

RESUMEN ANALÍTICO EN EDUCACIÓN - RAE -



**FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.**

AÑO DE ELABORACIÓN: 20015

**TÍTULO: DEL DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO A SER INTENTADO
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

AUTOR (ES): CAICEDO SÁNCHEZ Angie Nathaly

DIRECTOR(ES)/ASESOR(ES):

CUBIDES CÁRDENAS Jaime Alfonso

MODALIDAD:

PÁGINAS: **TABLAS:** **CUADROS:** **FIGURAS:** **ANEXOS:**

CONTENIDO:

JUSTIFICACIÓN

INTRODUCCIÓN

1. Estudio Dogmático – Histórico de los Derechos Fundamentales Innominados y su Definición
2. Reconocimiento de Derechos Fundamentales Innominados por la Jurisprudencia Constitucional Colombiana
 - 2.1. Mínimo Vital
 - 2.1.1. Sentencia Su 111 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz
 - 2.1.2. Sentencia T-012 de 2009, del 19 de Enero De 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil

2.2. Seguridad Personal en Casos de Riesgos Extraordinarios

2.2.1. Sentencia T - 719 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

2.3. Derecho al Olvido.

2.3.1. Sentencia T - 414 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón

2.4. Estabilidad Laboral Reforzada

2.4.1. Sentencia T – 373 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

2.4.2. Sentencia T – 285 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis

2.4.3. Sentencia SU - 256 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

2.5. Derecho al Retorno en el Caso de los Desplazados

2.5. 1. Sentencia T – 025 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2.6. Derecho a la Subsistencia

2.6.1. Sentencia T – 124 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

2.7. Derecho A Ser Intentado

2.7. 1. Sentencia T – 057 De 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

3. Motivación de la ley De Acceso A Tratamientos Experimentales Adoptada Por El Estado De Colorado En América Del Norte.

CONCLUSIONES

Referencia Bibliográfica

PALABRAS CLAVES: Derecho fundamental innominado, derecho al ser intentado, acceso a tratamientos experimentales.

DESCRIPCIÓN

El presente artículo de reflexión, tiene por finalidad analizar el derecho fundamental innominado a ser intentado, junto con su reconocimiento y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de la acción de tutela; para lo cual, se abordarán tres ejes temáticos, el primero de ellos, consiste en realizar un

estudio dogmático-histórico del surgimiento de los derechos fundamentales innominados y su definición; seguido por la revisión de la jurisprudencia constitucional colombiana, a través de la cual, se han reconocido derechos fundamentales innominados, con especial énfasis en la sentencia T-057 de 2015, mediante la cual, le fue otorgado el carácter de derecho fundamental innominado al derecho “a ser intentado” y, por último, se expondrá los motivos tenidos en cuenta en la ley adoptada por el Estado de Colorado de los Estados Unidos de Norteamérica, respecto al acceso de tratamientos experimentales por parte de pacientes terminales.

METODOLOGÍA:

La metodología investigativa aplicada fue cualitativa, descriptiva y explicativa, para lo cual, se realizaron las siguientes actividades: búsqueda y recolección de información, organizando y analizando todos los documentos jurídicos recaudados frente al acceso de tratamientos médicos experimentales, la revisión de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido derechos fundamentales innominados, con su correspondiente línea jurisprudencial y la exposición de los motivos de la legislación adoptada por el Estado de Colorado de los Estados de América del Norte, mediante la cual, se aprobó el acceso a tratamientos y drogas experimentales; para culminar, con las conclusiones que se presentarán en forma del artículo de investigación.

CONCLUSIONES:

A modo de conclusión me permito hacer las siguientes apreciaciones

Los derechos fundamentales innominados son aquellos derechos influenciados por el iusnaturalismo, que sin encontrasen enunciados en una constitución, posee el carácter fundamental ya que son inherentes e inalienables al ser humano y, han sido introducidos al ordenamiento jurídico colombiano, a través de del artículo 94 superior, el cual, expuso que el haberse citado unos derechos fundamentales en la Constitución Política de 1991, no se están negando ni excluyendo la existencia de otros derechos que siendo inherentes a la persona humana no figuren dentro de dicho listado ni puedan ser protegidos vía acción de tutela; por el contrario, el decreto reglamentario de la acción de tutela, en su artículo segundo expuso que las decisiones de tutela que se hayan referido a un derecho no consagrado expresamente en la constitución pero que por su naturaleza puedan ser amparado por la tutela, la Corte Constitucional les dará prelación a su revisión. Razón por la cual, se evidencia que los derechos fundamentales innominados son reconocidos por la sala de revisión de esta Corporación, mediante sentencias de tutela o de unificación, las cuales, son producto del estudio de los fallos proferidos por los jueces de instancia con ocasión a la presentación de una acción de tutela.

En ese orden de ideas y, con fundamento en lo expuesto en el presente artículo de investigación se demostró que esa Corporación ha ido reconociendo jurisprudencialmente la existencia de derecho fundamentales innominados como son el mínimo vital, a la subsistencia ,a la estabilidad laboral reforzada, el derecho al olvido, a la seguridad personal en riesgos extraordinarios, el derecho al retorno de las personas víctimas del desplazamiento forzado y el derecho a ser intentado del que trató este artículo, entre otros.

Respecto al derecho fundamental al mínimo vital, es necesario concluir que este derecho entendido como todo ingresos que adquiere la persona pretendiendo satisfacer sus necesidades básicas y la de su núcleo familiar, con el fin de tener una vida digna, debe ser estudiado de manera subjetiva y concreta, toda vez que el mínimo vital varía según el titular del derecho y su estado patrimonial y, de igual forma, el mismo deberá ser alegado por medio de la acción de tutela de manera rápida; debido a que si el accionante deja transcurrir más que un tiempo considerable para solicitar su amparo, tanto el juez de tutela como la corte constitucional, puede predicar que no existe una premura por proteger este derecho y, por tanto, no puede aducirse una afectación al mínimo vital ni un perjuicio irremediable que afecte al actor¹.

En cuanto al derecho a la subsistencia como un derecho fundamental, se concluyó que consiste en la posibilidad que tiene una persona de conformar un medio adecuado para el desarrollo de su vida digna en sociedad y de su personalidad, el cual es necesario para el desarrollo de su proyecto de vida y se encuentra íntimamente ligado con la dignidad de la persona humana, los derechos al mínimo vital, la vida, la salud, la seguridad social, entre otros, que permiten el desenvolvimiento de una persona en sociedad.

Por otro lado, del derecho a la estabilidad laboral reforzada se puede deducir, que es una prerrogativa de poseen las mujeres en embarazo, las personas

¹ Esta circunstancia, se evidencia constantemente cuando un ciudadano solicita mediante acción de tutela se ampare su derecho al mínimo vital y, se ordene a la entidad accionada el pago de una incapacidad médica que no supere los 30 días de incapacidad, la cual, fue expedida hace mes de seis meses desde el momento de presentación de la acción tuitiva; circunstancia que hace presumir al juez de tutela que no existe una afectación al mínimo vital ni un perjuicio irremediable que le impida acudir a la vía ordinaria para solicitar el pago de la misma, toda vez que de existir alguna lesión a este derecho no podría haber esperado tanto tiempo para solicitar la protección del mismo.

sindicalizadas y en estado de debilidad manifiesta, debido al estado de desigualdad en el que se encuentran con respecto a su empleador y, pretende que este no abuse de su poder y de por terminado el vínculo laboral existente entre las partes por la condición en el que estos se encuentran; sin embargo, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto y no se puede obligar a un empleador a mantener indefinidamente en el tiempo a un trabajador, este podrá despedirlos sin vulnerar dicho derecho fundamental, siempre que medie una justa causa y autorización del inspector del trabajo o el juez laboral.

Ahora bien, en lo tocante a los casos de la mujer en gravidez y las personas en estado de debilidad manifiesta, cabe señalar que este derecho trasciende hasta la esfera del derecho a la seguridad social y mínimo vital de la persona, debido a que si se despidiera a una persona en esa condición por su actual estado de salud, le sería negada su fuente principal (o única dependiendo del caso) de ingresos y, asimismo, no podría seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social, impidiéndole continuar con el tratamiento o control médico que requiera.

En relación con el derecho al olvido, es menester concluir que es un derecho ligado al manejo de la información principalmente financiera y, por tanto al habeas data, que tiene por finalidad evitar que un dato negativo de un ciudadano reportado conforme a la ley, permanezca de forma indefinida en el tiempo en la base de datos de la entidad encargada de administrarlo y, en consecuencia su titular se vea perjudicado a futuro, impidiéndole acceder a créditos bancarios.

Por otra parte, respecto al derecho a la seguridad personal en casos de riesgos extraordinarios, es necesario recalcar que este, consiste en la prerrogativa que

poseen las personas para solicitar ante las autoridades públicas las medidas de protección pertinentes ante riesgos que no están obligados legalmente a soportar, como son la tortura y tratos crueles, el secuestro, entre otros delitos de lesa humanidad y, cuya finalidad es que el estado le brinde a los ciudadanos un estado de seguridad que le permita desenvolverse en su diario vivir y cumplir su proyecto de vida, ejerciendo los derechos de los cuales son titulares.

Asimismo, frente al derecho al retorno de las personas víctimas del conflicto armado, cabe concluir que este derecho consiste en la posibilidad que tiene las personas víctimas del desplazamiento forzado en Colombia como sujetos de especial protección, a que el Estado como garantista de los derechos de los ciudadanos no coaccione a los titulares de este derecho a regresar a su lugar de origen o a reubicarlo en otro, ni impedir que estos se restablezcan nuevamente en la residencia de la cual fueron desplazados, pese a que las autoridades le informen los riesgos previsibles, así como abstenerse a promover el retorno cuando exista un riesgo para la vida e integridad de la persona o informarle las condiciones de seguridad en caso de proceder el retorno; esto pretendiendo que las víctimas del desplazamiento forzado no sean re-victimizadas y puedan reiniciar sus vidas en condiciones dignas en las partes del territorio nacional que estas consideran pertinente para el caso.

Para finalizar, el derecho fundamental innominado “a ser intentado” consiste en la posibilidad que poseen los pacientes de enfermedades terminales y en especial en los casos estudiados por esta corporación, las personas que padecen de estado vegetativo persistente y mínimo de conciencia, a intentar perseguir la preservación de sus propias vidas y, por tanto, poder acceder a los fármacos, productos

biológicos y dispositivos disponibles como productos de investigación y que no han sido aprobados por la comunidad científica o entidad encargada de acreditarlos como alternativa terapéutica.

Para acceder al amparo de este derecho, es menester que concurren las siguientes condiciones: *(i)* que la persona que pretende acceder al tratamiento experimental padezca de una enfermedad terminal atestiguada por su médico tratante, *(ii)* quien analizando las opciones de tratamiento aprobadas por la FDA considere que *(iii)* es recomendable utilizar un fármaco en investigación como único recurso para prolongar o reestablecer su salud y, por último, *(iv)* es obligatorio que el paciente suministre su consentimiento, o en caso de no poder hacerlo, deberá otorgarlo su tutor legal o su padre.

Colorario de lo relatado, es necesario concluir que, en el caso del derecho fundamental innominado “a ser intentado” reconocido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-057 de 2015, es evidente que su protección se efectúe por medio de la acción de tutela, ya que al referirse a un tema de tratamientos experimentales considerados por la Resolución 5521 de 2013 y la ley estatutaria de la salud 1751 de 2015 como servicios y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud que no serán financiados por el Estado, se ha de deducir que las entidades prestadoras del servicio de salud y sus IPS se negarán a suministrar dicho servicio pese a encontrarse dentro de las condiciones establecidas por esta Corporación para su reconocimiento y protección.

Por Último, es menester señalar que este derecho ha sido de gran relevancia en los Estados Unidos de América, al punto que actualmente treinta y seis de sus

estados han considerado la expedición de una ley que regule dicha temática y, existen 12 leyes referente al acceso de tratamientos experimentales por parte de pacientes terminales, las cuales se fundamentan bajo la motivación expuesta en el tercer capítulo del presente artículo, entre los que se encuentra Colorado, Arizona, Wyoming, Utah; regulación que evita la existencia de la controversia citada en el párrafo anterior y, que obliga a las personas que se consideran titulares de este derecho, acceder a él de manera inmediata salvo que se busque su protección vía acción de tutela.

FUENTES:

1. Adriance, s., (2014), *Fighting for the “Right to Try” unaproved drugs: law as persuasión*, The Yale law Journal, 124, 1-10, Recuperado de: http://www.yalelawjournal.org/pdf/AdriancePDF_8758q2eo.pdf
2. Arango, R., (2004), *Derechos constitucionales y democracia*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
3. Carpio Marcos Edgar, (2000), *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados*, Selected Works – Revista mexicana de derecho constitucional 3, 3-25, Recuperado de: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=edgar_carpio_marcos
4. Cauchi, R, ncsI Health program, (2015), *Right to Try Experimental Perscripción Drugs State Laws and Legislación for 2014 and 2015*, National Conference of State Legislatures, 4 (1), 1-6 Recuperado de <http://www.ncsl.org/documents/health/RighttoTry2015.pdf>.

5. Christopher H. Lieu, Alison Sorkin y Wells A. Messersmith. (2015) Right to try?. Vol. 33, Pag. 13, Documento electrónico Recuperado de: <http://jco.ascopubs.org/content/33/13/1518.full.pdf+html>.
6. Duga, J. (1993) *La constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Bogotá D.C.: Fondo editorial CEREC.
7. Ferrajoli, L., (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta.
8. Forsthoﬀ, E., (1975), *Concepto y esencia del Estado social de derecho*, Madrid: Centro de estudios constitucionales.
9. Gaceta constitucional No. 77, 109, 127, 136.
10. Gomez Sierra, F., *Constitución Política de Colombia de 1991 [Const.]*, Artículo 94 [Título II], 2da edición, editorial Leyer Ltda, 2011
11. Grocio, H. (1925), *Del derecho de la Guerra y de la Paz*, Madrid, Editorial Reus.
12. Kelsen, H. (1992), *Que es Justicia*, Barcelona, editorial Ariel S.A.
13. Ley estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, Ministerio de Salud y Protección Social.
14. Madrid, M. & Garizabal, M., (1992), *Derechos fundamentales*, Bogotá D.C., Colombia: Escuela superior de administración pública.
15. Madriñan Rivera, R.E., (1997), *Estado social de derecho*, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C.
16. Noguera Alcalá, H., (2003), *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
17. Noguera Alcalá, H., (2006), *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*, Chile.: Universidad de Talca, Chile.

18. Olando Valderrama, C.A. & Olano García, H.A., (2000), *Derecho constitucional e instituciones políticas: Estado Social de Derecho*, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones librería del profesional.
19. Ortiz Rivas, H.A., (2007), *Derechos humanos*, Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
20. Pérez Luño, A.E., (1999), *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid: Editorial Tecnos.
21. Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013, Ministerio de Salud y Protección Social.
22. Rolla, G. (2002), *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
23. Taleva Salvat, O., (2004), *Derechos humanos*, Argentina: Ediciones Valleta S.R.L.
24. Uprimny Yépes, R., (1992), *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá D.C.: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.
25. Younes Moreno, D., (1995), *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C.
26. Younes Jerez, S., (2015), *Estado social de derecho: estructura, crítica y prospectiva*, Bogotá D.C., Colombia: Universidad Autónoma de Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia SU-111 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
2. Sentencia T-012 de 2009, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
3. Sentencia T-719 de 2003, Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.
4. Sentencia T-414 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
5. Sentencia T-373 de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
6. Sentencia T-285 de 2006, Magistrado Álvaro Tafur Galvis.

RESUMEN ANALÍTICO EN EDUCACIÓN - RAE -



- 7.** Sentencia SU-256 de 1996, Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.
- 8.** Sentencia T-025 de 2004, Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.
- 9.** Sentencia T-124 de 1993, Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.
- 10.** Sentencia T-057 de 2015, Magistrado Martha Victoria Sáchica Méndez
- 11.** Sentencia T-212 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- 12.** Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.
- 13.** Sentencia T-053 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos
- 14.** Sentencia T-1046 de 2012, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- 15.** Sentencia T-162 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- 16.** Sentencia T-059 de 2012, M. P. Humberto Sierra Porto.