sentencia de tutela que declara la existencia del derecho data del 12 de febrero de 2015, además de que la promulgación de la ley fue el 16 de febrero de ese mismo año. Lo anterior pone de presente que era casi imposible percibir la contradicción existente en el ordenamiento jurídico producto de la promulgación de una y otra disposición, por lo que cabe la sugerencia de realizar el análisis con miras a determinar la manera en la que eventualmente podrían coexistir.

En relación con este estudio hay que hacer claridad sobre la posibilidad de que sea precedente un nuevo control sobre la ley estatutaria, ya que la misma como se indicó tuvo control de constitucionalidad previa su promulgación. Al respecto hay que recordar que de acuerdo a la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional es la encargada de revisar la exequibilidad de los proyectos de ley estatutaria, en lo relacionado con vicios de forma

como de fondo, lo que tiene como consecuencia directa que el control posterior de constitucionalidad no proceda, toda vez que habría cosa juzgada constitucional.

En relación con esto la Corte ha sostenido que el control previo de constitucionalidad se trata de un control jurisdiccional automático, ya que es el tribunal constitucional quien lo realiza y consiste en el ejercicio comparativo entre el proyecto de ley estatutaria y la Constitución Política, además es integral, definitivo y participativo, por lo que las sentencias proferidas en virtud de este “hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. (Corte Constitucional, 2006, p.28)

Lo anterior se justifica en la necesidad de garantizar la sujeción de las leyes estatutarias a la Constitución Política antes de su promulgación, como quiera que estas tienen una calidad especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano al reglamentar los derechos fundamentales reconocidos a las personas por el Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-523, 2005)

Este control es automático porque no requiere de la presentación de una acción de inconstitucionalidad sino que el proyecto de ley estatutaria es remitido a la Corte por el legislador antes de su promulgación; es integral porque su análisis incluye los vicios de carácter sustancial y los de forma y es participativo ya que los ciudadanos pueden intervenir en el proceso de análisis de constitucionalidad. (Corte Constitucional, 2011, p. 7)

Es decir, en palabras de la Corte Constitucional, “una ley estatutaria no sólo goza de constitucionalidad integral desde el inicio de su vigencia, sino que la sentencia que así lo constató goza de la fuerza de la cosa juzgada constitucional”. (Corte Constitucional, Buscar sentencia)

Sin embargo, aun cuando existe cosa juzgada constitucional la Corte ha mantenido que es posible un control posterior cuando “se configuren vicios de inconstitucionalidad

sobrevinientes, como por ejemplo vicios de forma en el trámite posterior o vicios de fondo resultantes del cambio de las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento para el inicial pronunciamiento de constitucionalidad”. (Corte Constitucional, 2011, p. 9)

Al respecto, Quinche Ramírez (2016) explica que surge esta posibilidad porque opera “una modificación del patrón de comparación a partir del cual se realizó el cotejo, propio del control de constitucionalidad” (p. 125), producto de nuevas disposiciones en la Constitución Política o en algún instrumento parte del bloque de constitucionalidad.

En conclusión, si bien las leyes estatutarias cuentan con control previo de constitucionalidad por parte de la Corte, existe la posibilidad de que las mismas sean objeto de control posterior si se dieron hechos sobrevinientes que permitan a la Corte hacer un nuevo pronunciamiento acerca de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico constitucional.

En el caso concreto, la ley estatutaria 1751 de 2015, aun cuando fue objeto de control de constitucionalidad mediante sentencia C-313 de 2014 y declarada constitucional en su artículo 15, literales b), c), d), e) y f), puede ser objeto de control posterior, como quiera que al momento de su promulgación y control previo la sentencia T-057 de 2015, acerca del derecho a intentarlo en Colombia, no había sido proferida por la Corte, lo cual constituye una nueva situación que modifica el ordenamiento constitucional.

Derecho a intentarlo y Constitución Política:

Seguros de que el control posterior de constitucionalidad puede proceder para una eventual revisión de la antinomia existente entre el derecho a intentarlo, reconocido por la Corte en sentencia T-057 de 2015, y los literales b), c), d), e) y f) del artículo 15 de la ley 1751, no está de más advertir algunas contradicciones puntuales teniendo en cuenta algunos

principios de la Constitución Política de Colombia, como son el principio de integralidad, pro-homine y progresividad.

Para desarrollar lo descrito es importante anotar que la Constitución Política está cimentada por principios y valores que soportan su existencia, los primeros “son una parte de la constitución misma y están dotados de fuerza normativa”, son mandatos que suponen su obligatorio cumplimiento; los segundos “no alcanzan el valor normativo del principio, pero sin embargo dictaminan el derrotero que habrá de seguir el Estado frente a su organización funcional”, entonces, “los principios son normas y los valores son fines jurídicos”.

Así estos principios, también poseen una serie de características que los hacen igualmente identificables en el texto constitucional y que son, según Daza y Quinche (s. f):

“Verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato.

1. Son normas de carácter general, aplicables al universo de casos y sin restricción por especialidad jurídica
2. Normas que deciden los casos difíciles o complejos
3. Sus conflictos son resueltos por ponderación”. (p. 10)

A partir de lo anterior se deduce que los principios insertos en la Constitución no pueden desconocidos por otras normas que hagan parte del ordenamiento jurídico del país, ya que su transgresión implicaría vulnerar la misma Constitución y su fundamento.

En relación con el caso concreto, es decir, la ley estatutaria de salud, esta también se encuentra cimentada en unos principios que rigen su prestación y que son establecidos en consonancia con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, los cuales son:

“eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad e integralidad, lo que implica que tanto el Estado como las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la obligación de garantizar y materializar dicho servicio sin que existan barreras o pretextos para ello” (T-039 de 2013 p. 23)

Sumado a los anteriores, también se encuentran principios como la accesibilidad, la universalidad, la progresividad y el principio pro homine, los cuales se desprenden del bloque de constitucionalidad e igualmente irradian a toda la Constitución Política y, por consiguiente a la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano.

Estos principios que rigen el servicio de salud son entonces normas que contienen mandatos de obligatorio cumplimiento, no obstante varios de ellos, concretamente integralidad, progresividad y pro-homine, posiblemente están en contradicción con lo dispuesto en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 15 de la ley estatutaria de salud, lo que conllevaría una violación de la Constitución Política.

Principio de Integralidad: Este principio, atendiendo a lo descrito en la ley estatutaria de salud, implica que:

“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 éste comprende todos los elementos esenciales para lograr su

objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”
(Ley 1751, 2015)

Lo anterior, según la sentencia T-062 de 2017, significa que el Estado y las EPS autorizadas por él para la prestación y garantía del derecho fundamental a la salud, deben propender, por “la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su patología y que sean consideradas como necesarios por el médico tratante”. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T -062, 2017)

Ahora bien y teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho a intentarlo en la sentencia T - 057 de 2015, la integralidad como principio que rige la prestación del servicio de salud, tal y como lo describe la ley estatutaria de salud, podría verse afectada por las exclusiones que determinan el acceso a este tipo de servicios, ya que no se estaría considerando la especial condición del paciente, ni el criterio de su médico tratante, lo cual eventualmente afectaría la situación de aquel, al desconocer aspectos que involucran el derecho fundamental a intentarlo. A partir de lo anterior, y teniendo en cuenta el mandato de optimización contenido en la integralidad podría la Corte Constitucional analizar si el legislador está desconociendo el reconocimiento hecho jurisdiccionalmente.

Principio Pro - Homine: Así como el principio de integralidad, el principio pro homine también orienta la prestación del servicio de salud y la Constitución Política y es entendido, según sentencia C-438 de 2013, como:

“un principio (...) que impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos

humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”
(Corte Constitucional, Sala Plena, C-438, 2013)

Este principio de interpretación deja claro que en virtud de su naturaleza el actuar del Estado debe ir dirigido a garantizar los derechos de la manera más favorable a los individuos y que no es posible ir en desmedro de la dignidad humana. Por lo anterior, es conveniente realizar un ejercicio comparativo entre las exclusiones contenidas en los literales citados del artículo 15 de la ley estatutaria de salud y el principio constitucional pro-homine, además del derecho fundamental innominado a intentarlo, específicamente su ámbito de protección.

Sin embargo a primera vista se podría afirmar que el reconocimiento de esta nueva garantía en el ordenamiento jurídico, representa la interpretación más favorable al individuo, en este caso frente a los pacientes que se encuentran inmersos en alguna de las causales de exclusión, no obstante, solo el pronunciamiento de la Corte Constitucional como órgano competente para dirimir escenarios de posibles antinomias entre las disposiciones del ordenamiento lo podrá confirmar.

Principio de Progresividad: Este mandato en el ordenamiento jurídico colombiano implica, atendiendo a lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 2002, que:

“una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-671, 2002)

Es decir, una vez que se ha otorgado una protección a los derechos de la ciudadanía, dicha protección en caso de ser modificada no podrá darse ser en detrimento o disminución del derecho, de hacerse se presumirá inconstitucional, excepto si dicha regresión está

fundamentada, en palabras de la Corte Constitucional, “en la consecución de fines constitucionales imperiosos” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-428, 2012); por el contrario, y como regla general solo podrá realizarse una modificación que garantice un mayor nivel de cubrimiento a los derechos otorgados.

El principio de progresividad está consagrado en la observación No 14 de los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (DESC), el artículo 26 de la “Convención Americana de Derechos Humanos”, el artículo 2.1 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (PIDESC) y por ende en el bloque de constitucionalidad adoptado por el Estado colombiano, en virtud del artículo 93 constitucional.

Ahora bien, como ya se ha explicado en páginas anteriores la Corte Constitucional colombiana reconoció desde el día 12 de febrero de 2015 el derecho al ciudadano colombiano que se encuentre en fase terminal o que ya haya probado todas las opciones posibles (medicamentos o tratamientos) a acceder a un tratamiento experimental porque este es su última opción de vida.

En el mismo sentido, 4 años atrás la Corte Constitucional falló en sentencia T-1330 de 2005 que:

“En determinados eventos la **prohibición absoluta** del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones **experimentales** con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud, bien sea como un derecho fundamental autónomo o conexo, no sólo cuando esté en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría...”

“Por lo tanto corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia” (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-1330, 2005)

En relación con la excepción al principio de progresividad, es decir, la regresividad, esta solo será constitucional si a través de un test de proporcionalidad se:

- “i). Justifica que la medida tiene un fin legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique (principio de idoneidad),
- ii). Valorar si de todas las medidas posibles y existentes se ha escogido la menos regresiva (presupuesto de necesidad)
- iii) Confrontar el principio de progresividad con otros principios constitucionales para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional al que se le enfrenta (proporcionalidad).” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-228, 2011)

Ahora bien, es a todas luces evidente que este test no fue realizado por la Corte Constitucional, pues a pesar de que en la sentencia en la que se realizó el control de constitucionalidad previo a la ley estatutaria de salud, se tuvo en cuenta en múltiples ocasiones el principio de progresividad para fallar, no se realizó el test de progresividad al artículo 15 incisos b), c), d), e) y f) frente al derecho fundamental innominado a intentarlo y

demás principios constitucionales, debido a que la mencionada sentencia tuvo lugar en el tiempo antes de la creación del derecho a intentarlo.

Considerando lo expuesto hasta el momento, es del caso instar al análisis constitucional en aras de determinar si la aparente antinomia existente entre el reconocimiento jurisdiccional del derecho a intentarlo y las exclusiones dispuestas en los literales b) a f) del artículo 15 de la ley estatutaria de salud, encuentra asidero en el ordenamiento constitucional o, por el contrario debe ceder una disposición ante la otra.

CONCLUSIONES

- La cláusula de los derechos innominados, implícitos o no enumerados fue adoptada por primera vez en 1791 en la Constitución de los Estados Unidos en aras de no limitar el catálogo de derechos existente y no petrificar el reconocimiento de estos, lo cual permitiría atender las necesidades de las generaciones futuras en materia de protección de derechos.
- Los derechos innominados han sido entendidos de diversas formas, siendo las más frecuentes aquellas que los consideran producto de la interpretación que hace el juez constitucional de los derechos ya reconocidos en el ordenamiento jurídico y también como una labor creadora del juzgador en aras de actualizar el catálogo existente.
- La Constitución Política de Colombia recogió en su artículo 94 la cláusula de derechos innominados como amplificador de los derechos inherentes a la persona humana reconocidos taxativamente en el ordenamiento constitucional, lo cual permite ampliar el catálogo de derechos humanos por parte del juez constitucional, en este caso, la Corte Constitucional.
- En el ejercicio de reconocimiento de derechos innominados la Corte Constitucional colombiana ha reconocido entre otros derechos innominados el mínimo vital, el derecho al olvido, el derecho al retorno, el derecho a la filiación real y el que fue objeto de análisis en este trabajo el derecho a intentarlo.

- El derecho innominado a intentarlo fue reconocido por primera vez en Estados Unidos, específicamente en el estado de Colorado, y encierra la posibilidad de que pacientes en fase terminal o aquellos que habiendo agotado todos los medicamentos y tratamientos existentes no hayan obtenido mejoría o cura, puedan acceder a medicamentos y tratamientos en fase de experimentación sin agotar el engorroso procedimiento dispuesto por la FDA.
- La finalidad del derecho a intentarlo en Estados Unidos es evitar que el gobierno imponga talanqueras a los pacientes para que prueben medicamentos o tratamientos en fase de experimentación, ya que ello encierra el último intento de mejorar las condiciones actuales de su enfermedad y prolongar su tiempo de vida.
- En Colombia, el derecho a innominado a intentarlo fue reconocido mediante sentencia T-057 de 2015 frente al caso de una paciente en Estado Vegetativo Persistente (EVP) cuyo médico tratante encontró la posibilidad de participación en un tratamiento de carácter experimental, lo cual fue tutelado por la Corte considerando que existiendo posibilidad de mejoría y una vez agotados los tratamientos y medicamentos autorizados por el sistema de salud, es un derecho de las personas intentar aquellos que se encuentren en fase de experimentación.
- El mismo año en el que la Corte Constitucional profiere la sentencia T-057 de 2015 el legislador promulga la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la salud, la cual en su artículo 15 enlista algunas exclusiones acerca del direccionamiento de los recursos públicos destinados a la prestación del servicio de salud en Colombia.
- El listado previsto en el artículo 15, específicamente los literales b), c), d), e) y f), excluyen de la prestación del servicio de salud el acceso de los pacientes a

medicamentos y tratamientos en fase de experimentación, aquellos que no cuentan con eficacia clínica, que son prestados en el exterior o que no han sido autorizados por el INVIMA, lo cual eventualmente puede contrariar lo dispuesto en la sentencia T-057 de 2015 y el reconocimiento del derecho innominado a intentarlo.

- La Corte Constitucional declaró exequible la Ley Estatutaria 1751 de 2015 por considerarla completamente ajustada a la Constitución, aun cuando frente a los literales b), c), d), e) y f) advirtió que era necesario tener en cuenta la jurisprudencia constitucional al momento de aplicar taxativamente las exclusiones previstas, ya que podían darse situaciones en las que estas limitaciones no podían aplicarse en virtud de la protección de los pacientes.
- Hay que advertir la proximidad temporal de las disposiciones, toda vez que la sentencia es del 12 de febrero de 2015 y la promulgación de la ley fue el 16 de febrero del mismo año, además de considerar que el análisis previo de constitucionalidad fue hecho en sentencia C-313 de 2014, lo cual imposibilitó el análisis de las disposiciones en conjunto por parte de la Corte Constitucional.
- Considerando que ya existe control de constitucionalidad sobre la Ley Estatutaria no está de más advertir que eventualmente y si la Corte Constitucional lo considera cabría un control posterior, como quiera que en el 2014 como se anotó aún no había sido reconocido el derecho innominado a intentarlo, lo cual constituye una modificación del ordenamiento constitucional no considerada en el control previo.
- A partir de lo anterior a primera vista se estaría ante una contradicción a partir de lo reconocido por esta Corporación en la sentencia T-057 de 2015 y lo reglamentado en la ley 1751 de 2015, literales b), c), d), e) y f) de su artículo 15.

- En aras de instar al análisis acerca de la aparente contradicción se trae a colación la posible transgresión del principio de integralidad, como quiera que el derecho innominado a intentarlo introduce una atención al paciente que incluye medicamentos y tratamientos en fase de experimentación lo cual está siendo excluido por los literales citados del artículo 15 de la Ley Estatutaria.
- Además de lo anterior cabría considerar si bajo el principio pro-homine las dos disposiciones coexisten o, si por el contrario, una encierra una interpretación más favorable debiendo aclararse bajo el ordenamiento constitucional cuál es la más adecuada frente a la protección de la dignidad humana y los derechos de los ciudadanos.
- Por último y en relación con el análisis de constitucionalidad efectuado por la Corte sobre la ley bajo el principio de progresividad, no está de más analizar si el derecho a intentarlo amplió las garantías de los pacientes y si ello está en consonancia con las exclusiones planteadas en la Ley 1751, toda vez que la regla general es la ampliación de la protección y no la regresividad, la cual de llegar a ocurrir, debe contar con suficiente fundamentación constitucional.

REFERENCIAS

- Berardinelli, J. A. (2013). *Jurisprudencia Constitucional: Precedentes judiciales de la humanidad, casos y materiales*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Bidart Campos, G. J. (1989). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires (Argentina): Sociedad Anónima Editora Comercial, industrial y financiera.
- Bidart Campos, G. J. (1993). *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM.
- Bidart Campos, G. J. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Sociedad Anomina Editora.
- Bidart Campos, G. J. (2002). Los dererechos "no enumerados" en su relación con el Derecho Constitucion y el Derecho Internacional. En R. Méndez Silva, M. Aguilar Cuevas, C. M. Ayala Corao, L. De la Barreda Solórzano, & G. J. & Bidart Campos, *Derecho internacional de los derechos humanos. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: Memorias*. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico. UNAM.
- Caicedo, A. Del derecho fundamental innominado a ser intentado en la jurisprudencia constitucional. (2014) Recuperado de: [HYPERLINK "http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2664/1/derecho%20fundamental.pdf"](http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2664/1/derecho%20fundamental.pdf)

<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2664/1/derecho%20fundamental.pdf>

[f](#)

Candía, G. (2015) Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho. Volumen 42. No 3. (p. 873 – p.902)

Carrillo, D. La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales. (2016) Recuperado de: [HYPERLINK](#)

"<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/4923/3/T-UCSG-PRE-JUR-DER-23.pdf>" <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/4923/3/T-UCSG-PRE-JUR-DER-23.pdf>

Carpio, M. (2000) El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 3.

Constitución Política. (1991). Retrieved from Secretaria del Senado:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#94

Constitución política de Argentina [Const.] (1994) Artículo 33 [Primera parte].

Constitución política de Ecuador [Const.] (2008) Artículo 11 [Título II].

Constitución política de Perú [Const.] (1993) Artículo 3 [Título I].

Constitución política de Uruguay [Const.] (1967) Artículo 72 [Sección segunda, capítulo III].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (05 de junio de 1992).

Sentencia T- 406 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (03 de julio de 2015) Sentencia T – 418 de 2014. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (20 de noviembre de 2014). Sentencia T – 883 de 2014. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (23 de mayo de 2013). Sentencia T- 310 de 2013. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (19 de mayo de 2005). Sentencia C- 523 de 2005. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (04 de noviembre de 1998) Sentencia C-621 de 1998. (M.P. José Gregorio Hernández)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (20 de marzo de 2003) Sentencia T-237de 2003. (M.P. Jaime Cordoba Triviño).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (08 de mayo de 1992). Sentencia T-002 de 1992. (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (20 de agosto de 2013). Sentencia T-719 de 2003) (M.P. Manuel José Cepeda)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (23 de noviembre de 1995). Sentencia T-477 de 1995. (M.P. Alejandro martinez Caballero).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de agosto de 2002). Sentencia C-671 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de octubre de 1999). Sentencia SU-819 de 1999. (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (30 de marzo de 2011). Sentencia C-228 de 2011. (M.P. Juan Carlos Henao)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (15 de diciembre de 2005). Sentencia T-1330 de 2005. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (08 de junio de 2012). Sentencia T-428 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (03 de febrero de 2017). Sentencia T-062 de 2017. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (12 de febrero de 2015). Sentencia T- 057 de 2015. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (15 de abril de 1995) Sentencia C-109 de 1995. (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (21 de septiembre de 2001). Sentencia T-1018 de 2001. (M.P. Clara Inés Vargas).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (27 de marzo de 2009). Sentencia T-212 de 2009. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (02 de diciembre de 1994). Sentencia T-551 de 1994. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (19 de marzo de 2009). Sentencia T-184 de 2009. (M.P. Juan Carlos Henao)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (17 de octubre de 2002) Sentencia T-881 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (29 de mayo de 2014). Sentencia C-313 de 2017. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de julio de 2013). Sentencia C-438 de 2013. (M.P. Alberto Rojas Ríos)

Corte Constituional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (22 de enero de 2014) Sentencia T-025 de 2004. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). *Ley Estatutaria de Salud* [1751]. DO: 49427.

Cubides, J. Gonzalez, J. Grandas, A. León. J. Prieto, M. (2016) Perspectivas del Constitucionalismo. Recuperado de: HYPERLINK

"[http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/perspectivas-del-](http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/perspectivas-del-constitucionalismo/pubData/source/perspectivas-del-constitucionalismo.pdf)

[constitucionalismo/pubData/source/perspectivas-del-constitucionalismo.pdf](http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/perspectivas-del-constitucionalismo/pubData/source/perspectivas-del-constitucionalismo.pdf)"

[http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/perspectivas-del-](http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/perspectivas-del-constitucionalismo/pubData/source/perspectivas-del-constitucionalismo.pdf)

[constitucionalismo/pubData/source/perspectivas-del-constitucionalismo.pdf](http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/perspectivas-del-constitucionalismo/pubData/source/perspectivas-del-constitucionalismo.pdf)

Dworkin, R. The concept of unenumerated rights. Unenumerated rights: Whether and How Roe Should Be Overruled. Retomado de: HYPERLINK

"<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4757&context=uclrev>"

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4757&context=uclrev>

Ernst, C. (2010, Octubre 8). *Carlos Ernst*. Rcuperado marzo 2018, de

<https://sites.google.com/site/carlosernst0/Inicio/derechos-implicitos-uba/bibliografia>

Ferreira A. Los derechos innominados en Colombia, reflexiones sobre su origen. (s. f)

Recuperado de: HYPERLINK

"https://www.academia.edu/8829494/Los_derechos_innominados_en_coLombia_reflexiones_sobre_su_origen"

https://www.academia.edu/8829494/Los_derechos_innominados_en_coLombia_reflexiones_sobre_su_origen

Gros, H. (1999) Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en artículo 29. C) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Guastini, R. (s. f) Derechos Implícitos. Recuperado de: HYPERLINK

"<https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>"

<https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>

Mantari, G. Derechos no enumerados y nuevos derechos. (2011) Recuperado de:

HYPERLINK "<http://temasconstitucionales.blogspot.com.co/2011/05/derechos-fundamentales-no-enumerados.html>"

<http://temasconstitucionales.blogspot.com.co/2011/05/derechos-fundamentales-no-enumerados.html>

Sosa, J. (s. f) Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. Recuperado de: HYPERLINK

"https://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad"

https://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad

Bill States General Assembly of the State of Colorado. (2014). Article 45. (Access to treatments for Terminally Ill Patients). *Concerning the allowance for terminally ill patients to have access to investigational products that have not been approved by the federal food administration that other patients have access to when they participate in clinical trials.* (1281)

Kearns, L., & Bateman – House, A. (2017). Therapeutic Innovation & Regulatory Science. *Who Stands to Benefits? Right To Try Law Provisions and Implication, volume (51)* (170-176) Recuperated from:
<https://med.nyu.edu/pophealth/sites/default/files/pophealth/Kearns%20BatemanHouse%20RTT%20variations%20in%20TIRS.pdf>

Mishra, M. & Perkins, A. (2016) The Nelson A. Rockefeller Center At Dartmouth College. The Center for Public Policy and the Social Sciences. *Right to try Laws. An Opportunity for Physician, Public and Private Sector Collaboration.* Recuperado de:
https://rockefeller.dartmouth.edu/sites/rockefeller.drupalmulti-prod.dartmouth.edu/files/rtt_prs_final.pdf

Martin, C. (2016) Ohio State Law Journal. *Question the Right to try Laws: Assesing the Legality and Effectiveness of These Laws. Volumen (77)* (159 – 194) Recuperado de:
http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2016/06/Vol.-77_1-159-194-Martin-Note.pdf

Mark D. White. (2016) Mercatus Research, Mercatus Center at George Mason University, Arlington. *The Ethical Issues behind Expanding the Right to Try Preapproval Drugs and Medical Devices.* Recuperado de:
<https://www.mercatus.org/system/files/mercatus-white-right-to-try-ethics-v1.pdf>

Caudhi, R. (Marzo 2015) *“Right to try” Experimental Prescription Drugs State Laws and Legislation for 2014 and 2015* de National Conference of State Legislatures. The Forum for America’s Ideas, Denver.

Right to try. (2017) Facts About Right to Try. Recuperado de: <http://righttotry.org/wp-content/uploads/2017/01/RTT-Fact-Sheet.pdf>

Right to try. (2017) Right to Try: Questions Answered. Recuperado de: http://righttotry.org/wp-content/uploads/2017/01/RTT-FAQ_QA.pdf

U.S Government Publishing Office. (2017) *Connecting Patients to new and Potential life saving treatments, February 25, 2016. Exploring a Right To Try for Terminally Ill Patients, September 22, 2016* de Hearing Before the Committee on homeland Security and Governmental Affairs United States Senate. One Hundred Fourteenth Congress, Washington.

Thomas O., Perreault J. & Lewis K, 2016, Letter to federal government, Ottawa Ontario, Canadá