

revista Innova

ISSN 2027-1875

Publicación de la Corporación Universitaria de Sabaneta - Unisabaneta
Vol. 4, No 2, Julio de 2014

Autor: Piers Calvert /
UNHCR/ACNUR Américas
Descripción: Gente Yucuna del
bajo Rio Caquetá vestidos para el
Baile Del Muñeco, un ritual que
practican cada febrero celebrando
la abundancia del chontaduro.
Amazonas, Colombia.
Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7220/7309168104_e393699269_b.jpg
Licencia: Creative Commons 2.0



Revista Innova

Es una publicación semestral de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

ISSN 2027-1875

Vol. 4, No 2, julio-diciembre 2014

Representante Legal

Hernán Moreno Pérez

Rector

Juan Carlos Trujillo Barrera

Vicerrector de Investigación

José Saúl Trujillo González

Vicerrector de Extensión y Comunicaciones

Carlos Rodrigo Vera Zapata

Vicerrector Académico

Carlos Mario Ramírez Betancur

Decana Facultad de Derecho

Luz Elena Mira Olano

Decano Facultad de Ingeniería

Fray León Osorio

Decano Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales

Juan de Dios Uribe Zirene

Comité Editorial

Luz Elena Mira Olano

José Saúl Trujillo González

Carlos Mario García Ramírez

Andrés González Serrano

Juan Carlos Marín Castillo

Juan Rodrigo Vega Henao

Las ideas y opiniones expuestas en los artículos, reseñas, etc. son responsabilidad exclusiva de sus autores y no representa la posición de la publicación.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento -No Comercial - Sin Obra Derivada 3.0 Unported.

Cuando los artículos, noticias y fotografías son extraídos de otras publicaciones, se intenta contactar a los autores para su autorización. En caso de que dicho contacto no resulte posible, se publica el material con base en los artículos 32,33,34 y 35 de la ley 23 de 1982, dado el carácter académico y la distribución gratuita de INNOVA

Diseño Gráfico y Diagramación

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Teléfono: 372 77 16

e-mail: artesyletras@une.net.co

CC Unisabaneta 2009 - 2013

UNISABANETA - INNOVA

Calle 75 sur 34 – 120

Sabaneta – Antioquia - Colombia

Tel. (574) 301 18 18 ext. 103 - 118 - 152

Fax: (574) 301 18 18 ext. 102

E-mail: innova@unisabaneta.edu.co

Web: www.unisabaneta.edu.co/innova

Editor responsable

Lina Marcela Acevedo Correa, Mg. en
Derecho, Universidad de Medellín.

Evaluadores

Dr. Julián Darío García Ramírez, Mg. en
Derecho, Universidad de Medellín

Dra. Liliana Velez Castilblanco, Mg. en
Derecho Procesal, Universidad de Medellín

Guía para los autores

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicado, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no ha sido publicado o propuesto en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o en la web.

La revista digital INNOVA, es una publicación semestral de la Facultad de Derecho, de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta. La revista se encuentra en convocatoria permanente para la recepción de artículos y recibirá textos de temas relacionados con el Derecho.

Requisitos:

- Enviar el artículo inédito, en copia impresa y en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabenta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G. Editor responsable y a la calle 75 sur No. 34-120 Sabaneta-Antioquia.
- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.
- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas, de preferencia en normas APA. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Se señalará con un asterisco en el título la naturaleza del artículo. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación, tesis de grado, ensayo o reseña crítica, reflexión o reporte de casos y traducciones. Para los casos pertinentes debe señalarse en el título del proyecto la entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización.
- Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera:
- Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación al que se encuentra vinculado, si es el caso.
- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista *Conflicto y Sociedad*, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra

publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista *Conflicto y Sociedad*, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.

De preferencia se publicarán artículos que sean fruto de investigaciones culminadas. Los artículos de investigación deberán encontrarse dentro de las categorías establecidas por Colciencias y deberán indicar los datos de la investigación de la cual son resultado.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Colciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.

Los artículos que se publicarán serán los siguientes:

- a. “Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- b. Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
- c. Artículos de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica por los menos de 50 referencias.
- d. Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
- e. Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
- f. Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
- g. Revisión de tema.** Documento de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.



**¡ Matricúlate
ahora mismo!**
Haz Parte de la Innovación



Especialización en:

Alta Gerencia Estratégica

Resolución 17178 MEN octubre 17 de 2014
Registro SNIES 103796

Teléfono: 301 18 18
Calle 75 sur N° 34 - 120
Sabaneta - Via La Doctora - Ant



www.unisabaneta.edu.co

Síguenos: @unisabaneta



Institución de Educación Superior sujeta a vigilancia e inspección por parte del Ministerio de Educación Nacional

Contenido

Editorial 5

**El derecho a la salud en el EPMS de MEDELLÍN-BELLAVISTA:
entre la esperanza del deber ser y la desesperanza del ser**

*Oscar Mauricio Badillo Lizarralde, Robinson Caballero,
Diana Patricia Rodríguez Saavedra, Martha Isabel Vásquez Arbol*

7

**La responsabilidad del estado en el suicidio de
quienes prestan servicio militar dada su posición de garante**

Hernán Restrepo Ortiz

21

**Concepción socio-jurídica de la implementación del diagnóstico
genético preimplantacional en personas con hemofilia**

Cristian Montoya Garcés

49

**¿conflicto o genocidio? A propósito de la última incursión
militar Israelí en la Franja de Gaza**

Sergio Andrés Giraldo Galeano

69



Especialización en:

Derechos Humanos y Litigio Internacional

Resolución 17653 MEN diciembre 6 de 2013
Registro SNIES 102999

Derechos Ambiental y Desarrollo

Resolución 17685 MEN diciembre 6 de 2013
Registro SNIES 102999

Teléfono: 301 18 18
Calle 75 sur N° 34 - 120
Sabaneta - Vía La Doctora - Ant



www.unisabaneta.edu.co
Síguenos: @unisabaneta



Institución de Educación Superior sujeta a vigilancia e inspección por parte del Ministerio de Educación Nacional

Nota Editorial

Innova en su habitual publicación semestralizada, busca destacar las producciones que aporten de manera significativa el entorno académico. Al ser una publicación digital, quiere ponerse a la vanguardia e impactar en este medio al mayor número de lectores.

La publicación digital de la Corporación Universitaria de Sabaneta, como su nombre lo indica, busca ser creativa y original en los conocimientos que aporta a la sociedad.

Su perfil netamente jurídico, quiere divulgar los productos de investigaciones propias del derecho, desde una perspectiva de innovación y emprendimiento.

Desde la Corporación Universitaria de Sabaneta, fieles a nuestro compromiso con la investigación, apoyamos todas las iniciativas que propendan a la consecución de un País más justo y pacífico. Desde la investigación y la academia, buscamos contribuir como Universidad a este fin.

En esta edición, Innova presenta a la comunidad, resultados de investigación de las líneas y clínicas jurídicas de la Facultad de Derecho, que abordan temas interesantes y poco investigados. Así mismo un ensayo de divulgación del foro llevado a cabo en la institución donde se discutió sobre los “aspectos políticos, jurídicos e históricos del conflicto palestino-israelí” que desencadenaron la última crisis en la región.

Ponemos a disposición de toda la comunidad este importante medio y esperamos que sea de interés y agrado para todos.



Si te apasionan los negocios matrícúlate

Administración de Empresas

Resolución 4009 MEN mayo 21 de 2010
Registro SNIES 90511.

Contaduría Pública

Resolución 1086 MEN febrero 24 de 2010
Registro SNIES 90318

Negocios Internacionales

Resolución 1087 MEN febrero 24 de 2010
Registro SNIES 90319

Teléfono: 301 18 18
Calle 75 sur N° 34 - 120
Sabaneta - Vía La Doctora - Ant



www.unisabaneta.edu.co
Síguenos: @unisabaneta



Institución de Educación Superior sujeta a vigilancia e inspección por parte del Ministerio de Educación Nacional



El derecho a la salud en el EPMSC de Medellín-Bellavista: entre la esperanza del deber ser y la desesperanza del ser*

Por: Oscar Mauricio Badillo Lizarralde**

Robinson Caballero***

Diana Patricia Rodríguez Saavedra****

Martha Isabel Vásquez Arboleda*****

“Así pues, la persona en situación de reclusión no se puede considerar como un paria social, ni los establecimientos carcelarios “agujeros negros” en los que las garantías constitucionales dejan de generar exigencias verdaderas en cabeza del Estado”. (CE 3. 29 Ago. 2013 (Exp. 27908). S. Díaz)

Resumen

Por vía jurisprudencial, el derecho a la salud ha alcanzado la connotación de derecho fundamental, naturaleza que no le había otorgado el constituyente de 1991, y por tal razón es un derecho de aplicación inmediata. Sin embargo, la vulneración a este derecho es una constante en nuestro contexto. Y esa vulneración reviste una gravedad mayor si se trata de personas privadas de la libertad, pues frente a estas el Estado tiene unas obligaciones más profundas. Un claro ejemplo de lo anterior es la situación que se vive en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad

* Informe final de la materia “Línea de Profundización I” impartida en la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-.

** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-.

*** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-.

**** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-. Correo electrónico: dianaprs74@gmail.com

***** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-.

y Carcelario –EPMSC- de Medellín –Bellavista, pues en este centro de reclusión factores como el hacinamiento y la falta de presencia estatal hacen que la vulneración de derechos fundamentales sea una constante. En el caso del derecho a la salud, el desconocimiento del mismo es algo bien sabido, pues esta vulneración diariamente es puesta de manifiesto por medios de comunicación, organizaciones públicas y privadas y, especialmente, por diferentes tribunales.

Palabras clave: Cárceles, penitenciarías, privación de la libertad, derecho a la salud, Medellín.

Introducción

La Constitución Política de 1991 erige a Colombia como un Estado Social de Derecho (C.N., Art. 1º), de lo cual se desprende que todo el accionar estatal debe estar dirigido a garantizar, entre muchas cosas, la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales, pues en una organización política así organizada

(...) las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente. (C. Const., T-288/12, L. Vargas).

Sin embargo, en Colombia no se cumple el anterior imperativo en diversos escenarios, y uno de ellos es el representado por los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Las personas privadas de la libertad, ya sea como imputadas o como condenadas por la comisión de algún delito, ven restringidos o suspendidos algunos de sus derechos fundamentales, como el derecho al trabajo (Constitución Nacional, Art. 25) y, en especial, el derecho a la libertad de locomoción (C.N., Art. 24). Lo anterior quiere decir que la persona que se encuentra reclusa es privada de la “administración” de su cuerpo y esta función la asume, motu proprio, el Estado, motivo por el cual se dice que esa relación de sujeción que existe entre la Administración y los administrados se torna más especial cuando ese administrado se encuentra privado de la libertad por cuenta y parte del Estado.

Así, la Administración, al enviar una persona a un centro de reclusión adquiere con ella una serie de obligaciones adicionales a las que naturalmente tiene con los coasociados, pues debe garantizarle a ésta de manera especial unos mínimos que comprenden, entre otros, la alimentación, la recreación, la salud, la integridad personal y la vida, todo ello en un marco de respeto por la dignidad humana, ya que la persona, dada su particular situación, está en una imposibilidad absoluta de hacerlo.

No obstante lo anterior, la realidad de nuestro país nos enseña que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad, en calidad de procesados o de sentenciados, viven en la miseria más absoluta, en condiciones indignas, olvidándose que la persona, por el mero hecho de verse privada de la libertad, no deja de serlo, y sigue siendo titular de unos derechos fundamentales que se le deben garantizar siempre, garantía que es obligación ineludible del Estado, debido a la referida relación especial de sujeción existente entre éste y la persona que se encuentra tras las rejas, pues el servicio penitenciario y carcelario está a cargo del Estado.

Uno de los derechos que más se le desconoce a esta población es el de la salud, pues las actuales condiciones de hacinamiento en cárceles y penitenciarias impide que el personal y los servicios que se ofrecen a los internos en esta materia cumplan con los estándares mínimos de calidad y oportunidad para que se garantice el derecho a la salud de estas personas.

Ahora, en vista de que el EPMSC de Medellín -Bellavista es uno de los centros de reclusión con uno de los mayores índices de hacinamiento del país, no resulta extraño que allí se vulnere constantemente el derecho fundamental a la salud de las personas reclusas en esa institución, lo cual carece de todo fundamento o justificación, toda vez que las personas privadas de la libertad continúan siendo titulares de todos sus derechos fundamentales -excepto la libertad personal y la libertad de locomoción-, además que son sujetos de especial protección por parte del Estado, debido a la relación de sujeción existente entre este y aquellos.

En vista de la situación antes descrita, el presente escrito apunta a establecer cuáles son los mecanismos jurídicos apropiados para asegurar la eficacia del derecho fundamental a la salud de los internos del EPMSC de Medellín -Bellavista frente a su manifiesta vulneración por parte del Estado. Para tal fin, se partirá de un análisis respecto a la noción de derecho fundamental y los mecanismos existentes para su protección; luego, se hará un análisis sobre lo que se ha dicho de la vulneración del derecho a la salud en los centros de reclusión en Colombia en general, y de manera específica en el EPMSC de Medellín-Bellavista. Por último, se presentarán algunas conclusiones sobre lo expuesto en los acápite anteriores.

1. Los derechos fundamentales en Colombia y su protección

La idea de derecho fundamental, cuyo antecedente más inmediato es la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, fue acogido y en Colombia por la Constitución Política de 1991, al consagrar una serie de derechos y libertades personales que, bajo el sustento común del respeto de la dignidad del individuo, son inherentes a la persona humana. En el texto constitucional, los derechos fundamentales aparecen, prima facie, consagrados en el Título II del Capítulo I, que precisamente se denomina “De los derechos fundamentales”, lo que en principio puede llevar a pensar que sólo los derechos allí consagrados ostentan el carácter de fundamentales.

Sin embargo, desde los inicios de su actividad, la Corte Constitucional ha sostenido que la Carta Política no estableció de manera taxativa los derechos fundamentales de los colombianos, sino que lo que hizo fue sentar unas bases a partir de las cuales se puede decir si un derecho es o no fundamental. Con base en lo anterior, la Corte fijó criterios como la conexidad, la eficacia directa y el contenido esencial, los cuales se deben aplicar cuando se presenten dudas sobre la fundamentalidad de un derecho. Frente a lo anterior, el constitucionalista colombiano Chinchilla (2009) señala:

Son fundamentales los derechos que admiten una sustentación axiológica basándose en cualquiera de estas dos vías: a) por ser inherentes o esenciales a la persona humana, de tal manera que sin ellos no es concebible la existencia del ser humano con sus atributos definitorios: racionalidad, libertad, autonomía moral, y con el estatus de dignidad que le es inherente (de allí su carácter de “inalienables”); b) por ser una derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos que hacen las veces de axiomas éticos y, como tales, dan sentido y fundamento moral a todo el orden

constitucional. Esos valores o principios axiales son: la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, el trabajo y la solidaridad (...).

Ahora bien, en vista del papel preponderante que juegan los derechos fundamentales en el marco del Estado Social de Derecho, forma estatal en la que el centro de todo es la persona humana, el propio constituyente de 1991 estableció una serie de mecanismos tendientes a asegurar la efectividad de la dignidad y los derechos fundamentales de todos los colombianos, y que a la vez establezcan un límite al accionar del Estado cuando con él se afecta a los administrados, y es aquí donde aparece la idea de la necesidad de que exista un control de constitucionalidad, tanto para las normas jurídicas inferiores como para las actuaciones del Estado en general, control que, en el caso colombiano, es realizado en última instancia por la Corte Constitucional, órgano que de conformidad con el artículo 241 de la Norma Superior es el encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.

De igual manera, se debe recordar que para cumplir dicho encargo, la Corte Constitucional cuenta con dos valiosos instrumentos contenidos en la propia Carta: la Acción Pública de Inconstitucionalidad (Artículo 241) y la Acción de Tutela (Artículo 86).

Con el primero, el Alto Tribunal se pronuncia frente a la constitucionalidad de las normas con fuerza material de ley dictadas por el Congreso o eventualmente por el Presidente, cuando quiera que los ciudadanos las demanden y, eventualmente, de oficio, como sucede con las leyes estatutarias. En este caso, si la Corte encuentra que la norma inferior contraría disposiciones constitucionales, procede a expulsarla del ordenamiento jurídico, en una sentencia con efectos erga omnes que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

Frente al segundo mecanismo –la Acción de Tutela–, se tiene que la Corte Constitucional posee la facultad de revisar cualquier fallo de un juez inferior proferido dentro del trámite de una acción de tutela, con lo cual puede entrar directamente a defender y a garantizar los derechos fundamentales de los gobernados, por medio de una sentencia con efecto inter partes. Asimismo, al conocer en sede de revisión de una acción de tutela, la Corte puede hacer uso de la institución denominada “estado de cosas inconstitucional”, tal como lo hizo en 1998 al pronunciarse sobre la situación de los reclusos en Colombia (C. Const., T-153/98, E. Muñoz), en donde el Alto Tribunal concluyó que, además de muchos otros, se presentaba una vulneración continuada y sistemática del derecho a la salud de los internos de varias penitenciarias del país, entre ellas la de Bellavista.

2. El derecho a la salud en Colombia. el caso de las personas privadas de la libertad en el epmsc de medellín -bellavista

Hoy en día se acepta de manera general que la definición de salud va más allá de la mera ausencia de enfermedad, tal como lo reconoce la Defensoría del Pueblo (2006) cuando se refiere al alcance del derecho a la salud en los siguientes términos:

El derecho a la salud faculta a la persona para reclamar y disfrutar de todos los medios que le permitan acceder al más alto nivel de bienestar físico, mental y social. El bien protegido por este derecho no puede ser observado simplemente como un simple estado de ausencia de enfermedad. La salud, desde tal perspectiva, debe ser comprendida

como el resultado de una serie de condiciones sociales y económicas que configuran un medio favorable para que las personas puedan llevar una vida sana. En este sentido, el derecho a la salud se hace extensivo al disfrute de otros bienes jurídicos y no se limita estrictamente a la atención en salud.

Ahora bien, la referida discusión acerca del carácter de fundamental de un derecho cuando la Constitución no se la otorga, se presentó frente el derecho a la salud, el cual, dada su ubicación en el texto constitucional (Título II, Cap. II, “De los derechos económicos, sociales y culturales”), fue considerado por mucho tiempo como un derecho no fundamental y, por tanto, no susceptible de aplicación inmediata ni objeto de protección judicial por vía de tutela.

Frente a la anterior situación, la Corte Constitucional, acaso consciente de la necesidad de brindar alguna protección a este derecho, recurrió, en principio, al criterio de la conexidad, en virtud del cual ordenaba la tutela del derecho a la salud, en los eventos en los que su inobservancia conllevaba –por una cuestión de conexidad- a una vulneración del derecho fundamental a la vida y un desconocimiento de la dignidad de la persona.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional fue evolucionando paulatinamente, al ir reconociendo cada vez más y más la importancia y el valor del derecho a la salud en una sociedad como la colombiana, llegando al punto que en el año 2008 la Corte Constitucional confirió al derecho a la salud el carácter de fundamental autónomo en todos los eventos, por lo que pasó a ser de aplicación inmediata y amparable vía tutela (C. Const., T-760/08, M. Cepeda).

Ahora bien, lo anterior resulta ser plenamente aplicable a las personas privadas de la libertad, ya sea como imputadas o condenadas, pues estas personas, si bien ven restringidos o suspendidos algunos de sus derechos fundamentales, lo cierto es que, tal como lo han sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en amplia jurisprudencia, la persona privada de la libertad, por esta sola situación, no pierde su calidad de persona, y por tanto sigue siendo titular de una serie de derechos y libertades que el Estado, atendiendo a la relación especial de sujeción que existe entre éste y los internos, está en la obligación de garantizar. En efecto, la Corte Constitucional (C. Const. T-266/13, J. Palacio) ha sostenido que

(...) con la privación del derecho de libertad de un individuo nace una relación de especial sujeción entre el Estado y el recluso dentro de la cual surgen tanto derechos como deberes mutuos, fundamentándose por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva y, por otro, el cumplimiento de las funciones de la pena y el respeto por los derechos de la población carcelaria.

La Corte ha clasificado sus derechos fundamentales en tres categorías : (i) aquellos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta (como la libertad física y la libre locomoción); (ii) aquellos que son restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso para con el Estado (como derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal); y (iii) derechos que se mantienen incólumes o intactos, que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, dado a que son inherentes a la naturaleza humana, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud y el derecho de petición, entre otros.

En relación específica al tema de la salud, la Corte (C. Const. T-535/98, J. Hernández) ha sostenido que:

(...) por la salud del interno debe velar el sistema carcelario a costa del tesoro público, y la atención correspondiente incluye, también a su cargo, los aspectos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, entre otros. Los derechos fundamentales del preso resultarían gravemente violados por la negligencia estatal en estas materias, así como por la falta de cuidado y asistencia requeridos para la prevención, conservación y recuperación de su salud.

De igual forma, existen en el ámbito internacional pronunciamientos que apuntan a reafirmar la existencia de derechos humanos en cabeza de las personas privadas de la libertad, y a garantizar la efectividad de esos derechos cuando se vean amenazados o vulnerados por el accionar o la inactividad estatal. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORIDH, 2 Sep. 2004, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay) ha dicho lo siguiente:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática. La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.

Asimismo, al referirse al derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, el Tribunal Interamericano (CORIDH, 5 jul. 2006, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela) sostuvo lo que sigue:

El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal, sin que esto signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros.

La falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.

De acuerdo con lo anterior, se observa que el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad se constituye en una obligación ineludible a cargo del Estado, en atención a la referida relación especial de sujeción existente entre este y aquellas. No obstante, la enorme cantidad de decisiones judiciales declarando la violación de este derecho en cárceles y penitenciarias, así como las denuncias hechas por órganos de control, demuestran que esta obligación está siendo incumplida.

En el caso del EPMSC de Medellín –Bellavista, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones a fin de amparar el derecho a la salud de las personas allí reclusas. En efecto, la jurisprudencia constitucional da cuenta de algunos casos en los cuales la acción de amparo constitucional ha servido para garantizar el derecho a la salud de una persona privada de la libertad en Bellavista. Por ejemplo, mediante Sentencia T-256 de 2000 (C. Const., T-256/00, J. Hernández), la Corte Constitucional ampara el derecho a la salud del señor David Antonio Saldarriaga, quien manifestó que se encontraba detenido en la Cárcel de Bellavista, en donde, según afirmó, se hallaba en condiciones infrahumanas pues tenía que dormir en el suelo del baño o en los pasillos porque no ha tenido dinero para comprar un camarote, situación que le ha ocasionado enfermedades infectocontagiosas que ha debido soportar sin la necesaria atención médica, pues la Cárcel no cuenta con un servicio eficiente.

Al revocar la sentencia de instancia, la Corte encontró que “(...) efectivamente se están vulnerando derechos fundamentales del peticionario, los cuales deben ser protegidos en forma inmediata, independientemente de los programas que se desarrollan para el mejoramiento de nuestro sistema carcelario y que debe estar adelantando el Ministerio de Justicia en cumplimiento de lo ordenado por esta Corporación en Sentencia T-153 de 1998”. Por lo anterior, ordenó al Director de la Cárcel de Bellavista proporcionar al recluso David Antonio Saldarriaga, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la Sentencia, un sitio adecuado y digno para su descanso, y suministrarle los cuidados asistenciales y los medicamentos que requiera para el mantenimiento de su salud.

Bajo los mismos argumentos se ampararon los derechos fundamentales del señor José Ignacio Sánchez Gil, también interno de Bellavista, a través de la Sentencia T-257 de 2000, proferida el mismo día y por el mismo ponente de la T-256 (C. Const., T-257/00, J. Hernández).

Posteriormente, en Sentencia de 2001 (C. Const., T-728/01 R. Escobar), la Corte protegió el derecho a la salud de un interno de Bellavista, al cual no se le había programado una cirugía prescrita por el médico tratante, bajo el argumento que no se trataba de una urgencia vital. Luego de discurrir sobre la jurisprudencia constitucional en materia de salud de las personas privadas de la libertad y de analizar la no urgencia como criterio para retardar u omitir la práctica de una intervención quirúrgica, la Corte concluyó que tal argumento no era de recibo, y por tanto ordenó al director de la Cárcel Bellavista y al director del Hospital San Vicente de Paúl, fijar la fecha para la realización de la cirugía, en un plazo no mayor de 30 días calendario, debiendo además informar en forma oportuna al señor Edgar Ernesto Rocha, todo lo relacionado con el procedimiento quirúrgico.

Pero no sólo los tribunales se han pronunciado frente a tan delicado tema, sino que también lo han hecho otras instancias administrativas –especialmente los órganos de control. Por ejemplo, la Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria (2001) denunció esta situación en los siguientes términos:

72. La Misión comprobó graves deficiencias en materia de sanidad y servicios de salud en todas las cárceles y penitenciarías visitadas, tales como problemas de insalubridad y la inadecuada atención médica, que con frecuencia impiden responder a las necesidades básicas de salud de las personas privadas de libertad y obstaculizan o impiden una respuesta adecuada a la situación precaria de salud generada por el hacinamiento y la insalubridad.

[...] 74. La mayoría de los centros carcelarios y penitenciarios carecen de programas de salud preventiva, de prevención y tratamiento de adicciones, de primeros auxilios, de seguridad industrial, de salud ocupacional y de saneamiento ambiental, de acuerdo a la propia Contraloría General de la República. En la mayoría de las reclusiones femeninas no existen servicios de ginecología ni de pediatría.

75. La Misión notó, además, que es habitual que haya sendas demoras en el traslado de pacientes que requieran tratamiento externo o especializado, incluyendo heridos y parturientas, y apreció que no se cumple con la dotación de medicamentos suficientes, apropiados y adecuados. Esta situación afecta, según la Defensoría del Pueblo, a la mayoría de los centros carcelarios y penitenciarios del país.

76. Efectivamente, en absolutamente todos los centros carcelarios y penitenciarios visitados, la Misión recogió fundadas quejas de los internos sobre largas demoras en la prestación de servicios médicos y en las remisiones para la atención médica especializada.

Finalmente, resulta dicente lo señalado por la Personería de Medellín (2013), en el sentido de que “la salud de la población reclusa continua en cuidados intensivos”, lo que se evidencia en las 84 cirugías represadas por diferentes especialistas, y en promedio 700 citas por diferentes especialistas igualmente represadas; además, existe crisis de CAPRECOM que impide tener una amplia red de prestadores y proveedores de insumos y medicamentos. Con relación a las tutelas como mecanismos de accesibilidad a servicios de salud, se indica que CAPRECOM comenzó en el año 2009 con 100 acciones de tutelas aproximadamente, y para el año 2013 CAPRECOM contaba ya con 847 acciones de amparo constitucional en su contra.

Refiriéndose al tema del hacinamiento en Bellavista y la relación de este fenómeno con la vulneración del derecho a la salud en este centro de reclusión, el profesor Elkin Gallego, presidente del Instituto Colombiano de Derecho Humanos, señala:

(...) este problema del hacinamiento no es algo actual como se quiere hacer creer, sino que es un problema estructural, pero que ahora está en uno de los picos más altos, pues ya superamos el 52% de hacinamiento a nivel nacional, y hay cárceles como la de Bellavista en Medellín en la que se presenta un hacinamiento de más del 200%. Y una de las principales consecuencias de este hacinamiento es la deficiente atención en salud, pues este servicio es prestado por una EPS que ni siquiera cumple sus obligaciones frente a sus usuarios no privados de la libertad, razón por la cual no puede esperarse que brinden una atención mejor a los reclusos, y, efectivamente, se ha notado que es peor la atención, lo que ha llevado a que el derecho a la salud sea en estos momentos uno de los derechos que más se le vulnera a la población privada de la libertad, debido a situaciones como la falta de una atención oportuna, de una entrega de medicamentos

y de las cirugías que requieren; una cárcel como Bellavista que tiene 7.300 internos y es para 2.200 tiene un personal médico muy escaso para atender un número tan alto¹.

A modo de conclusión

El derecho a la salud es hoy por hoy un derecho fundamental autónomo y de aplicación inmediata, y que para asegurar la salvaguarda de esta clase de derechos, el constituyente de 1991 estableció como mecanismo idóneo y adecuado la acción de tutela. En efecto, el artículo 86 constitucional reza que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

De acuerdo con lo dicho en precedencia, y atendiendo al objeto principal de esta investigación, se encuentra que uno de los principales mecanismos existentes en el orden jurídico colombiano para asegurar la eficacia del derecho fundamental a la salud de los internos del EPMSC de Medellín -Bellavista frente a su vulneración por parte del Estado, es la acción de tutela, pues se pudo constatar que mediante el ejercicio de esta acción de amparo se ha garantizado en varias ocasiones el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en Bellavista, bien sea que se trate de situaciones abstractas o de situaciones concretas.

No obstante lo anterior, se considera importante que a la hora de establecer una estrategia de litigio en la que se pretenda garantizar el derecho a la salud de una persona privada de la libertad, se debe tener en cuenta, además de la acción de tutela, un mecanismo jurídico que ha ido adquiriendo importancia en los últimos tiempos, y es el derecho de petición.

Efectivamente, con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), se le otorgó al derecho de petición un campo de aplicación más amplio que el que tenía bajo el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Prueba de lo anterior es el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, cuyo inciso 2º señala sin ambages que “Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo”.

Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”.

1 Entrevista realizada al Profesor Elkin Eduardo Gallego Giraldo, docente de Derecho Penitenciario y actual Presidente del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Además, el profesor Gallego se ha desempeñado como Jefe de Sanidad de la Penitenciaría de Máxima Seguridad de la Dorada, Caldas, como Jefe de Derechos Humanos del INPEC Regional Antioquia-Choco y como Jefe Jurídico de la misma Regional. Medellín, 24 de septiembre de 2013.

De acuerdo con lo anterior, se observa que el derecho de petición ya no está destinado a la consecución de información general o documentos, ni a la absolución de consultas abstractas cuya respuesta son un mero concepto de carácter no vinculante. No ahora, el derecho de petición también tiene la potencialidad de servir de puente para el reconocimiento de un derecho particular y para la resolución de situaciones jurídicas personales y concretas. Frente a esto último, resulta pertinente recordar el artículo 20 de la citada Ley 1437, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados.

Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que si bien la acción de tutela sigue teniendo un papel preponderante en la salvaguarda de derechos fundamentales, y en especial de los reclusos, el derecho de petición, bajo la actual legislación, se erige como un mecanismo idóneo para este importante fin. Ahora bien, no quiere decir que uno se deba imponer sobre otro, sino que se trata de lograr su complementariedad, pues en cada en cada caso se deben analizar las circunstancias concretas, así como los contextos fáctico y jurídico, a fin de determinar cuál es el mecanismo a aplicar en cada situación particular.

Ahora bien, al margen de lo anterior, se debe también concluir que el trato que reciben las personas privadas de la libertad, y la indiferencia del Estado frente a esas situaciones evidencian que el tratamiento que recibe la vida en este escenario dista mucho de lo que pregona el Estado Social de Derecho.

En efecto, siendo testigos de las difíciles situaciones que a diario tiene que soportar una persona privada de la libertad en un centro penitenciario como Bellavista, sería fácil llegar a la conclusión de que la función de prevención general que la pena ejerce en la sociedad tiene como pilar fundamental ejercer el *biopoder* como cosificación del cuerpo humano, infundir temor más que por la pérdida misma de la libertad, por la pérdida de las condiciones de salud y bienestar del cuerpo como medio para disfrutar de los demás bienes intangibles que posee el ser humano.

Foucault (1978) se refería a los regímenes de verdad, paradigmas impuestos por los poderes de turno para mantener el control, así, el Estado maneja dos regímenes de verdad, por un lado insta a los administrados a tener buenos hábitos alimenticios, a practicar actividad física regularmente, a controlar el peso corporal, todo lo anterior como factores que disminuyen el riesgo de sufrir un menoscabo en lo que se ha convertido en estos tiempos modernos con el culto al cuerpo, como el bien por excelencia, la salud, y por el otro, como si fuera un propósito macabro, descuida la salud de las personas que están bajo su protección privadas de la libertad.

Se tiene entonces que el régimen de verdad que maneja el Estado según el cual a las personas privadas de la libertad se les respetan sus derechos fundamentales y entre ellos por supuesto el derecho a la salud se cae por su propio peso, porque ya se volvió de conocimiento público —como si

esto fuera parte del plan macabro- las violaciones sistemáticas, continuas y reiterativas del derecho fundamental a la salud, lo que la Corte Constitucional ha llamado en repetidas ocasiones un estado de cosas inconstitucional, hecho que por demás deslegitima al Estado colombiano, pues bajo los lineamientos del constitucionalismo moderno un Estado es legítimo en la medida que en su anterior se respeten los derechos y las libertades fundamentales de todos los administrados.

De igual forma, se evidencia en el caso investigado la presencia de las formas de castigar que según Foucault sucedieron a la primera época de la prisión, caracterizada por un castigo más corporal que luego evolucionó para llegar a controlar no la el cuerpo, sino la vidas toda. Sobre el particular, Hernández y Mejía (2010) recuerdan que Foucault, “En su obra cumbre Vigilar y castigar (4) estudió la dinámica del poder como castigo y analizó el proceso de este desde los suplicios del siglo xviii hasta el empleo del tiempo en el sistema penal actual, en el que el castigo deviene más sutil, menos físico, y el cuerpo desaparece como blanco de la punición”.

Referencias

Chinchilla, T. (2009). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Temis.

Defensoría del Pueblo (2006). Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Foucault, M. (1978). La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Editorial Gedisa.

Hernández J, y Mejía L. (2010). Accesibilidad a los servicios de salud de la población reclusa: un reto para la salud pública. Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública, 20; 28(2), 132-140.

Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria (2001). Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Personería de Medellín (2013). Informe Sobre la situación de los Derechos Humanos en la ciudad de Medellín. Disponible en URL: http://www.personeriamedellin.gov.co/documentos/documentos/Informes/Situacion_DDHH_2013/INFORME_DDHH_vigencia_2013.pdf [consulta 18 de mayo de 2014]



© Piers Calvert

Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Una señora Embera con todo el cuerpo pintado de negro con 'jagua', el jugo de un fruto que se usa para curar enfermedades de la piel y picaduras de mosquitos. Chocó, Colombia.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7072/7309184508_df75933f95_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0



Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Una madre Wounaan del Chocó pinta a su hija con 'jagua', el jugo de un fruto de la selva, que se aplica con un utensilio similar a un tenedor de madera. Colombia.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7222/7309183096_9d48c08434_b.jpg
Licencia: Creative Commons 2.0



Unisabaneta®
Innovación y Emprendimiento para la paz

Si eres un gomoso de la tecnología

Ingeniería Informática

Resolución 4603 MEN junio 10 de 2010
SNIES 90526

Teléfono: 301 18 18
Calle 75 sur N° 34 - 120
Sabaneta - Vía La Doctora - Ant



www.unisabaneta.edu.co

Síguenos: @unisabaneta



Institución de Educación Superior sujeta a vigilancia e inspección por parte del Ministerio de Educación Nacional



**¡ Matricúlate
ahora mismo!**
Haz Parte de la Innovación

La responsabilidad del estado en el suicidio de quienes prestan servicio militar dada su posición de garante*

*Por: Hernán Restrepo Ortiz***

Resumen

La siguiente clínica jurídica trata la problemática de la enfermedad de salud pública conocida como suicidio, una enfermedad catalogada por la organización mundial de la salud -OMS- como problema de salud pública, puesto que cada vez incrementa sus tasas (OMS, 2004, p. 4). Para el caso concreto, se analizará la enfermedad con respecto a un grupo específico poblacional: las personas que prestan el servicio militar obligatorio, conocidos también como conscriptos (término legal). Este grupo poblacional realiza la actividad conocida como servicio militar obligatorio, y va dirigida a los varones mayores de 18 años por mandato directo de la Constitución Política colombiana. Este grupo se encuentra en una situación de especial sujeción y protección por parte el Estado colombiano, por ende, este último tiene el deber de custodia y cuidado, lo que implica al Estado que los peligros a los que se expongan estas personas son su responsabilidad, la cual acarrea un compromiso conocido como posición de garante. En la primera parte se abordará el marco teórico y normativo, en la segunda parte se desarrollarán los conceptos que encuadran en esta investigación socio-jurídica y por último se desarrollará una estrategia propositiva de litigio con el fin de articular lo anteriormente enunciado de manera práctica y concisa

Palabras clave: Conscripto; falla en el servicio; posición de garante, responsabilidad del Estado; daño especial; suicidio.

* Informe final de la materia “Clínica Jurídica” impartida en la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-.

** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-. Correo electrónico: hernanrpo90@hotmail.com.

Introducción

Esta clínica jurídica surge a partir del planteamiento del problema que induce esta artículo mediante la siguiente pregunta problematizadora: ¿Por qué el Estado colombiano puede ser responsable del suicidio de quienes prestan servicio militar, dada su posición de garante? Para precisar este término clave es pertinente decir, en un primer momento, que el suicidio es una práctica netamente personalísima que tiene como propósito poner fin a la vida del ser humano, este comportamiento tiene su asidero en poner fin a graves sufrimientos de carácter psicológico, moral, adicciones, o distintos factores externos. El vocablo suicidio proviene del latín *suicidium* formado de “*sui*” que significa a sí mismo y “*cidium*” (del verbo *caedere*) acción de matar (Etimologías de Chile, s.f.).

Para el caso en cuestión, son los denominados concriptos personas que prestan el servicio militar obligatorio por mandato constitucional y legal, que durante esta etapa (servicio militar) deciden autoeliminarse o suicidarse, cabe anotar que estas personas se diferencian legalmente de quien acogió para sí la milicia como un estilo de vida de manera voluntaria y profesional; ya que este grupo de personas se encuentran en esta situación de carácter constitucional y legal es el Estado colombiano quien tiene el deber de velar por la custodia, cuidado y vigilancia de estos jóvenes mayores de edad. Ello se conoce como posición de garante; ya que el concripto contra su voluntad, tiene que soportar prestar servicio militar y surge para el Estado la obligación de que el concripto termine su servicio en la misma forma a como ingreso, es decir, en su integridad debe ser la misma persona física y psicológica, antes durante y después de su deber público.

Adentrando al tema, la responsabilidad es endilgable al Estado en dos eventos diferentes, a saber: a título de falla en el servicio y a título de daño especial; cada una se adecúa dependiendo la situación fáctica, la falla en el servicio para estos casos se plantea por la omisión, el actuar tardíamente o el mal actuar del Estado, quien es el que tiene la responsabilidad de velar por la integridad física y psicología de quienes se encuentran prestando el servicio militar y es quien tiene la obligación de prevenir estos comportamientos al interior de estas instituciones; también surge la responsabilidad estatal con ocasión del cumplimiento de un deber legal (servicio militar) donde con ocasión a la prestación de este ocurre el suicidio. Lo referente a cada forma de endilgar responsabilidad del Estado debe analizarse bajo el entendido que la causa del suicidio tiene que ser con motivo de la prestación del servicio militar.

Con todo lo anterior, se busca como meta general, demostrar por qué el Estado colombiano puede ser responsable del suicidio de quienes prestan servicio militar obligatorio dada su posición de garante; que se cumplirá al final de esta clínica jurídica, mediante los siguientes objetivos específicos: establecer si hay lugar o no a la responsabilidad del Estado colombiano en los eventos de suicidio de concriptos; identificar si es un asunto meramente personalísimo el suicidio de concriptos o si su estancia en el servicio militar es determinante; y determinar la importancia de la posición de garante del Estado colombiano frente a los concriptos.

Estos objetivos como derroteros se justifican tras analizar el caso descrito con antelación y radican en la importancia que tiene la responsabilidad del Estado sobre conductas meramente personales de quienes prestan el servicio militar obligatorio (concriptos), donde el Estado tiene una manifiesta posición de garante. Esta investigación ampliará la visión en la responsabilidad del Estado ya que los eventos que se presentan por esta situación o problema jurídico son amplios en

el medio y servirán de base jurídica a quienes trabajan en el tema; al cumplirse con las metas propuestas, los lectores, en general, extenderán la visión con respecto de este polémica que no ha sido profundamente estudiada y abordada por del Consejo de Estado, la legislación y la doctrina jurídica colombiana.

La metodología de la clínica jurídica fue fundamentada en el estudio de caso, bajo las directrices de la investigación formativa, la cual pende de la justificación misma del problema jurídico, ya que esta investigación generará una amplia panorámica con respecto de la jurisprudencia y el análisis de la doctrina propia del objeto de estudio. También se realizó un estudio correlacional y uno explicativo: correlacional con respecto de un objetivo específico que pretende determinar si el suicidio es un asunto meramente personalísimo o si la instancia en el servicio militar es determinante para la comisión del suicidio; y explicativo porque se hizo una delimitación conceptual acerca de la responsabilidad del Estado, los tipos de responsabilidad que tiene con respecto del suicidio de conscriptos y se hizo énfasis en la posición de garante propia del Estado en estos acontecimientos. Se realizó, además, una observación documental donde se cotejaron sentencias con el fin de recolectar rasgos comunes para luego ser tabuladas en lo posible, observar elementos jurídicos nuevos y analizar el tipo de línea jurisprudencial del Consejo de Estado (línea caótica, línea uniforme). Dicho análisis documental será objeto de análisis, tabulación, abstracción de conceptos, y su relación directa con el objeto de estudio mencionado repetitivamente.

A continuación se verá en el desarrollo de este artículo fruto de la clínica jurídica cada objeto de análisis de manera detallada y comprensible para el lector, para que se recree cada aspecto que se detalló de manera sucinta anteriormente.

1. Establecer si hay lugar o no a la responsabilidad del estado colombiano en los eventos de suicidio de conscriptos

En este acápite, de manera preliminar, se desarrollarán temáticas claves para esta clínica jurídica, se abordarán los conceptos que llevarán al desenlace de esta investigación y que servirán para cimentar el objetivo general. A *grasso* modo se hablará del suicidio desde un aspecto sociológico; se hablará del término conscripto desde la perspectiva constitucional y legal; se hablará de la responsabilidad del Estado colombiano de manera legal jurisprudencial y doctrinal; y, para finalizar, se analizará el punto de tensión de este objetivo luego de desarrollar los conceptos anteriormente descritos.

2.1. El Suicidio

Esta clínica jurídica se apoyará de los conceptos del libro “*El suicidio*”, producto de la investigación de Durkheim (2008) desde la perspectiva sociológica de esta manifestación considerada por los especialistas como una enfermedad de salud pública (OMS, 2004). Este autor proporciona una definición amplia acerca del concepto clave suicidio: “Se llama suicidio, toda muerte que resulta, mediata o inmediatamente, de un acto, positivo o negativo, realizado por la víctima misma” (Durkheim, 2008, p.14).

De esta definición de Durkheim se extrae el contenido claro y de una manera amplia sobre el suicidio, como una manifestación individual que pretende poner fin a la vida propia, los elementos positivos y negativos del suicidio se entienden según el autor cómo quien opta por suicidarse y

como el que no hace nada para mantenerse con vida, como ejemplo, respectivamente, está el que se dispara y el que no quiere recibir atención médica por su accidente.

Dicho acto o comportamiento se refleja en la sociedad. Para este sociólogo importa mucho el reflejo de un comportamiento interno exteriorizado en la sociedad, dado que este asunto personalísimo puede atraer a otros a cometer la misma conducta. “Hay suicidio -decimos nosotros- cuando la víctima, en el momento en que realiza el acto que debe poner fin a su vida, sabe con toda certeza lo que tiene que resultar de él” (Durkheim, 2008, p.7).

2.2. Conscripto

Es el término para distinguir o reconocer el varón y, en casos excepcionales, las damas (Chad, Cuba, Eritrea, Israel, Libia, Corea del Norte, Sudán, Túnez), que ingresan a las filas militares de su país por un término definido, para servir en actividades meramente militares o de apoyo civil; en el caso colombiano la conscripción tiene su fundamento en la Constitución Política en el **artículo 216** y la **Ley 48 de 1993**.

La conscripción en Colombia se desarrolla bajo unos supuestos que trae consigo la ley 48 de 1993 y es a qué clase de población va dirigida, como lo es: ser mayor de 18 años de edad, no quedar elegido en el sorteo que se realiza para la incorporación, no ser hijo único, que su madre no sea quien lleve consigo las cargas económicas de su hogar (madre cabeza de hogar), no ser huérfano, no tener hijos, no estar estudiando (educación primaria, secundaria, técnica, tecnológica, profesional) y que no tenga ninguna discapacidad física o psicológica.

En Colombia, quienes están exentos de prestar el servicio militar obligatorio tienen el deber legal de cumplir con la denominada cuota de compensación militar, la cual se discrimina mediante unos estándares de ingresos y capacidades económicas de los padres, con dicha cuota de compensación obtiene su libreta militar con categoría de segunda clase y define su situación militar con el Estado.

Luego de analizar la población determinada a la cual va dirigida la ley se analizan unos aspectos de salud física, mental (exámenes médicos y de especialistas) para decidir si es apto o no. El ciudadano apto entra a las filas militares bajo el rango de soldado regular, soldado en situación de servicio militar, soldado conscripto, soldado bachiller, soldado campesino, entre otras; son varias las determinaciones pero cumplen el mismo fin de conscripción.

Al ser apto para prestar servicio militar obligatorio, el conscripto es separado inmediatamente de su seno familiar y dependiendo del distrito militar (división geográfica por departamentos o regiones donde se encuentran las fuerzas militares), donde este sea asignado a una división o sección, prestará su servicio militar.

Una vez ingresa a las filas, entra en un proceso de preparación militar con toda la instrucción castrense propia de los gajes militares y su estancia allí es de doce (12) a veinticuatro (24) meses, conforme lo establece el artículo 13 de la mentada ley:

“El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

PARGRAFO 1. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

PARGRAFO 2. Los soldados campesinos prestaran su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizara tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio”¹.

Durante el periodo de conscripción se tiene derecho a recibir visitas dominicales de sus familiares y allegados cercanos, tiene derecho de salidas con un término en horas establecido, estará cubierto por el sistema de salud de las fuerzas militares del Estado y al finalizar obtendrá su libreta militar de primera clase sin ningún costo económico.

En todo momento el joven conscripto estará a cargo del Estado quien ejercerá su deber de custodia y cuidado sobre él, vigilará su salud física y mental y lo devolverá a su seno familiar en las mismas condiciones físicas y mentales conforme ingresó asegurando su vida y su integridad (Cordero, 1989).

2.3. Responsabilidad del Estado colombiano

La responsabilidad del Estado se sustenta en la carta política colombiana en el **artículo 90** como la imputabilidad con ocasión de hechos, acciones u omisiones que causen un daño a un particular o persona jurídica y sean realizadas por sus autoridades públicas. Estas generan unas consecuencias jurídicas:

ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste².

Según Enrique Gil Botero la responsabilidad desde la perspectiva del artículo 90 se analiza de la siguiente manera: “No es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la constitución política, circunstancias por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el estado social de derecho, etc.” (Gil, 2010, p.20).

A partir de la Constitución de 1991 la responsabilidad del Estado se desarrolla bajo la denominación de responsabilidad objetiva (constitución de 1886 responsabilidad subjetiva) ella se explica como una forma de responsabilidad donde no importa la voluntad del actor quien representa al Estado en ejercicio de funciones públicas, sino el resultado o el daño causado, es una característica netamente legal desde el verbo “responderá” del artículo en cuestión, la responsabilidad trae consigo una pena que en esta materia se trata de una reparación integral de las víctimas (Arenas, 2014).

1 Ley 48 de 1993. Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. 4 de marzo de 1993 DO. No. 40.777

2 Constitución política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia).

La responsabilidad del Estado se desarrolla mediante la Ley 270 de 1996 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es punto de análisis la Ley 270 de 1996 ya que los casos de responsabilidad taxativos y enunciados en ella hacen referencia a todo el ejercicio jurisdiccional y a las labores judiciales.

El punto de análisis que enfoca la responsabilidad del Estado es el desarrollo jurisprudencial acerca del tema, los más importantes denominados títulos de imputación.

2.3.1. Títulos de imputación

Los títulos de imputación son un desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y son la forma para endilgar la responsabilidad al Estado colombiano. Son la posibilidad jurídica de atribuir la responsabilidad del Estado para que repare integralmente por los perjuicios causados; en los títulos de imputación, haciendo correlación con la responsabilidad objetiva, no se analizan conductas sino el resultado causado y el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de la administración pública en el desarrollo de sus funciones.

2.3.1.1. Falla en el servicio

La falla en el servicio es una forma de responsabilidad subjetiva del Estado colombiano y es la regla general de los títulos de imputación es de carácter residual, esto quiere decir que todo daño ocasionado por el Estado en ocasión de sus funciones públicas que no encuadre en ninguno de los otros títulos de imputación ni en el desarrollo legal será falla en el servicio.

La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual³.

La falla en el servicio es imputable al Estado cuando: actúa mal, actúa tardía mente o no actúa. Estos tres ítems o parámetros son los que le son exigibles al Estado y por ende son los que se analizan en el resultado que propició un daño, recordando nuevamente que lo que importa no es el análisis de la conducta sino el resultado causado (responsabilidad objetiva).

La falla de la administración se presenta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La responsabilidad de la administración se basa en la culpa, pero no es una culpa subjetiva, de una persona natural, sino que es una culpa anónima, funcional u orgánica. La culpa de derecho común, localizada en un agente infractor según las tesis de la responsabilidad directa, se radica en estado, configurándose la llamada culpa de la administración. (Margaux & Castro, 2007).

Son estos los elementos que interesan para demostrar la responsabilidad del Estado encajada en los postulados del Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, donde el Consejo de Estado

3 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750). (C.P: Mauricio Fajardo Gómez; abril 7 de 2011).

analiza la responsabilidad objetiva desde el punto de vista de culpa de quien representa al Estado en el ejercicio de sus funciones.

2.3.1.2. Riesgo excepcional

El riesgo excepcional es el título de imputación que resulta de la realización de actividades peligrosas por parte del Estado, cumplido bajo los parámetros técnicos de seguridad, es decir, es el desempeño de las funciones propias del Estado y cuyo desempeño de la labor requiere el desarrollo de una actividad peligrosa actuado conforme a los estándares y protocolos, por lo tanto se ocasiona un daño imputable al Estado cuando con la realización de una actividad peligrosa bajo los estándares de cada actividad se ocasiona un daño sin faltar al deber objetivo de cuidado.

El “riesgo excepcional” como título jurídico de imputación requiere (i) que se haya creado un riesgo de naturaleza excepcional, (ii) que el riesgo excepcional creado finalmente se realice y, (iii) que el riesgo de naturaleza excepcional que se ha creado y posteriormente realizado haya sido impuesto de modo perfectamente legal⁴.

En el caso mencionado, el análisis más importante, es el desarrollo de una actividad peligrosa, dichas actividades están determinadas en la ley y se deben cumplir conforme a los protocolos técnicos de seguridad necesarios para desarrollar el cumplimiento de una actividad con esta categoría de peligrosa.

Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio⁵.

Es así como el Consejo de Estado desarrolla el análisis del riesgo excepcional, observando sus postulados y como se presenta este título de imputación en el mundo fenomenológico.

2.3.1.3. Daño especial

En este título de imputación, al igual que en los demás, no se analiza la conducta, y mucho menos ningún tipo de culpa o dolo, acá el daño resulta con ocasión del cumplimiento de un deber legal, se fundamenta en el principio de las cargas públicas las cuales según el principio de igualdad todos están sometidos a soportar en el cumplimiento de una labor legítima por parte del Estado.

A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento

4 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 19001-23-31-000-1995-06014-01(15439). (C.P: Mauricio Fajardo Gómez; Agosto 31 De 2006).

5 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-2000-01633-01(23420). (C.P Alier Eduardo Hernández Enríquez; Noviembre 10 De 2005)

en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado.

El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad.

Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho⁶.

Este análisis que propone el Consejo de Estado es relevante observar ya que propicia el cómo se entiende este modo de responsabilidad del Estado que se presenta frecuentemente y que es justificado en los principios de las cargas públicas y de igualdad.

3.4. Responsabilidad del Estado por el suicidio de conscriptos

Luego de abordar como se endilga la responsabilidad al Estado se acotará el patrón fáctico al tema particular sobre los conscriptos para hablar de las dos modalidades en que incurre la responsabilidad del Estado en estos temas como lo es la falla en el servicio y el daño especial.

Si se trata de determinar la responsabilidad en el caso de los daños causados a quien presta servicio militar obligatorio, la imputación se hace con base en la teoría del riesgo excepcional, bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad. No obstante, en aquellos casos en los que aparezca demostrado que el daño se ha producido a causa de un deficiente funcionamiento del servicio por que -por ejemplo- existe un incumplimiento de las obligaciones y deberes que tiene el Estado para con este tipo de soldados, se aplicará también el régimen subjetivo de falla probada del servicio, evento éste en el cual los dos regímenes de responsabilidad –objetivo y subjetivo- coexisten y no se excluyen⁷.

La diferencia entre la falla en el servicio y el daño especial con respecto del motivo de análisis, suicidio de conscriptos, radica en el móvil del suicidio o la manera en cómo se suicidó, de manera explicativa se trata de falla en el servicio cuando el soldado conscripto decide arrojar al vacío en el edificio del batallón, se encuentra ante un daño especial cuando el soldado conscripto se dispara con su arma de dotación⁸. En ambos casos se está en presencia de responsabilidad del Estado, tanto en el resultado, como en la conducta; es de aclarar, que se analiza el título de imputación, más no la responsabilidad del Estado.

6 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 05001-23-24-000-1994-00332-01(20835). (C.P Enrique Gil Botero; julio 7 De 2011).

7 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-04949-01(18893). (C.P Danilo Rojas Betancourth; mayo 28 De 2012).

8 RUIZ OREJUELA, Wilson Responsabilidad del Estado y sus regímenes, CAPÍTULO VII Responsabilidad del Estado por daños a los conscriptos.

“En relación con los títulos de imputación aplicables cuando se trata de estudiar la responsabilidad del Estado respecto de los daños causados a soldados conscriptos, la jurisprudencia ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional- y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso ésta se encuentre acreditada. El daño especial opera cuando el daño se produce como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; a su vez, el riesgo se da cuando éste proviene de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; y la falla probada surge cuando la irregularidad administrativa produce el daño. En todo caso, este último, es decir, el daño no resulta imputable al Estado cuando se produce por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, lo que lleva al rompimiento del nexo causal⁹. Corresponde al juez, entonces, establecer si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación mencionados. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del conscripto, en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado; además, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública. Así mismo, se ha reiterado, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, al doblegar su voluntad, en ambos casos, y disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos, en el desarrollo de tal relación”¹⁰.

Esto lleva a determinar que se encuentra un régimen de imputación objetivo con características subjetivas de una conducta meramente personalísima

Este apartado del presente artículo lleva a formularse el siguiente interrogante: si el suicidio como lo define Emile Durkheim es un acto individual permeado por causas externas o internas ¿porque el Estado colombiano puede ser responsable en los eventos de suicidio de conscriptos? La respuesta a esta inquietud la proporciona el Consejo de Estado en su jurisprudencia, a saber:

“En lo que tiene que ver con la posibilidad que tiene la administración de exonerarse de responsabilidad, en cada caso concreto en el que se invoque por parte de la entidad demandada la existencia de una causa extraña como generadora del daño, será necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el mismo, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a su generación. En consecuencia, la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como

9 Consejo De Estado De Colombia Sección Tercera. Radicación Número: 76001-23-31-000-1998-01486-01(25183). (C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera; abril 17 De 2013).

10 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747). (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; mayo 25 De 2011).

origen o fuente material de los daños ocasionados a conscriptos, no es suficiente para que el menoscabo sea considerado como no atribuible a la administración pública, pues se requiere, además, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le sería imputable fáctica o jurídicamente¹¹.

Jurídicamente el Estado no es responsable por todo lo que se le atribuya, este tiene elementos para defenderse con ocasión a estos casos, a los cuales alude la teoría de la causa extraña o los eximentes de responsabilidad, que para el caso concreto puede aludir a una culpa exclusiva de la víctima.

Es aquí donde se vuelve al análisis de la Constitución Política en su artículo 216 y de la Ley 48 de 1993, y se comenzará diciendo que el servicio militar no es voluntario, primera consideración de relevancia jurídica, porque es el Estado quien hace que el ciudadano soporte una carga que no quiere soportar y que los daños que sufra allí son debido a una imposición cuyos daños son su responsabilidad por tener el deber legal de custodia y cuidado sobre ellos, dicho deber legal es una imposición la cual se conecta con los fines de la ley 48 del 1993 que expresa que los conscriptos saldrán en las mismas condiciones físicas o psicológicas conforme ingresaron a la conscripción.

Desde antes de la entrada en vigor de la Constitución 1991, la ley civil y la jurisprudencia de la Sala –con base en la doctrina extranjera– señalaba y estudiaba, respectivamente, que el daño debía tener las siguientes características: ser cierto, particular, anormal y recaer sobre un derecho protegido jurídicamente. Por consiguiente, cuando ingresan al Estado, por su decisión imperativa, varones para la prestación del servicio militar obligatorio, en primer término, nacen para el Estado, entre otras, las obligaciones de vigilancia y seguridad en la salud del conscripto y, en segundo término, nace para el conscripto el derecho correlativo a obtener las prestaciones debidas (protección jurídica). Ese derecho del conscripto, correlativo a la obligación del Estado de su vigilancia y seguridad, si no se satisface adecuadamente crea unas lesiones, ciertas y particulares, a situaciones que tienen protección jurídica, como son la vida y la salud, que exceden los inconvenientes inherentes a la prestación de ese servicio, y que dan lugar al apareamiento de la lesión antijurídica o daño antijurídico¹².

Como segundo análisis, es deber de la entidad que los tiene bajo su cuidado, llámese ejército, policía, armada o fuerza aérea, prevenir comportamientos autodestructivos y mayor cuidado por la presión que trae consigo la instrucción castrense y el desarraigo del núcleo familiar del conscripto, al respecto opina el Consejo de Estado:

En relación con las personas que se encuentran en situación de sujeción especial como los reclusos y los conscriptos el deber de protección del Estado también es mayor y se extiende a brindarles a éstos la ayuda médica que requieran cuando las circunstancias que

11 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-04949-01(18893). (C.P Danilo Rojas Betancourth; mayo 28 De 2011).

12 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Número De Radicación: 12648. (C.P María Elena Giraldo Gómez; Agosto 10 De 2000)

viven, por su carácter forzoso, desencadena en ellos perturbaciones síquicas. Es cierto que frente a los reclusos y conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo cual significa que si no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un simple comportamiento sino la obtención efectiva de un resultado determinado. Las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases: -de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y -de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial. En síntesis, el reclutamiento y la retención como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no son actividades que generen responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esas situaciones, dado que estas son cargas que los ciudadanos deben soportar. Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que el reclutamiento o la retención son actividades que redundan en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarles una eficaz protección y seguridad para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos. La obligación de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar de retención, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los conscriptos y retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta. Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. En este orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un recluso o un conscripto es necesario acreditar que por el trato que recibía en el establecimiento militar o carcelario fue inducido a tomar esa decisión, o bien que la persona sufría un trastorno síquico o emocional que hacía previsible el hecho y que a pesar de ser conocida esa circunstancia por las autoridades encargadas de su seguridad, no se le prestó ninguna atención médica especializada, ni se tomó ninguna determinación tendiente a alejarlo de las situaciones que le generaran un estado de mayor tensión o peligro”¹³.

13 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 13329. (C.P Ricardo Hoyos Duque; Noviembre 30 De 2000)

Es entonces de estos factores, o como define el extracto anterior, de las obligaciones de hacer y de no hacer del Estado, sobre los cuales se presentará en el siguiente capítulo un análisis desde el punto de vista de los casos de suicidio y las causas externas que llevan a los conscriptos posiblemente a suicidarse.

2. Identificación de si el suicidio de conscriptos es un asunto meramente personalísimo o si su estancia en el servicio militar es determinante.

Este objetivo plantea un estudio correlacional acerca del caso en cuestión, el cual será de importante análisis y será el punto de quiebre que llevará, en posteriores acápite, a demostrar la hipótesis teórica tentativa de esta clínica jurídica. Este capítulo planteará las causas determinantes para el suicidio en el caso puntual de los conscriptos, empleando los conceptos de Durkheim (2008, p. 23-25).

2.1. Asuntos determinantes del suicidio

Son varias las causas que define Durkheim en su investigación como asuntos o causas determinantes en el suicidio. Se habla en resumen de dos causas: una, los factores extra sociales; y la otra, las causas sociales y tipos sociales.

2.1.1. Los factores extra sociales

Durkheim al analizar este fenómeno social encuentra una serie causas denominadas por él en su investigación como factores extra sociales, estos los definen, según él, como causas intrínsecas del ser humano, causas determinadas para la persona, causas definidas en su estructura física y psicológica.

Una de estas manifestaciones se define como formas de locura parcial, una locura sobre un solo objeto que, para el caso puntual, es acabar con la vida propia dichas patologías se conocen como “*monomaniacas*”, estos comportamientos no alteran el normal actuar del ser humano ni perturban su intelecto, por el contrario, pasan desapercibidos hasta el momento en que ocurre el suceso. Las teorías modernas según Durkheim, subsumen esta tesis de las perturbaciones monomaniacas pues según analiza él, las funciones psíquicas no se discriminan en partes sino que por el contrario son un todo, no se resquebraja por partes o sectores y no hay un sector psíquico parcial que se fragmente y predisponga al suicidio, por ende el suicida no sufre ningún tipo de locura específica ni nace con una predisposición psicológica parcial al suicidio (Durkheim, 2008, p.23-25).

En los casos de alienación mental, define el autor, que son unos casos específicos donde se manifiesta una incoherencia o alucinación por parte del individuo que lo puede llevar al suicidio.

2.1.2. Las causas sociales y tipos sociales

Este teórico ligado siempre de los factores sociológicos durante su ardua investigación, discrimina unas causas que no siendo naturales a la condición humana surgen de la condición de vivir en sociedad, estas causas son: la religión, la política, las condiciones climáticas, etc.; por ejemplo, en la religión discrimina religiones más proteccionistas por la vida y al ser éstas personas, adquieren una protección por su vida aferrándose a ella, las condiciones climáticas, define Durkheim, precipitan al

humano a tomar ciertas actitudes. En sus eventos de análisis encontró que la población se suicida más en épocas de inviernos prolongados ya que los inviernos generan aislamientos sociales.

Durkheim en su investigación identifica los siguientes tres tipos de suicidio:

Altruista: surge como ánimo del sujeto que prefiere autoeliminarse para que la sociedad en que se desarrolla continúe, surge en estados de preservación por los demás, es muy habitual en catástrofes naturales, el elemento de obligatoriedad de matarse se desliga del actor, porque este está desprendido de la vida está en un estado donde no se presentan estimulaciones externas para llevar a cabo su fin sino por preservar la especie, su raza, su familia, su sociedad, su entorno.

Es en este tipo de suicidio donde Durkheim concibe la vida militar y la situación de conscripción con respecto de los civiles y de los militares voluntarios al analizar las tablas de rastreo de población que propone el investigador intuye que los conscriptos están más precipitados al suicidio que un soldado voluntario y que estos a su vez de un civil, de esto se identifica que la conscripción es un factor que precipita al actor a suicidarse y al ser un suicidio con características altruistas al momento de la investigación se presentaba por las gravosas circunstancias en que se desarrolla el servicio militar y muchos decidían morir para que los demás no soportaran hambre entre otros factores.

Otra causa que determino Durkheim para el suicidio altruista con respecto de la instrucción castrense y el tener que matar al oponente en motivos de guerra por el simple hecho del combate armado, para muchos casos arrojo resultados su investigación que predominaba el suicidio a querer asesinar a otros el investigador define que este fenómeno se presenta por la presión militar.

Egoísta: surge con el ánimo de autoeliminarse y desamparar su grupo familiar. Este suicidio solo busca la muerte y no analiza causas externas como la familia y el entorno social

Anómico: este es el suicidio que surge espontáneamente cuando en la vida del que decide autoeliminarse ocurren problemas atípicos como los desequilibrios económicos, el fracaso en los negocios, no hace referencia al crecimiento de los niveles de inequidad social sino al desequilibrio emocional que surge con el desequilibrio económico repentino.

Recogiendo varios de los elementos que plantea este investigador en su obra se puede afirmar que el servicio militar es una causa externa que genera en el que realiza este deber presiones psicológicas y emocionales. Es el servicio militar un exaltante a la personalidad suicida ya que los niveles de estrés son altos, el nivel de humillación y el desarraigo juegan en contra del que está sometido a esa carga.

Los factores sociales como el estar sometido a la guerra, la muerte de amigos en combate, la drogadicción en el servicio militar, la instrucción castrense, genera en el individuo niveles de tensión, y bajas emocionales, todo ello se precipita al momento de entregar un arma a personas que por sus condiciones culturales no tenían que portar un arma como una posibilidad de vida, el que el móvil del suicidio sea con su arma de dotación los hace una población en estado de riesgo eminente y considerable ya que a la primera afectación emocional el conscripto empieza a premeditarse (Stefoni, 2000).

En Colombia la lucha contra los grupos insurgentes ha desencadenado una política de incorporación muy agresiva por parte de las fuerzas armadas, con el fin de crecer las filas armadas, aun así, las tasas de conscriptos son mayores en estas épocas modernas. Según el instituto colombiano de medicina legal en Colombia se suicidan aproximadamente 1.685 personas, según los datos

correspondientes al año 2013 (Instituto de Medicina Legal, 2013). Para el caso concreto debido a la reserva legal en que se encuentra este tipo de eventos en que se suicidan los conscriptos no se encuentra información fehaciente que se pueda sobresaltar en esta investigación.

3. Determinación de la importancia de la posición de garante del estado colombiano frente a los conscriptos

La posición de garante es la obligación de cumplir un deber jurídico de control vigilancia y cuidado en la que se halla el Estado con respecto de un grupo específico de personas que para el caso puntual son los conscriptos, la omisión de esta obligación determina la responsabilidad para el Estado y tiene un mayor reproche en estas circunstancias donde tiene personas de manera no voluntaria cumpliendo con una obligación de rango constitucional.

3.1. Posición de garante

La posición de garante es un principio de rango constitucional. Está ligado al antropocentrismo jurídico posicionando al hombre como centro del Estado, este es el logro más importante del Estado Social de Derecho, esta armonía se logra a partir del reconocimiento y respeto positivizado de la dignidad humana.

Este principio se desarrolla en la Constitución Política en el artículo 2 cuando define los fines esenciales del Estado, esta carga impositiva genera la obligación de garantizar, defender y hacer cumplir los derechos y deberes de los ciudadanos y surge por la relación del Estado con sus coasociados atribuyendo las cargas que tiene con respecto de estos

Con respecto a este principio, la definición más apropiada la aporta la Corte Constitucional en la Sentencia C-1184 de 2008, a saber:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.”

Al analizar este concepto se encuentra que se trata de la posición de garante de un ciudadano con respecto de otro o la misma sociedad, es decir, en un sentido estricto la posición de garante es un deber de cada coasociado.

Por su parte el Consejo de Estado en la sentencia con Radicación Número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567) aporta esta definición que se puntualiza más para el Estado:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento

de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”

Este concepto define la relevancia sobre este principio, ya que recoge los elementos constitutivos de la posición de garante. Ellos se resumen en el deber de cuidado, vigilancia y custodia, lo que garantiza la protección de los derechos y deberes de los partícipes del Estado además articula que la omisión de este principio genera responsabilidad para este

Adentrando al caso concreto y puntual que reúne esta clínica jurídica analizada mediante observación documental, se encontró que la posición de garante es el elemento que constituye la responsabilidad estatal en estos eventos de suicidios, es el mayor énfasis que hace el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado en muchas de sus consideraciones se ha referido a este tema particular con respecto de la posición de garante, en especial en la sentencia con Radicación Número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747). Este argumento se analiza con el fin de enfatizar en los precedentes de la alta corporación:

“Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se fundamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar.”

En este extracto se define que la posición de garante es un engrane a la imputación que se haga al Estado, es decir, es un elemento articular para realizar la imputación jurídica como repetitivamente se ha hecho énfasis en que la situación de garante con la situación fáctica armonizan y revisitan al petitionario de protección constitucional además que demuestra al juez un mayor grado de responsabilidad objetiva al desacatar sus deberes legales y los mismos preceptos constitucionales.

4. Estrategia de litigio

La propuesta de litigio surge a partir de la observación documental que se hizo al Consejo de Estado en su jurisprudencia sobre el patrón fáctico, el análisis de la enfermedad de salud pública

que incumbe en esta clínica jurídica con respecto al caso específico, todo esto permeado por el análisis sobre el caso.

Cabe aclarar que no se está frente a un tema que se encuentre legislado, ya que la responsabilidad del Estado es un desarrollo jurisprudencial con respecto a los títulos de imputación y por ende se analizó el caso específico como lo desenlaza la alta Corte.

Esta estrategia propositiva de litigio se compone del análisis de cómo endilgar responsabilidad al Estado colombiano a través de dos factores ligados a los objetivos específicos de la clínica jurídica, anteriormente desarrollados y demostrados:

El primer factor es encuadrar el debido título de imputación según la situación fáctica (falla en el servicio, daño especial) según los presupuestos procesales, además de demostrar que el Estado colombiano es responsable jurídicamente por el suicidio de los que prestan el servicio militar obligatorio cuando el móvil del suicidio es motivado por la misma situación de conscripción, en pocas palabras cuando el servicio militar es la causa determinante para el suicidio.

El segundo factor pende del anterior ítem, es el punto de partida sobre el cual entra el análisis propositivo y crítico de la posible demanda formulada contra el Estado colombiano luego de demostrada la posición de garante que tiene el Estado, con respecto de los que prestan servicio militar obligatorio (conscriptos),

Primer factor: Este primer ítem hace referencia a la parte procedimental, es decir cómo, se va demandar al Estado, la de reparación directa es el medio de control propio para demandar al Estado, esta acción se sustenta en el artículo 90 de la Constitución Política y, a su vez, se encuentra desarrollada en el artículo 140 de la ley 1437 de 2011.

Es necesario enunciar el título de imputación puntual con el fin de cumplir con los requisitos procesales de la demanda estipulados en el artículo 162 de Ley 1437 de 2011 código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, se debe hacer énfasis al respectivo título de imputación porque no se puede alejar la realidad fáctica que es la que determina el título de imputación adecuado como se explicó con antelación en el primer acápite de este documento.

En el caso que la parte actora no logre delimitar o identificar qué clase de imputación puede hacer al Estado si falla en el servicio o daño especial, puede invocar al juez contencioso el principio *iura novit curia*. Este principio reviste al juez una vez se invoca como la aptitud de adecuar una situación fáctica y moldearla al título de imputación adecuado sin afectar el principio de legalidad

“La responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa pretendida, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión¹⁴.

Igualmente, en relación con los soldados que prestan servicio militar obligatorio, el principio *iura novit curia* reviste una característica especial, toda vez que el juez debe

14 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 76001-23-31-000-1998-01798-01(24986). (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; enero 30 De 2013).

verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno cualquiera de los títulos de imputación (...) ¹⁵”.

Esto implica para la parte actora que si sucede una mala enunciación del título de imputación este principio concede al juez la posibilidad de analizar la situación fáctica y encuadrarla en el título de imputación adecuado y a su vez analiza el caso particular.

Por otro lado, dentro de la demanda los hechos deben ser narrados de forma clara y cronológica, de modo tal, que puedan ser probados y que conduzcan al juez al conocimiento de la situación fáctica con el fin de que este se permee de los hechos. En el caso específico es muy importante narrar el desarraigo al cual se somete el varón que presta servicio militar, como afirma el Consejo de Estado “no existe una norma imperativa u otro vínculo jurídico que imponga a las víctimas indirectas (demandantes) a soportar la lesión en la vida de su hijo y hermano, respectivamente”¹⁶. Según la observación documental hecha al caso, todos salen de un seno familiar estrecho. También es fundamental narrar qué conductas o reacciones tomaba el conscripto antes del suceso cuando era visitado por su familia o cuando tenía permisos de salida o en las comunicaciones telefónicas, entre otras.

Luego de narrar la situación fáctica se plantean las pretensiones, es acá donde hace juego el principio de reparación integral a las víctimas, este consiste en reparar e indemnizar a quien padece un daño, esto no es motivo para enriquecerse a causa del Estado, ni es lo que más debe destacar en la demanda. Primero se debe perseguir la responsabilidad estatal, los perjuicios deben ser demostrados ya que la reparación solo busca compensar (perjuicios materiales) y satisfacer (perjuicios inmateriales); los perjuicios materiales están gobernados por el principio de justicia rogada que impone al juez la obligación de conceder solo lo que la parte acredite como deterioro en su patrimonio; los perjuicios inmateriales, a su vez, están gobernados por el principio *iura novit curia* que no impone al juez ninguna carga pero le da la posibilidad de ir más allá con lo que la parte actora pida en razón de las afectaciones: físicas, mentales y a la salud; todo ello se acompaña de fundamentos de derecho, estos elementos enseñan al juez el estudio de la materia, la experticia del demandante, el conocimiento de los pronunciamientos del Consejo de Estado, como a su vez, la invocación al juez de la causa, la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia (artículo 10 Ley 1437 de 2011).

Todos estos parámetros que debe contener una demanda en forma general deben estar acompañados de todo el material probatorio para que el juez de la causa conozca que la situación fáctica puede ser probada y dicho material probatorio no sobra decir, debe ser recolectado de forma legal.

Una vez hecho este barrido conlleva a la estrategia propositiva de litigio demostrarle al juez que la conscripción o servicio militar obligatorio es determinante para el móvil del suicidio, ello se logró en el desarrollo de capítulo II del texto que ocupa, con el análisis respectivo a las sentencias del Consejo de Estado y la investigación de Emile Durkheim.

Cuando se le demuestra al juez contencioso que la causa del suicidio del varón conscripto fue la instancia en el servicio militar el juez accede a las pretensiones como se verá a continuación con los siguientes extractos:

15 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159). (C.P Danilo Rojas Betancourth; marzo 10 De 2011).

16 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Número De Radicación: 12648. (C.P Maria Elena Giraldo Gómez; agosto 10 De 2000).

¿Cómo sería entonces la situación que vivía internamente el soldado Patiño que lo condujo, de una parte, a premeditar su auto agresión con el objeto de acabar con su vida y, de otra, a ejecutar sobre sí mismo el disparo?

Prueba de ello es la carta, reconocida grafológicamente por Medicina Legal, que dirigió a sus compañeros de conscripción, sus superiores y su familia en las cual indicó por qué tomó la determinación de auto eliminarse, (...).

La Sala en la valoración de las pruebas, percibe con convicción que el estado anímico del conscripto Patiño no estaba en equilibrio; que muestra de ello es que hoy mirando las pruebas que representan hacia el pasado su estado de ánimo, todas son indicadoras de la falta de equilibrio.

Ese desequilibrio que se observa por la experiencia humana, la Sala no puede medirlo, en su naturaleza ni causa, ni calificarlo de absoluto, porque tales conclusiones están deferidas a los expertos, por tratarse de hechos científicos. Sin embargo puede deducir, con certeza, que algo irregular sí ocurría en el conscripto Patiño, pues la experiencia humana generalizada permite conocer que el ser humano que atenta contra sí mismo, por lo menos en ese momento, no se encuentra en todos sus cabales.

La manifestación primera de conducta del conscripto Patiño de afirmar “que se quería suicidar” debió ser causa inmediata para que el Estado examinara, mediante los procedimientos médicos especiales, si ello era o no cierto, pues tal expresión era indicadora negativa y hacía previsible para el Estado que el conscripto debía ser examinado para dictaminar si él estaba o no, en el goce absoluto de sus facultades.

Y esa omisión en este caso puede aseverarse que fue la causa eficiente y determinante en la producción de la autoagresión de Patiño porque, como ya se examinó, su proceder anímico venía, desde antes, con manifestaciones de intento de suicidio y que se concretaron cuando le fue llamada la atención por indisciplina y notificada la sanción que debía soportar, hechos estos dos últimos que en una persona equilibrada no desencadenan esa reacción.

De lo estudiado se concluye que todos los elementos configuradores de responsabilidad por falla se establecieron: la antijuridicidad del daño padecido por los demandantes, las falencias administrativas por omisión en la vigilancia de la salud mental del conscripto y en la atención médica especializada y del nexo causal determinante y eficiente entre el daño antijurídico y las anomalías administrativas¹⁷.

De esta manera en esta sentencia se parte del presupuesto de la responsabilidad estatal por omisión en su actuar o por su mal actuar con respecto de este conscripto el cual el servicio militar obligatorio y la disciplina propia de instrucción castrense lo llevó a autoeliminarse.

Cuando se determina dentro del proceso que las causas al suicidio son exógenas a la conscripción el juez de la causa no concede las pretensiones como se ve a continuación:

17 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Número De Radicación: 12648. (C.P María Elena Giraldo Gómez; agosto 10 De 2000)

“De otro lado, en relación con una supuesta inducción al suicidio del soldado José Darío Escobar Betancur como consecuencia de los regaños que le fueron propinados por sus comandantes, la Sala observa que, si bien los testimonios refirieron que al conscripto se le dirigieron fuertes reprimendas por el extravío del “kit” de aseo que se le había asignado, lo cierto es que en el proceso no se probó que en alguno de esos reclamos se hubiera puesto al conscripto en una situación de invencible angustia, y no es suficiente considerar la existencia de un temor reverencial como causante de la conducta autodestructiva del señor Escobar Betancur, pues lo que se observa en el proceso es que los comandantes de escuadra tenían una relación similar con los demás soldados subalternos, y es claro que los simples regaños que los comandantes dirigen a sus subalternos no son conductas idóneas por sí solas para inducir el suicidio de estos, hecho que se extrae de la circunstancia de que en el plenario no existe demostración de que otros integrantes del grupo armado hubieran padecido situaciones anormales de estrés con ocasión de la presión ejercida por los superiores en la cadena de mando. Al analizar el nexo de causalidad –imputación fáctica-, la Sala encuentra que existen suficientes elementos de convicción que permiten concluir que la muerte del soldado José Darío Escobar Betancur fue causada por la misma víctima, quien se disparó con su arma de dotación, situación que exime de responsabilidad a la entidad demandada. Así las cosas, es forzoso concluir que en el presente caso, el daño que se alega en la demanda fue causado por el hecho propio y exclusivo de la víctima y que, en todo caso, no se presentó una falla del servicio que pueda ser imputada al Ejército Nacional, condiciones éstas que llevan a la Sala a concluir que las pretensiones de la demanda deben ser negadas”¹⁸.

Es así como cuando la parte actora no tiene los suficientes elementos o juicios de razón para determinar que el móvil del suicidio fue la instancia en el servicio militar obligatorio, la entidad demandada alude a las causas extrañas o eximentes de responsabilidad como culpa exclusiva de la víctima y se exonera de toda forma de responsabilidad.

Tras este análisis se evidencia cómo el Consejo de Estado aborda la situación fáctica y falla en derecho analizando cuando procede declarar al Estado colombiano responsable por el suicidio de conscriptos o suicidio de quienes prestan servicio militar obligatorio y cuándo no.

Segundo factor: Una vez analizada la responsabilidad estatal y acomodada a la realidad o situación fáctica, es muy importante articular los preceptos de la posición de garante que tiene el Estado con respecto de estos varones, ya que este punto es esencial y sirve para reprochar al juez la actitud estatal con respecto de esta población. Por ende no puede ser una actitud pasiva por el contrario este tiene un mayor deber de custodia y cuidado.

Los presupuestos para la posición de garante radican en la obligación de rango constitucional en el artículo 2, donde consagra los fines esenciales del Estado y resalta “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”.

18 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-04949-01(18893). (C.P Danilo Rojas Betancourth; Mayo 28 de 2012)

Por posición de garante el Consejo de Estado analiza lo siguiente:

Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho¹⁹.

(...) a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en el artículo 2 de la Carta Política. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de evitar las amenazas y riesgos para los derechos humanos de las personas afectadas²⁰.

De esta definición que aporta el Consejo de Estado se resaltan los elementos primordiales como: el deber de cuidado, el deber de custodia, el deber de protección; con la ausencia de estos elementos compositivos de la posición de garante como deber legal que nace en virtud del contrato social llamado Constitución Política, surge la responsabilidad estatal.

El deber de custodia y cuidado para los conscriptos a su vez también es de rango constitucional y legal, ambas normas definen la obligación legal de prestar servicio militar, cómo será la instancia y condiciones para prestarlo

Para el caso específico el Consejo de Estado considera lo siguiente con respecto de la posición de garante:

Cuando ingresan al Estado, por su decisión imperativa, varones para la prestación del servicio militar obligatorio, en primer término, nacen para el Estado, entre otras, las obligaciones de vigilancia y seguridad en la salud del conscripto y, en segundo término, nace para el conscripto el derecho correlativo a obtener las prestaciones debidas (protección jurídica).

Ese derecho del conscripto, correlativo a la obligación del Estado de su vigilancia y seguridad, si no se satisface adecuadamente crea unas lesiones, ciertas y particulares, a situaciones que tienen protección jurídica, como son la vida y la salud, que exceden los inconvenientes inherentes a la prestación de ese servicio, y que dan lugar al apareamiento de la lesión antijurídica o daño antijurídico²¹.

Las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases: -de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se

19 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567). (C.P Enrique Gil Botero; octubre 4 De 2007).

20 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-2004-01061-01(34440). (C. P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; febrero 12 De 2014).

21 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Número De Radicación: 12648. (C.P María Elena Giraldo Gómez; agosto 10 De 2000).

produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y -de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial. En síntesis, el reclutamiento y la retención como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no son actividades que generen responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esas situaciones, dado que estas son cargas que los ciudadanos deben soportar²².

Dentro de un caso puntual el Consejo de Estado analiza de esta manera la posición de garante con respecto a este conscripto que se auto elimino:

Además aun así se llegara a calificar como imprudente (culposa) la conducta del soldado Patiño, lo cierto es que esa culpa de la víctima directa, sería en este caso imputable toda al demandado por tres situaciones concurrentes:

“De una parte, por estar aquél bajo su cuidado; de otra, por conocer la Nación con antelación a la ocurrencia del hecho de “autoagresión” de las señales, por manifestación oral, de posible alteración de las facultades del conscripto (esto último porque desde que se enteró de esas posibles señales de desequilibrio debía adoptar una conducta diligente) y, finalmente, porque los hechos indicadores de desorden emocional se concretaron cuando el conscripto estaba internado y a cargo del Estado

La omisión administrativa vista es situación anómala, por su propia naturaleza. Si los varones que recluta el Estado, forzadamente, provienen generalmente de las casas paternas se espera, socialmente, que el Estado les prodigue la atención mínima en sus vidas – física y psicológica – y que en el servicio a que los somete, que redundará a favor de la Patria, se les dé el trato que merecen por ser seres humanos, por esta simple condición”²³.

El punto clave o de resalto que se quiere hacer a un posible lector es la posición de garante, ya que la propuesta es articular la posición de garante con respecto a la situación fáctica que dio origen al suicidio, formando un mismo cuerpo, es decir, la fusión de estas dos partes llamarían la atención del juez si en la narración de los hechos se cuestiona porque el Estado por medio de sus representantes no estuvo ahí para evitar que dicha situación ocurriese.

Es así, entonces, se puede en una posible demanda contra el Estado colombiano por el suicidio de una persona que preste servicio militar, reprochar o hacer énfasis por la situación en que lo compromete de manera obligatoria por mandato constitucional (artículo 2 de la Constitución Política).

Con respecto de los conscriptos el deber del Estado es impositivo, el cual implica que los daños que sufran estos son su responsabilidad por haberlos sometido a dicha imposición, por ello es determinante que cuando una persona ingresa a las filas militares en calidad de conscripto debe salir en las mismas condiciones como entro, tanto física como psicológicamente, el hecho que se genere

22 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 13329. (C.P Ricardo Hoyos Duque; noviembre 30 De 2000).

23 Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Número De Radicación: 12648. (C.P Maria Elena Giraldo Gómez; agosto 10 De 2000).

una autoflagelación o una autoeliminación no significa que es culpa de quien decidió causarse daño, para ello debe tener el Estado dispuesto todo un mecanismo de protección, acompañamiento y vigilancia, para poder velar por la integridad de esta población que se encuentra bajo su cuidado.

Una vez analizada la parte procedimental y la parte sustancial, es de importancia resaltar por qué el Consejo de Estado no concede las pretensiones en todos los casos de suicidio de conscriptos.

Acá se recogen los factores anteriormente descritos y es tanto la parte procesal como la parte sustancial, las que tienen que ser concretamente dirigidas a buscar la responsabilidad estatal no la reparación pecuniaria, por ende, primero hay que demostrar que el Estado es responsable en su mal actuar, en su omisión y que dada su posición de garante no actuó conforme lo debe hacer, conforme su obligación de rango constitucional; segundo se trazan estrategias de litigio para demostrar que no fue un suicidio sino un homicidio durante la conscripción, dichas teorías no resultan procedentes ni fehacientes ya que el instituto de medicina legal dictamina de forma exacta, con pocas probabilidades de error, la causa de la muerte como suicidio; tercero se identifica en el análisis documental cierta falta de experticia demostrándole al juez de la causa los principios mencionados con antelación, la defensa técnica del estado siempre alude al principio de congruencia cuando la parte actora no encaja bien el título de imputación y no exalta el principio *iura novit curia* para estos eventos donde el juez se puede blindar en su actuar pues, dada la situación fáctica no puede hacerlo, ya que la parte interesada a la que le acude el interés legítimo no lo exalta.

Como estrategia propositiva de litigio es muy impórtate que la parte actora fusione la situación fáctica con la posición de garante en un cuerpo único, con el fin de rechazar la falta de presencia del Estado, el mal actuar de este, ya que el imponer una carga a un ciudadano y dejarlo condenado a su suerte y cuidado propio no es una actitud estatal propia del desarrollo de sus funciones.

Cabe también resaltar el hecho que originó el suicidio, dado que en la instrucción castrense pueden ser muchos los aspectos que debilitan el cuerpo y la mente. Como un buen estrategia jurídico estos aspectos se deben de resaltar para demostrar la omisión del Estado y al juez toda la teoría del daño.

Es importante demostrarle al juez contencioso que se estudian las sentencias del Consejo de Estado y que el caso particular acerca del suicidio de conscriptos se ha fallado a favor de los peticionarios cuando se han demostrado los dos siguientes presupuestos: posición de garante y servicio militar obligatorio como determinante para la autoeliminación. Estos elementos en conjunto pueden salir triunfantes en una teoría de suicidio como responsabilidad del servicio militar obligatorio.

Para la parte actora también es de suma importancia invocar al juez contencioso la obligación de acatar el precedente judicial que en este caso la línea construida por el Consejo de Estado es clara en qué casos opera y en qué casos no, todo ello es conexo al artículo 10 de la ley 1437 de 2011.

Conclusiones

Esta clínica jurídica se concluye empezando por la hipótesis teórica tentativa planteada al inicio de esta investigación socio-jurídica, la cual llevaba a afirmar que el Estado colombiano es responsable por el suicidio de conscriptos dada su posición de garante, ya que esta imposición compromete un mayor grado de exigencia y compromiso para el Estado.

La hipótesis se confirmó en esta clínica jurídica de manera parcial, ya que al hacer el análisis documental propio del Consejo de Estado en sus lineamientos se observó que la responsabilidad

no es tal hasta que no se demuestre que la instrucción castrense y la estancia en el servicio militar fueron causales del suicidio de este varón. Además de esto se confirmó de manera parcial dada la dificultad de encontrar un análisis de campo más exhaustivo ya que este tipo de temas están sometidos a una reserva legal que imposibilita obtener entrevistas u otro medio de recolección de datos, por ende llegar a las familias de estas personas que se suicidan es complejo más aún que los casos que se encontraron en el Consejo de Estado ninguno de los demandantes se encuentra localizado en el departamento antioqueño.

Cabe enfatizar además que muchos de los casos de los suicidios de conscriptos son fallados en contra de los peticionarios por no demostrar que la causa determinante del suicidio fue la conscripción, este problema significó una búsqueda ardua en la jurisprudencia del Consejo de Estado para lograr la línea jurisprudencia que se deseaba.

A pesar de estas variables e inconvenientes, la clínica jurídica arrojó resultados muy interesantes ya que en el génesis de la investigación se notaba cierta incertidumbre con respecto de que el suicidio es un acto meramente personalísimo que, por ende, el Estado no tendría que responder patrimonialmente por la vida de un ser humano que actuó conforme su dignidad humana y libertad. Esta hipótesis se superó con creces en el desarrollo de esta clínica y deja en el aire variables susceptibles para futuras investigaciones como: la abolición al servicio militar obligatorio, análisis de la responsabilidad objetiva con rasgos subjetivos con respecto a los conscriptos.

Este ejercicio de recorrido jurisprudencial que arrojó porqué el Estado colombiano puede ser responsable del suicidio de conscriptos exalta varios temas que pueden ser objeto de futuras investigaciones como la responsabilidad del Estado colombiano por el suicidio de los privados de la libertad; y la responsabilidad del Estado colombiano por el suicidio de niños, niñas y adolescentes a cargo del ICBF.

Referencias

- ARENAS, H. A. (2014) El régimen de responsabilidad objetiva. Bogotá: Legis editores S.A.
- CORDERO, F. Servicio Militar Obligatorio y relaciones cívico-militares en América Latina Nueva sociedad nro.104 noviembre- diciembre 1989, pp. 51-61
- Corte Constitucional De Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1184-08. (M.P Nilson Pinilla; diciembre 3 De 2008.
- DURKHEIM, Emile. El suicidio. Madrid: Ediciones akal S. A, 2008
- DURKHEIM, Emile. El suicidio. Madrid: Ediciones akal S. A, 2008
- DURKHEIM, Emile. El suicidio. Madrid: Ediciones akal S. A, 2008, p. 23. 24.25

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Cuarta edición. Bogotá: Temis, 2010, p.20. Cuarta edición

Ley 48 de 1993. Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. 4 de marzo de 1993 DO. No. 40.777

Instituto Colombiano de Medicina Legal. MUERTES VIOLENTAS EN COLOMBIA 2013. <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/Imagenes2014/muertes%20violentas%20en%20colombia%202013.pdf>. Visitado mayo 6 de 2014.

MARGAUX GUERRA, Yolanda y CASTRO ARDILA, Jairo. Diversas formas de la responsabilidad del estado por la actividad administrativa. Bogotá: Universidad libre de Bogotá, 2007

RUIZ OREJUELA, Wilson Responsabilidad del Estado y sus regímenes, CAPÍTULO VII Responsabilidad del Estado por daños a los conscriptos

STEFONI ESPINOZA, Carolina Suicidio en el Servicio Militar. Chile: FLACSO-Chile, 2000

El suicidio, un problema de salud pública enorme y sin embargo prevenible, según la OMS; <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004/pr61/es/>: visitado el 22 de abril de 2014

MUERTES VIOLENTAS EN COLOMBIA 2013. <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/Imagenes2014/muertes%20violentas%20en%20colombia%202013.pdf>. Visitado mayo 6 de 2014

Organización Mundial de La Salud (OMS). Prevención del suicidio. Un instrumento para médicos generalistas. [en línea] (08 de septiembre de 2004) Disponible en: http://www.who.int/mental_health/media/general_physicians_spanish.pdf

El suicidio, un problema de salud pública enorme y sin embargo prevenible, según la OMS; <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004/pr61/es/>: visitado el 22 de abril de 2014

Jurisprudencia:

Consejo De Estado De Colombia Sección Tercera. Radicación Número: 76001-23-31-000-1998-01486-01(25183). (C.P Carlos Alberto Zambraño Barrera; abril 17 De 2013)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750). (C.P: Mauricio Fajardo Gómez; abril 7 de 2011)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Número De Radicación: 12648. (C.P María Elena Giraldo Gómez; agosto 10 De 2000)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 19001-23-31-000-1995-06014-01(15439). (C.P: Mauricio Fajardo Gómez; Agosto 31 De 2006)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-2000-01633-01(23420). (C.P Alier Eduardo Hernández Enríquez; noviembre 10 De 2005)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 05001-23-24-000-1994-00332-01(20835). (C.P Enrique Gil Botero; julio 7 De 2011)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-04949-01(18893). (C.P Danilo Rojas Betancourth; mayo 28 De 2012)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747). (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; mayo 25 De 2011)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 13329. (C.P Ricardo Hoyos Duque; noviembre 30 De 2000)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567). (C.P Enrique Gil Botero; octubre 4 De 2007)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747). (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; mayo 25 De 2011)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 76001-23-31-000-1998-01798-01(24986). (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; enero 30 De 2013)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159). (C.P Danilo Rojas Betancourth; marzo 10 De 2011)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-04949-01(18893). (C.P Danilo Rojas Betancourth; mayo 28 De 2012)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567). (C.P Enrique Gil Botero; octubre 4 De 2007)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-2004-01061-01(34440). (C. P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; febrero 12 De 2014)

Consejo De Estado De Colombia. Sección Tercera. Radicación Número: 13329. (C.P Ricardo Hoyos Duque; noviembre 30 De 2000)

<http://etimologias.dechile.net/?suicidio> (08/05/2014)

Bibliografía y Cibergrafía completaría:

HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés: Bogotá Universidad Externado 2007 (segunda reimpresión)



Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Una niña Wounaan desplazada. A su familia les tocó salir de su comunidad en el Bajo San Juan, Chocó, por el conflicto y hace dos años viven en Bogotá donde tiene pocas oportunidades para vestirse de forma tradicional (izq.). Bogotá, Colombia.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7230/7309157486_a92aca9466_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0



Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Los Embera tradicionalmente se pintan con 'jagua' en formas geométricas para avisar de su estado de ánimo y para las fiestas, pero este hombre, hijo del 'jaibaná' o chaman, ha decidido tatuarse de una forma occidental permanente, dejando atrás su antigua cultura.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7229/7309163084_93755c3169_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0



Aprende el nuevo Derecho

Derecho

Resolución 9337 MEN diciembre 12 de 2008
Registro SNIES 54290

Teléfono: 301 18 18
Calle 75 sur N° 34 - 120
Sabaneta - Vía La Doctora - Ant



Institución de Educación Superior sujeta a vigilancia e inspección por parte del Ministerio de Educación Nacional

www.unisabaneta.edu.co

Síguenos: @unisabaneta



Concepción socio-jurídica de la implementación del diagnóstico genético preimplantacional en personas con hemofilia*

*Por: Cristian Montoya Garcés***

Resumen

El presente artículo fruto de la investigación realizada en la materia clínica jurídica impartida en la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-, tuvo como objetivo general, Determinar por qué el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) es una herramienta para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y las familias que padecen hemofilia. Para lograr dicho propósito se procede a enfatizar una búsqueda conceptual sobre tres temas específicos: la calidad de vida, la vida digna y el azar genético inmerso en la hemofilia. Cada uno se desarrolló individualmente para luego ser integrados, arrojando como resultado, un concepto unificado que entregó una base teórica que permitió determinar en primer lugar, que la única forma de medir si existe vida digna es por medio del concepto valorativo de calidad de vida; en segundo lugar que el azar genético inmerso en la hemofilia desdignifica; y finalizar deduciendo que el DGP brinda suficiente certeza genética, concluyendo entonces, a la luz de estas premisas, que el DGP brinda la calidad de vida en las personas que padecen hemofilia.

Palabras Clave: Azar genético; calidad de vida; diagnóstico genético preimplantacional; dignidad humana; hemofilia.

* Informe final de la materia “Clínica Jurídica” impartida en la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-

** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-. Correo electrónico: poeco_28@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El diagnóstico genético preimplantacional –DGP– es, en palabras de Gilabert:

(...) una técnica de prevención que se utiliza en reproducción asistida con la finalidad de detectar anomalías genéticas en el embrión. Se realiza en un ciclo de Fecundación in Vitro para seleccionar aquellos embriones que sean genéticamente correctos. (...) Es una técnica que se implementa antes de realizar la transferencia de embriones al útero materno en el proceso de la fecundación in Vitro¹.

Después de tres días de la punción ovárica que se realiza a la paciente, y de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, se da paso al DGP y el embrión tiene entre 6 y 8 células madre.

Lo primero que se realiza es la extracción de material genético del embrión; en segundo lugar se analiza material genético extraído, para que luego el embrión compense la suplencia de esa célula extraída y siga multiplicándose de manera natural, y que ya al final quede por comprobar que no hay ninguna mutación en el material genético de dicho embrión y sea bueno el que se introduzca en el útero².

La implementación de este método de reproducción asistida lleva consigo grandes beneficios. El mayor fruto de esta técnica genética es el poder eludir enfermedades que se transmiten hereditariamente. Evitando así, al seleccionar meticulosamente los embriones más sanos, la transmisión de afecciones como: el síndrome de Down, la tiroides, ciertos tipos de cáncer, el Alzheimer hereditario, el 80% de las enfermedades consideradas raras, entre otras patologías; Garantizando así, con una amplia probabilidad, el nacimiento de un bebe sano y sin dificultades presentes, ni futuras.

Lo anterior demuestra que el DGP es una importante alternativa para el mejoramiento de las vidas de las personas que están por nacer y de sus familias. Se establece como una alternativa en favor de la lucha y la erradicación de enfermedades de transmisión hereditaria que no tienen cura y que solo degeneran la calidad de vida del que la padece y de sus familias.

Pero este procedimiento genético-científico, al igual que muchos otros procedimientos, se ve afectado en su acogida y socialización por argumentos moral-religiosos que generan polémicas y controversias con miras a deslegitimarlo. Se dan, entonces, por ello, discusiones como: la utilización de la “persona” como un medio para llegar a un fin; los embriones desechados; el despojo de los embriones minusválidos; la posibilidad de crear niños de capacidades superiores; y la relación con la eugenesia y hasta con el nazismo.

Desde que nació a la vida científica la técnica del DGP, se ha generado un debate bioético sobre su aplicabilidad o no, sobre su legalidad o no, acogiendo el debate en esferas como el mundo jurídico, social, religioso, político y científico, donde las principales armas son “la moral y la razón”.

Uno de los temas que más genera controversia, es la posición sobre si el embrión a intervenir debe de ser estimado como persona. Según esta situación, los defensores consideran que el embrión aún no se puede considerar un ser humano como tal, en razón de que solo se daría en caso de que este sea implantado en el útero, pero en cambio, los contradictores expresan que el embrión se

1 Gilabert, N. F. (s.f.). Reproducción Asistida ORG. Obtenido de <http://www.reproduccionasistida.org/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>

2 *Ibid.*, p.1.

considera una persona en potencia y que, por ende, debe de ser tratado con todas las prerrogativas que provienen de la dignidad y que todo ser humano posee desde el inicio³.

Ese último pensamiento es uno de los mayores argumentos de la iglesia católica para desprestigiar la técnica del DGP, justificándolo con una interpretación del principio de la dignidad humana moldeado, según imperativos morales, para deducir una definición de ser humano y de persona, de forma categórica y por fuera de las propias determinaciones legales.

¿Eso quiere decir, entonces, que el embrión defectuoso, que previamente se le fue respetada su “dignidad humana”, atendiendo al postulado anterior, debe de soportar, una vez haya nacido o en cualquiera de sus etapas crecimiento y desarrollo, una vida indigna a causa de una enfermedad que desmejora su calidad de vida? ¿Merece acaso el que está por nacer la carga de la transmisión de una enfermedad hereditaria, que la mayoría de veces lleva consigo para toda su vida, a sabiendas de que existe el medio indicado para evitar tal estigma? ¿Acaso se debe seguir dependiendo del azar a sabiendas de que existe un método que brinda certeza genética? ¿Qué es más indigno para una familia, que por generaciones ha padecido una enfermedad hereditaria, que el saber que muy posiblemente transmitirá a sus hijos una carga la cual no merecen? ¿No se debería aplicar el principio de dignidad humana más bien en favor de dichas familias como el sustento que justifique la aplicación del DGP como su derecho?

Se busca, entonces con este artículo, fruto del trabajo investigativo realizado en la materia clínica jurídica impartida en la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-, una nueva interpretación del principio de la dignidad humana y de calidad de vida, que permitan la aplicación del Diagnóstico Genético Preimplantacional –DGP-, como un derecho para las familias y las personas que padecen hemofilia. Es de aclarar que todo lo anterior, debe entenderse desde el punto de vista de que, si bien el DGP no está prohibido en Colombia, su utilización, para muchas de esas familias, se ve truncada como consecuencia de los altos costos que conlleva contratar tal servicio de reproducción asistida.

Pero ¿por qué la hemofilia? La razón es su alta probabilidad hereditaria tal y como lo evidencia Antonio Liras a continuación:

La Hemofilia es una enfermedad que afecta a la coagulación de la sangre ya que se caracteriza por un defecto en alguno de los elementos, llamados factores, que se necesitan para que la sangre coagule. Así la Hemofilia A se produce porque no es del todo funcional el factor VIII y la Hemofilia B cuando no lo es el factor IX. Esto puede ser porque no hay nada de factor o bien porque el que hay no funciona adecuadamente. (...) Además La Hemofilia es una enfermedad que no se adquiere o se contrae como la gripe o cualquier otra infección o enfermedad por un accidente traumático; se trata de una enfermedad que se hereda, se transmite de padres a hijos y sucesivas generaciones. Es, por tanto, una enfermedad hereditaria cuyo defecto se encuentra en el cromosoma X, es decir, el cromosoma que se relaciona con el sexo por lo que es una enfermedad hereditaria pero además ligada al sexo lo que significa que en el caso concreto de la

3 Maeyer, P. D. (13 de julio de 2011). Tonibandin's Weblog. Obtenido de <http://tonibandin.wordpress.com/2011/07/13/alemania-el-diagnostico-genetico-preimplantacional-se-convierte-en-ley/>

Hemofilia la transmiten las mujeres (portadoras) y la padecen los hombres debido a la dotación de dos cromosomas X (XX) de la mujer y una dotación XY en el hombre. La transmisión de la Hemofilia se dice que es recesiva y no dominante ya que puede que no aparezca en una generación siguiente (salto de generación) por la simple razón de que se den portadoras sanas o varones sanos, y sí aparezca en otra generación posterior⁴.

Además, “La hemofilia, en todas sus variedades, se caracteriza por hemorragias espontáneas, o bien, por un sangrado excesivo, ante cualquier traumatismo que se sufre. Estas hemorragias pueden ser de carácter articular, muscular o de otra índole, y pueden revestir mucha gravedad”⁵. Lo que la hace una enfermedad muy molesta para quien la padece.

Otra de las razones para que esta patología sea el epicentro de esta investigación formativa son sus métodos de diagnóstico, pues

En la actualidad la Hemofilia se puede diagnosticar mediante un diagnóstico prenatal en el estadio fetal mediante el análisis de líquido amniótico por punción (amniocentesis); de forma postnatal valorando, o bien la mutación, o bien los niveles de factor coagulante y, más recientemente, mediante el *diagnóstico genético preimplantacional*, que se lleva a cabo en embriones analizando la mutación en una sola de sus células y seleccionando el embrión sano para después implantarlo en el útero materno. Esta nueva idea de diagnóstico conlleva la posibilidad de ofrecer un consejo genético a las parejas en edad de procrear y así poder decidir o no un embarazo”⁶.

Con todo lo anterior, se quiso dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿Por qué el DGP es una herramienta para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que padecen hemofilia y de sus familias?

Como metas específicas para dar respuesta al anterior cuestionamiento se fijaron las siguientes: demostrar por qué no hay calidad de vida sin vida digna; determinar por qué el azar genético desdignifica; y demostrar como el DGP es una herramienta que dignifica y garantiza calidad de vida.

El presente documento presenta una justificación práctica en razón de que reporta un beneficio para resolver un problema concreto que afecta a una comunidad de personas, que en este caso, son las que padecen hemofilia y sus familias. Se busca que con esta investigación, de alguna forma, se pueda contribuir a garantizar una mejor calidad de vida de los afectados con esta enfermedad hereditaria.

Además del componente práctico, este artículo también posee una justificación metodológica, debido a que la investigación sobre la implementación del DGP en personas con hemofilia se encuentra dentro de un marco de análisis novedoso y poco explorado por estudios en Colombia.

El tipo de estudio que se aplicó fue exploratorio en razón de que en Colombia no existen muchas referencias sobre tal teoría de la implementación del DGP como un derecho para las personas y familias que padecen hemofilia. Eso hace que la exploración indagatoria no tenga ningún soporte teórico histórico del asunto en materia y que su trayecto sea de alguna forma inédito.

4 Antonio Liras/ Departamento de Fisiología. Facultad de Biología. Universidad Complutense de Madrid - <http://www.hemofilia.com/fedhemo/que-es-la-hemofilia/conceptos-basicos/la-hemofilia/>

5 <https://www.saluspot.com/articulos/2910-hemofilia-tipos-y-consecuencias-de-las-hemorragias>

6 Antonio Liras. Op.cit.,

1. DEMOSTRACIÓN DE POR QUÉ NO HAY CALIDAD DE VIDA SIN VIDA DIGNA

1.1 Concepto de calidad de vida

El mejoramiento de la calidad de vida se ha convertido en el principal propósito de la mayoría de los Estados del mundo. En razón a la importancia que significa para las sociedades el tema de la calidad de vida, los gobiernos enfocan todo su actuar en la elaboración de políticas y acciones que permitan generar y mejorar la calidad de vida de sus habitantes.

Según la Organización Mundial de la Salud, la calidad de vida “(...) es la percepción de un individuo de su situación de vida, puesto en contexto de su cultura y sistemas de valores, en relación a sus objetivos, expectativas, estándares y preocupaciones”⁷. Este es un concepto amplio que se ha operacionalizado en áreas o dominios como: la salud física, el estado psicológico, el nivel de independencia, las relaciones sociales, las creencias personales y su relación con las características más destacadas del medio ambiente. Esto lo hace un concepto ambiguo y de carácter subjetivo, que debe valorarse en razón de situaciones fácticas particulares.

Tal y como lo expresa Schwartzmann “(...) la calidad de vida es un término subjetivo que consiste en que la persona da un concepto sobre cómo se siente con su vida”⁸.

Lo anterior quiere decir, que para poder valorar la calidad de vida de una persona, se debe analizar desde el punto de vista de una serie de escenarios en los que se ve rodeada la persona en su cotidianidad. Estos evidenciarían las condiciones en las que se encuentra la persona y sus respectivos elementos a valorar.

Ciertos críticos en la materia, como Carlos Ávila y Elizabeth Velarde, consideran que “(...) en su concepción más amplia, la calidad de vida recibe la influencia de factores como empleo, vivienda, acceso a servicios públicos, comunicaciones, urbanización, criminalidad, contaminación del ambiente y otros que conforman el entorno social y que influyen sobre el desarrollo humano de una comunidad”⁹. Son precisamente estos escenarios sociales en los que se debe mover la valoración de la calidad de vida de una persona o una determinada población.

Pero con el fin de enfocar al lector en el caso concreto objeto de la clínica jurídica realizada, que es la concepción de la calidad de vida en relación con la salud, es importante citar a Laura Schwartzmann, una de las pioneras en el concepto de la calidad de vida como un criterio para medir y evaluar los resultados en la salud. Ella considera que se debe de incorporar:

7 Chile, U. d. (16 de 05 de 2014). Universidad de Chile. Obtenido de <http://www.uchile.cl/portal/investigacion/programas-de-investigacion-domeyko/linea-salud/proyectos-e-iniciativas/calidad-de-vida-y-envejecimiento/52317/descripcion>

8 SCHWARTZMANN, Laura. calidad de vida relacionada con la salud: Aspectos conceptuales. *Cienc. enferm.* [online]. 2003, vol.9, n.2 [citado 2014-05-29], pp. 09-21. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-95532003000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0717-9553. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95532003000200002>.

9 VELARDE-JURADO, Elizabeth y AVILA-FIGUEROA, Carlos. Evaluación de la calidad de vida. *Salud pública Méx* [online]. 2002, vol.44, n.4 [citado 2014-05-29], pp. 349-361. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342002000400009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0036-3634.

“La *percepción del paciente*, como una necesidad en la evaluación de resultados en salud (...) debiendo para ello desarrollar los instrumentos necesarios para que esa medida sea válida y confiable y aporte evidencia empírica con base científica al proceso de toma de decisiones en salud. (...) Schwartzmann trae como justificación de lo anterior la aplicación, a veces indiscriminada de nuevas tecnologías, con capacidad de prolongar la vida a cualquier precio, la complicada decisión de cantidad comparado con calidad de la vida, y el terrible dilema ético de la distribución de los recursos económicos en salud, que ponen sobre el tapete la necesidad de conocer las opiniones de los pacientes”¹⁰.

También es importante anotar, en palabras textuales de Schwartzmann, la gran importancia en la implementación de este concepto en el área de la salud, a saber:

La evaluación de calidad de vida en un paciente representa el impacto que una enfermedad y su consecuente tratamiento tienen sobre la percepción del paciente de su bienestar. (...) A su vez ésta cita a los señores (Patrick y Erickson 1993) quienes la definen también “como la medida en que se modifica el valor asignado a la duración de la vida en función de la percepción de limitaciones físicas, psicológicas, sociales y de disminución de oportunidades a causa de la enfermedad, sus secuelas, el tratamiento y/o las políticas de salud”¹¹.

Lo anterior muestra que la implementación del criterio valorativo de calidad de vida, ya sea en el ámbito político, en el sociológico, en el psicológico, y para el caso particular, en el área de la salud, arrojará siempre como resultado el concepto subjetivo de una persona con respecto a cómo una determinada situación, en la que se ve rodeada su cotidianidad, permea en las diferentes esferas de interacción social escenarios como el ámbito laboral, familiar, lúdico, incluso afectivo de la persona a valorar.

1.2 Concepto de dignidad humana

El concepto de dignidad humana ha sido uno de los principios más desarrollados a lo largo de la historia. En el ejercicio de dicho principio se fundan la mayoría de los Estados democráticos, quienes aciertan en que el hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio.

Este principio no siempre ha tenido el mismo significado. El concepto de dignidad humana ha pasado, históricamente, por una serie de cambios que fueron derivados de ciertas luchas sociales y filosóficas.

Inicialmente el concepto de dignidad humana hacía alusión a que solo el hombre podía ser digno en razón de que Dios lo había creado a su imagen y semejanza. Allí aparece como fuente de la dignidad del ser humano el hecho de haber sido creado por Dios, libre y dueño de sus propios actos, tal como corresponde a la imagen del Creador¹².

Luego el concepto se transformaría totalmente, perdiendo como sustento su fuente de divinidad religiosa. Al respecto opina Edgar López que este cambio conceptual:

10 SCHWARTZMANN, Óp. Cit.,

11 *Ibíd.*

12 LÓPEZ, Édgar Antonio. Dignidad humana, diversidad cultural y calidad de vida. En: *Revista Latinoamericana de Bioética*. vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 28-39, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

Puede verse en la obra moral del filósofo Emmanuel Kant, quien al sustituir una metafísica religiosa por una metafísica antropológica, consolidó al final del siglo XVIII el milenarismo proceso de secularización de la noción de dignidad humana.(...) Las formulaciones kantianas del imperativo categórico pueden ser vistas como resultado de un proceso de reflexión y de argumentación –varias veces centenario – en que la dignidad humana logró su reconocimiento al margen de la fundamentación religiosa cristiana que le dio origen. El interés de dar con un criterio universal de acción que no dependiese de razones religiosas ni de razones empíricas condujo a Kant a proponer un principio subjetivo de la acción que deviene en norma objetiva y universal: obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una Ley universal. (...) Pero más allá de la visión instrumental de la acción, que sólo se atiende a la adecuación entre medios y fines, la segunda formulación del imperativo categórico hace de la dignidad humana el último criterio de discernimiento moral, pues fundamenta la moral en la autonomía personal: obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio¹³.

En esta última percepción Kantiana de la dignidad humana, la que se ha mantenido a lo largo de la historia, se considera al hombre un fin en sí mismo, no un medio, Claro está, que de esta misma interpretación nacen muchas más interpretaciones y varias vertientes que sectorizan el concepto y lo vuelven ambiguo y relativo a su vez.

1.3 Relación entre calidad de vida y dignidad humana

La relación entre la calidad de vida y la dignidad humana se puede resolver de la siguiente manera: primero entendiendo la dignidad humana, en resumidas cuentas, como aquel principio que permite considerar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio; segundo, acertando que en dicho principio se fundan los derechos humanos; y tercero considerando que el único medio para medir la realización y ejercitación de los derechos humanos, dado a su sistema de análisis subjetivo, es el criterio de la calidad de vida.

Lo anterior quiere decir, que existe un lazo inexorable entre la calidad de vida y la dignidad humana y que el lazo que une los dos conceptos es la realización de los derechos humanos.

Édgar López, en cuanto a la concepción de la calidad como un criterio valorativo de las condiciones del ser humano, manifiesta lo siguiente: “Más allá de las diferencias culturales, la calidad de vida tiene que ver con la importancia intrínseca de la libertad y con su utilidad para conseguir los objetivos de los derechos humanos”¹⁴.

La mayoría de las sociedades del mundo se fundan en el respeto a la dignidad humana, pero ¿Cómo medir si en verdad se está respetando la dignidad humana de los coasociados? Es allí donde entra el concepto de calidad de vida como ese elemento valorativo que muestra la verdadera reali-

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*

zación de los derechos humanos y que a su vez muestra que tanto se respeta la dignidad humana, por ello:

“La conceptualización de las necesidades humanas debe ser un ejercicio libre y participativo, conducente a la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas fundamentadas en la noción de dignidad humana. Tales políticas deben estar dirigidas a contrarrestar la pobreza y el desempleo, a disminuir las desigualdades sociales y económicas relacionadas con las diferencias de etnia y de género, a elevar la esperanza y la calidad de vida, pero sobre todo a ampliar las dimensiones de la libertad real de las personas que desde diferentes comunidades culturales conforman la sociedad”¹⁵.

Los Estados necesitan los criterios valorativos que integran el concepto de calidad de vida para poder verificar la buena gestión en la realización de los derechos humanos. No existe dignidad humana si no hay calidad de vida; o dicho en otros términos, si no hay calidad de vida no puede, ineludiblemente, existir vida digna. Son precisamente los criterios valorativos los que influyen en la realización de la vida digna de alguien. Estos criterios son pautas que atienden a postulados que solo se pueden evaluar subjetivamente y no de manera objetiva.

La doctora Schwartzmann considera que esta valoración debe tender a la satisfacción de una serie de necesidades para poder determinar el nivel de calidad de vida. Al respecto considera:

Que si bien diversos investigadores siguen discutiendo si la satisfacción debe medirse globalmente o en relación a distintos ámbitos de la vida específicos. (...) Los distintos modelos teóricos sobre necesidades humanas, desarrollados por filósofos, antropólogos, científicos sociales y políticos, incluyen, a pesar de sus diferencias teóricas las siguientes categorías de necesidades: Necesidades fisiológicas (alimentación, agua, aire, cobijo de las fuerzas de la naturaleza, etc.); necesidad de relación emocional con otras personas; necesidad de aceptación social y necesidad de realización y de sentido¹⁶.

Criterios que puestos en los anteriores escenarios arrojan como resultado el concepto de cómo se siente una determinada persona con su vida. Ya sea en su vida familiar, laboral, política, entre otras circunstancias que influyen en la vida diaria de la persona.

2 DETERMINACIÓN DE POR QUÉ EL AZAR GENÉTICO DESDIGNIFICA

2.1 El azar genético

Para entender de manera correcta y clara el concepto de azar genético, es pertinente referirse a los inicios de la genética y al contenido que abarca su hallazgo y su implementación.

Al principio en la biología todo fue oscuridad. La verdad sobre su universo era limitada y contaba con muy pocos elementos para expandir su campo de conocimiento.

Se entendía que la genética del hombre estaba determinada y definida como un sistema estático. Un sistema que no llevaba cambio alguno, donde su información era una sola e inamovible. Fue

15 LÓPEZ, Édgar Antonio. Dignidad humana, diversidad cultural y calidad de vida. En: Revista Latinoamericana de Bioética. vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 28-39, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

16 SCHWARTZMANN, Op. cit.

gracias al hallazgo y descubrimiento de ciertos científicos que esta área de la ciencia empezó a ver la luz.

El primer gran evento fue el descubrimiento de Gregorio Mendel en el llamado “cuarto de las moscas” donde nació la genética. Tal y como lo manifiesta Emilio Yunis:

“Allí logran el mayor estallido en producción científica, la más espectacular proliferación de investigaciones, la fundamentación de la nueva ciencia que, ya con una base física, podía mirar el porvenir. (...) Más de tres décadas dura este afán creativo, de lo que la historia da cuenta con adquisiciones como: la distribución lineal de los genes en los cromosomas; la distancia relativa entre los genes, lo que facilita la recombinación genética; la herencia de los genes ligados al cromosoma X, la mutagénesis experimental, los mapas genéticos de la *Drosophila melanogaster*, aún vigentes, y un par de premios Nobel (...) Descifrado el código genético, conocidas todas las Palabras que se forman a partir del abecedario de cuatro letras, cuáles son sus equivalencias, la mirada la vuelven rápido los investigadores a la cinta de ADN como tal y al “empalme” de los genes, lo que se logra y saluda como un éxito espectacular que abre la vía a diferentes procesos, entre otros la posibilidad de producir moléculas para el hombre, derivadas de sus propios genes, y no extraídas, de otros animales. Se habla ya de insulina recombinante, hormona de crecimiento recombinante, interferón recombinante... Se dijo que la vida cambió a partir del primer experimento dirigido de ADN recombinante, que se volvió la primera patente, la más polémica, seguida en 1980 de aquella concedida a una bacteria, y que de ahí en adelante harán que la vida académica y la investigación científica”¹⁷.

Ya a partir de tal aporte a la biología, el mundo de la genética inicia un camino en busca de ese conocimiento, que a falta de elementos y herramientas, no había podido alcanzar.

Es así como el ADN recombinante, en palabras de Emilio Yunis, se convierte en la técnica maestra que:

Rompe la barrera entre especies y reinos, desdibuja las fronteras de lo animal, vegetal y mineral, los genes de las anguilas, del salmón, de la papa y del humano, se transfieren, pasan de unos a otros por la sencilla razón de que todo lo que vive comparte esa molécula. (...) en conclusión, el ADN recombinante rompió lo que hasta entonces era uno de los grandes dogmas de la biología: las barreras entre especies eran claras, definidas, insobrepasables y mostró, además, que a partir de un elemento común, la estructura de doble cadena de ADN, ésta se podía abrir e insertarle un pedazo foráneo de otra cinta de ADN, luego hacer que el híbrido se pudiera copiar y leer casi en forma indefinida¹⁸.

El segundo evento que dio luz a la genética en la ciencia y permitió que en el mundo de la ciencia se hablara de azar genético, fueron los aportes de Charles Darwin con su Teoría de la Evolución.

La Teoría de la Evolución trata en última instancia de establecer y demostrar cómo se modifican las especies, cómo se establecen cambios en ellas, es decir, parte de aceptar la no constancia de las especies. Antes de Darwin, la independencia de cada una

17 YUNIS, Emilio. Evolución o creación, genomas y clonación. En: NÓMADAS

18 *Ibíd.*,

era la norma, se trataba de una creación individual. Además, desde Aristóteles hasta Lamarck, existía una orientación teleológica hacia la perfección. (...) Pero el indeterminismo darwinista rompe en forma radical con todo esto, el azar y la contingencia reinan, el fin último deja de existir, las causas primeras se abandonan, el destino y la predestinación no tienen cabida¹⁹.

Eso quiere decir que la teoría Darwinista destruye todo argumento que manifiesta que los individuos son genéticamente autónomos y que en ellos no recae ningún tipo de cambio en el transcurso del tiempo. Traza una línea entre el determinismo genético y el indeterminismo genético y habla de la evolución como algo indeterminable e inmedible.

La evolución, de acuerdo con la teoría de Darwin desarrollada por sus continuadores, preserva la variabilidad genética, la que ocurre sin ninguna dirección, a las mutaciones no la guía ningún valor funcional o adaptativo, no hay fuerza interna que guíe el curso de la evolución. Éste es un primer paso, seguido por la selección propiamente, sobreviven los más aptos, los mejor adaptados. (...) La variabilidad genética, la diversidad de formas, los diferentes patrones existentes en la naturaleza, todo esto establece una ruptura con el mundo de la física. Darwin rechaza de plano el determinismo, cualquiera sea la forma como se presente, le es imposible predecir el futuro, y acepta el *azar*, el chance, la contingencia. (...) Darwin no es determinista, no predice el futuro, postula el azar, el chance. (...) Darwin con el azar retiró la evolución de las manos de Dios, pero no la puso en las de los hombres. La manipulación de los genes y la clonación abren la posibilidad de dirigirla²⁰

Darwin hereda a la ciencia el concepto de azar genético y de su indeterminismo, abriéndoles el campo a los genetistas de la posibilidad de estudiar más dicha teoría y su posible fortalecimiento.

2.2 Desventajas del azar genético

Como ya se mencionó, la genética se desarrolla en un universo de posibilidades donde el determinismo no existe y el azar prevalece. Tal principio es el que ha impulsado el motor de la vida y de la evolución a lo largo de la historia. Los seres humanos, de manera natural, no pueden influenciar en el devenir genético y tan solo queda esperar que, dentro de la selección natural, la información genética no tenga ningún tipo de anomalía y, en caso de haberla, dicha anomalía solo quedaría aceptarla y ya.

La ruleta de la genética puede hacer acreedor a cualquier persona de una de las setenta mil enfermedades raras o no; puede dar la posibilidad de vivir sin ninguna malformación o no; puede permitir que se transmita una enfermedad hereditaria a la descendencia o no. Todas esas posibilidades se encuentran dentro de la esfera del azar.

El juego de la ruleta en el que se encuentra inmersa la vida, repercute en cada espacio de tiempo del diario vivir. Desde que se nace hasta que muere, las personas son vulnerables y se encuentran aptas para padecer algún tipo de enfermedad generada por una anomalía genética, que en la mayoría de veces, desmejora la calidad de vida.

¹⁹ *Ibíd.*,

²⁰ *Ibíd.*,

No sabiendo en cual de tantas posibilidades caerá la bola de la ruleta, el azar genético, la mayoría de veces, solo trae desventajas, molestias y sufrimientos. Si tan solo se tuviera el mecanismo natural que brindara la alternativa de poder ver las posibilidades genéticas, buscando la que más convenga y evitando las dañinas, se pudieran evitar muertes, dolores y perjuicios que desmejoran la calidad de vida del ser humano. También, se contaría con una herramienta que guiaría el rumbo del hombre en la evolución, sin esperar nada de la selección natural, tal y como lo han hecho otras invenciones del ser humano. Lastimosamente como no existe tal mecanismo natural de prevención y control, solo queda adaptarse para poder sobrevivir.

2.3 Azar genético y moral individual

Que el motor de la genética sea el azar, constituye una condición inamovible en la naturaleza humana. Ni siquiera teniendo la herramienta artificial que permitiese burlar el principio de azar genético, ni la selección natural, se podría utilizar y tal principio seguiría siendo inamovible en el contexto biológico del hombre.

Es este el pensamiento que muchas veces tiene mayor relevancia al momento de implementar algún tipo de procedimiento que permita establecer certeza genética. Esta postura es la que se conoce como moral individual y es la que esquematiza el actuar del científico en una serie de deberes de carácter moral que prohíben cualquier forma de “agresión” a la estructura y sistema natural del hombre²¹.

Este argumento es producto de la concepción de que los deberes individuales constituyen obligaciones absolutas tanto hacia el cuerpo como hacia el alma, y que sin ella no existiría ningún otro deber ya que, en palabras de Lipovetxky:

“Solo puede sentirse obligado hacia los demás en la medida en que me obligo a mí mismo (...) La autonomía moderna de la ética ha elevado a la persona a categoría de valor central, cada individuo tiene la obligación incondicional de respetar a la humanidad en sí mismo, de no actuar contra el fin de su naturaleza, de despojarse de su dignidad innata²².

Lo anterior hace alusión a que el hombre tiene una estructura natural inmodificable e intocable, que constituye una humanidad en sí mismo, por lo tanto, una agresión contra su individualidad es un atentado a toda la humanidad. Esta condición natural se deriva del concepto Kantiano de dignidad humana, pues se entiende que se tiene tal por el simple hecho de ser humano.

El hombre tiene un valor interno absoluto, no puede disponer de sí mismo como un simple medio: el suicidio, al igual que la intemperancia o la pureza son actos intrínsecamente inmorales. (...) Los que trasgreden los deberes de la moral individual, atentan contra la dignidad de la humanidad en su propia persona y solo pueden provocar rechazo y desprecio²³

En teoría, entonces, y acogiendo la regla que se deriva de la moral individual, si el azar genético, propio de la selección natural, es una condición propia del ser humano, no se podría alterar, ni evitar de alguna forma, pues se estaría vulnerando su humanidad individual y general.

21 LIPOVETSKY, Gilles. Crepúsculo del deber. En: EDITORIAL ANAGRAMA, S.A., Barcelona 1994

22 *Ibid.*,

23 *Ibid.*,

Un ejemplo claro es la manipulación de embriones. Por medio de este procedimiento, utilizado, la mayoría de veces, en técnicas de reproducción asistida, es clara la manipulación e, incluso el desecho de embriones. Dentro del mundo bioético existen corrientes que consideran que el embrión es una vida humana en potencia y que por ende se le deben respetar, desde tal punto, su dignidad con todas sus prerrogativas como la de no ser tratado como medio sino como un fin.

Una muestra de la manipulación de embriones es la utilización del DGP para evitar enfermedades de transmisión hereditaria. Con este procedimiento se busca que por medio del análisis de los embriones se encuentren anomalías antes de introducirlos al útero materno. Así se logra identificar qué embriones tienen anomalías genéticas y cuáles no para luego utilizar los más sanos.

Este ejemplo, puesto al margen de la corriente de la moral individual, sería un grave atentado contra la dignidad. Pues en primer lugar se estaría infringiendo una regla natural que es el azar genético utilizando el análisis previo de embriones para predecir y garantizar certeza en la reproducción.

El azar genético y la moral individual son conceptos, que desde la óptica de la bioética moralista-kantiana, irán siempre de la mano. Burlar el principio evolucionista del indeterminismo genético por medio de las herramientas del momento solo se podría llevar a cabo por medio de técnicas que muchas veces consisten en la utilización, desde la mirada ética de sí mismo como un medio para llegar a un fin determinado.

2.4 Azar genético y hemofilia

La relación entre la hemofilia y el azar genético es clara. Padecer la hemofilia es producto de la lotería que se desarrolla en la posibilidad de heredar una enfermedad que alguno de sus ascendientes padeció o portó, pero para explicar mejor dicho fenómeno, se tomará la ilustración que hace la Federación Mundial de Hemofilia en su texto *La hemofilia en imágenes, guía del educador*, donde se evidencia de manera detallada el carácter hereditario de la enfermedad y la posibilidad de padecerla:

“La hemofilia es un trastorno de la coagulación recesivo vinculado al sexo, que generalmente se transmite a través de los genes de los padres, concretamente del cromosoma X. Las mujeres nacen con dos cromosomas X mientras que los hombres nacen con un cromosoma X y uno Y. Una mujer que tiene un cromosoma X normal y un cromosoma X defectuoso es considerada portadora incluso si no presenta síntomas de la hemofilia debido a que el cromosoma X normal compensa el gen defectuoso. La mujer portadora puede transmitir el gen de la hemofilia a sus hijos; en cada embarazo existe un 50% de probabilidades de que cualquier hijo varón padezca hemofilia y un 50% de probabilidades de que cualquier hija sea portadora, igual que la madre. (...) Cuando el padre tiene hemofilia y la madre no es portadora, el trastorno no se transmite a los hijos varones, pero todas las hijas mujeres necesariamente serán portadoras del gen de la hemofilia (portadoras obligadas)”²⁴.

Lo anterior muestra cuál es la ruleta rusa a la que se tendría que enfrentar una persona portadora o que padece la hemofilia para poder tener un hijo. Se habla de que una madre portadora tiene un 50% de posibilidad de transmitir el gen de hemofilia a una mujer portadora o a un varón que lo

24 Federación Mundial de hemofilia. *La hemofilia en imágenes, guía del educador*. Montreal, Quebec H3G 1T7

padecerá, el cual sabe, desde el principio, que su hijo varón no padecerá la enfermedad, pero que las mujeres que conciba serán portadoras obligadas²⁵.

Un ejemplo claro de la anterior situación es la familia de Diego, persona que fue entrevistada para la clínica jurídica con el fin de obtener información de primera mano. Este manifestó que su madre “tuvo cinco hermanos: una hermana, dos hermanos y ella con hemofilia y un hombre sano. (...) Aquí se evidencia la lotería que es heredar y padecer la hemofilia”

Ese es el riesgo al que se atienen las familias y personas que padecen y portan la hemofilia. Se convierte en un juego donde el interés de procrear está determinado e influenciado indiscutiblemente por el azar genético.

2.5 ¿Por qué el azar genético, en el que se ve inmerso la hemofilia, desdignifica?

Una familia que por generaciones ha padecido la hemofilia, queda inmersa en la inseguridad y el miedo al pensar en el tema de la reproducción como algo peligroso, inseguro y complicado, le toca vivir con la idea de que la reproducción tiene una alta probabilidad de que traer consecuencias negativas. A una pareja que padece o porta la enfermedad, sabe que probablemente su descendencia también la porte o la padezca.

Las familias que padecen enfermedades genéticas tienen muy clara esta situación de la procreación desde muy temprano, tal y como le evidencio el entrevistado Diego Cuartas al manifestar que “es muy difícil localizar o individualizar a una persona que quiera tener hijos, porque en general nosotros quedamos con ese matiz psicológico para no tener hijos, para no pasarles eso”.

Al momento de la enseñanza de la enfermedad al niño, los padres saben que debido a que su enfermedad se transmite hereditariamente, es muy posible que en caso de que tomen la decisión de procrear, esta padezca o porte la hemofilia. Estas personas crecen inmersas en este miedo que los acompleja, los acongoja y les desmejora su calidad de vida con respecto al ámbito familiar. Diego trae a colación un ejemplo de un muchacho “que no sale de la casa y se mantiene debajo de la cama. Estas condiciones en las que los muchachos odian de por vida le hemofilia porque desmejoran su calidad de vida”.

Esta percepción de la problemática es una clara muestra de cómo esta enfermedad, y el ambiguo mundo genético que les depara, desmejora sus vida desdignificándoles. Lanza al que padece la enfermedad a procrear jugando a la lotería de transmitir o no la enfermedad. Estas personas crecen con el pensamiento de que no pueden tener hijos por el hecho de no transmitir la enfermedad, de no permitir que alguien más tenga la carga de padecer la dolencia que ellos tienen. A su vez, asumen que si alguno de sus hijos la hereda, pasará por los mismos problemas por los que pasaron: las molestias fisiológicas, el proceso de adaptación a la enfermedad, los sobre cuidados por parte de la familia, más los problemas psicológicos que repercuten de por vida en su diario vivir.

3. DEMOSTRACIÓN DE COMO EL DGP ES UNA HERRAMIENTA QUE DIGNIFICA Y GARANTIZA CALIDAD DE VIDA

El Diagnóstico Genético Preimplantacional –DGP- al igual que como lo manifestó Emilio Yunis al referirse a la clonación, abre la posibilidad de dirigir la genética:

25 *Ibíd.*,

(La) evolución dirigida deja de ser evolución y para muchos se compromete el futuro de la especie. Selección y dirección de la dotación genética es poner fin a lo casual, y no hay nada más casual que el nacimiento y la existencia de cada uno de nosotros, lo que en forma tajante niega las nociones de destino y predestinación²⁶.

Al tener la genética las herramientas necesarias para poner fin al azar y al indeterminismo, se logra un gran avance para la evolución y a su vez para mejorar la calidad de vida de las personas. La humanidad a lo largo de su historia ha padecido dañosas enfermedades que han generado masivas muertes, pero esto ha sucedido en razón de que, al momento de la ocurrencia, no se contaba con las herramientas idóneas para poderlas evitar. Sin embargo, la historia también ha evidenciado momentos en los que el ingenio humano ha brindado herramientas que ha diseñado y descubierto para evitar grandes daños a la humanidad o ponerles fin.

Descubrimientos como la penicilina, la vacuna contra la malaria, las vacunas, en general, entre otras herramientas que han servido para que la humanidad tenga un mayor avance evolutivo y una vida más cálida. El ingenio del hombre se ha prestado a lo largo de la historia para la creación, hallazgos de herramientas que ayuden a llevar una vida con mayor calidad y llevadera para la especie humana.

Ese es el caso del Diagnóstico Genético Preimplantacional, el cual es:

Una técnica de prevención que se utiliza en reproducción asistida con la finalidad de detectar anomalías genéticas en el embrión. Se realiza en un ciclo de Fecundación in Vitro para seleccionar aquellos embriones que sean genéticamente correctos. (...) Es una técnica que se implementa antes de realizar la transferencia de embriones al útero materno en el proceso de la fecundación in Vitro²⁷.

Esto hace que sea una técnica de fundamental ayuda para aquellas personas que desean tener hijos, pero que en el registro de antecedentes familiares, se encuentran afectados por un gen de una enfermedad hereditaria; pero para el caso concreto de este trabajo de investigación formativa, ¿cómo beneficiaria la implementación de DGP a las personas que padecen, portan o tienen antecedentes de hemofilia y a sus familias? De ante mano y con el análisis que se ha hecho anteriormente se puede evidenciar que lo siguiente:

La hemofilia es una enfermedad que afecta el factor coagulante de la sangre, evitando que esta no se estanque al momento de que exista alguna hemorragia, pero, además, es una enfermedad que se trasmite hereditariamente y que su posible transmisión a la descendencia es segura y en algunos casos con una probabilidad de 50 – 50. La hemofilia produce muchas dolencias tanto físicas como mentales que generan una alteración de la vida plena de la persona que la padece o porta²⁸.

Las molestias físicas pueden ser desde las hemorragias internas y externas, dolores de las articulaciones, imposibilidad para caminar y dolores intensos; ya las dolencias mentales o morales, son debido a la incapacidad de adaptarse a la sociedad, el miedo a vivir normalmente, la imposibilidad para conseguir el tratamiento de factor coagulante, y el temor psicológico de procrear y tener hijos que padezcan la misma enfermedad que ellos padecen y que desmejora sus vidas.

Si la persona que padece hemofilia no logra conseguir el factor coagulante, que es el que permite que coagule bien su sangre, por un tiempo determinado, ellos padecerán todas estas dolencias

26 YUNÍS, Óp. Cit.,

27 Casado, L. G. (01 de 05 de 2014). Reproducción asistida Org. Obtenido de <http://www.reproduccionasistida.org/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>

28 Federación Mundial de hemofilia. La hemofilia en imágenes, guía del educador. Montréal, Québec H3G 1T7

físicas y psicológicas. Dicho miedo es real tal y como lo manifestaba Diego Cuartas en la entrevista, es un tratamiento que tiene que aplicarse tres veces a la semana y más o menos el tratamiento profiláctico puede estar facturando entre 58 y 60 millones de pesos por semana. Lo que genera ese acongojo y preocupación en la persona que la padece, pues vive muchas veces en la incertidumbre de si el Estado lo dará por siempre.

Pero más que ese miedo y molestia que genera la enfermedad, existe un miedo que puede ser mucho peor, que como se dijo anteriormente es el procrear. El miedo con el que ellos crecen es el saber que muy posiblemente, si toman la decisión de tener hijos, su descendencia padecerá la enfermedad o la portará ¿Quién no sufriría sabiendo tal verdad?

La Federación Mundial de Hemofilia tiene muy claro esto y por eso en sus libros de educación sobre la enfermedad, identifica el problema y da una posible alternativa para superarlo.

Dicha institución expresa que algunas de las opciones disponibles para las parejas afectadas por la hemofilia son: la concepción natural con la posibilidad de tener un varón con hemofilia o una hija portadora; la concepción natural con la realización de un diagnóstico prenatal; la fertilización asistida recurriendo a la donación de óvulos; la fertilización asistida recurriendo al diagnóstico genético previo a la implantación (DGP); y la custodia temporal o adopción de niños²⁹; pero como se analizará a continuación, la mayoría de ellas tiene y posee debilidades que no garantizarían de forma eficaz la hazaña de procrear sin transmitir la enfermedad.

La primera opción es la concepción natural, la más insegura de todas, pues deja todo en manos de la suerte y juega a la ruleta con las posibilidades de que de la unión de una pareja nazca un hijo sano, pero también aceptarían el riesgo de que, si su hijo nace afectado, puedan conseguir el factor que le ayudará a llevar una vida “normal”.

Como segunda opción se tiene en la concepción natural la realización de un diagnóstico prenatal, no difiere mucho del anterior, el único actor a agregar es este diagnóstico que llevará al hallazgo de si él que está por nacer se encuentra afectado o no por la hemofilia, y en caso de que sí esté afectado, poder tomar la decisión de si se quiere interrumpir el embarazo o, por el contrario, aceptar que el niño nazca con la enfermedad, lo cual podría llevar a una catástrofe psicológica en los padres debido a los conflictos morales que tendrían.

La tercera opción que es la fecundación in vitro con óvulos donados, sin duda alguna es una de las mejores alternativas cuando la mujer es portadora, pero ya el problema sería con las personas que quisieran tener su hijo con su propio material genético, no podrían hacerlo, y esto llevaría, también, a conflictos morales de la pareja en cuestión y una molestia más para su vida.

La cuarta, y última opción, desde un punto de vista objetivo, la que genera y presta más garantías para poder evitar el gen de la hemofilia, es el Diagnóstico Genético Preimplantacional.

Esta técnica permite que mediante la extracción del óvulo de la madre y la posterior fecundación por el espermatozoide, se puedan analizar luego los embriones producto de tal unión determinando cuáles embriones presentan anomalías genéticas, para luego solo implantar los buenos y más sanos. Eso permitiría que con certeza se conozca que el bebé no sufrirá la enfermedad y se podrá evitar la interrupción del embarazo.

Esto quiere decir que el DGP se convierte en el método y el mejor aliado de las parejas y familias que quieren tener hijos, pero que padecen hemofilia. Se convierte en la técnica que ayudaría a que

29 Federación Mundial de hemofilia, Óp. Cit.

los hijos no sufran los mismos padecimientos que sus padres. Evitaría que las familias luchen con un enfermedad, que tal y como lo manifestó Diego Cuartas, la padecen todos en el hogar.

El DGP se convierte en una técnica que dignifica a las familias y personas que padecen y portan la hemofilia, dándoles un aire de esperanza brindando certeza genética; y además, las dota de una herramienta que les permitirá crear una familia digna y con calidad de vida.

4 ESTRATEGIA DE LITIGIO

La estrategia de litigio para poder materializar los derechos de los hemofílicos y poder implementar el DGP es por medio de la tutela. La Corte Constitucional colombiana ha sido el órgano que más ha garantizado los derechos a la vida y a la salud por vía de tutela.

Lo anterior se puede corroborar en sentencias como la T-583 de 2007, donde la Corte determinó que amparado en el derecho a la salud y la atención integral, la EPS no podrá exigir copagos ni suscripción de pagarés al menor que padezca hemofilia. También, en la sentencia C-112 de 1998 la Corte manifiesta que en las urgencias de enfermedades de alto costo la atención debe de ser inmediata sin tener en cuenta periodos mínimos de cotización ni capacidad de pago.

Los derechos más invocados son el de la Salud integral y la vida. El alto costo que significa el tratamiento de la enfermedad, hace que muchas veces las EPS la niegan y es allí donde entra la labor de la tutela como herramienta que salvaguarda estos derechos fundamentales.

Diego Cuartas manifiesta que lograr dicho cometido no es fácil, debido a que no cuentan con las herramientas jurídicas idóneas para que esto sea ágil y eficaz. Él dice que solo tienen algunas herramientas procesales, unos principios emanados de la constitución, una línea jurisprudencial sobre la enfermedad de la hemofilia por parte de la Corte Constitucional y unos “principios de la ley 100 que, como expresa, “para trabajar desde la ley 100 se cuenta con los primeros artículos que son los principios. Solo cuento con eso y ya. Si usted se sale de ahí lo enredan más abajo y le dicen que no, que pague copago, que pague tal cosa”

La acción de tutela es la única estrategia litigiosa con la que cuentan los hemofílicos para mejorar su calidad de vida. Sus tratamientos deben de ser certeros e inmediatos, una demora en su tratamiento puede causar daños a su cuerpo, incluso la muerte, y es por eso que la tutela, debido a sus términos, les permite su cometido.

Por ello, para buscar la implementación del DGP en las familias y personas que portan y padecen la hemofilia se debe seguir el mismo camino con las mismas herramientas.

Ya la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencia al respecto, y de alguna forma ha permitido lograr el objetivo de las tutelas³⁰. Por lo tanto, no se puede perder ese rumbo y ese trabajo ya hechos con sus logros alcanzados.

Para argumentar la tutela se tomarán los derechos fundamentales a la salud, a la familia, a la dignidad humana y a la vida; se tomarán también las consideraciones de la Corte Constitucional con respecto a que es una enfermedad catastrófica, de alto costo y huérfana; y las disposiciones y decisiones que ha tomado con respecto a la realización de los derechos. En las pretensiones se pedirá que se implemente el DGP para que estas personas tengan hijos que no padezcan la hemofilia debido a que es muy posible su transmisión y, por ende no se puede tomar de manera natural.

Como prueba de lo anterior se deberá anexar un análisis y un examen que demuestre, que de la pareja, uno de los dos o los dos, padecen la hemofilia y el respectivo concepto médico que de fe de que son altas las posibilidades o que es seguro, que el hijo que nazca, de forma natural, adquirirá la enfermedad y la padecerá o la portará.

CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo de investigación formativa que se realizó se lograron hallar los elementos que dieron veracidad a la hipótesis de que sustentado en el principio de la dignidad humana, la implementación del Diagnóstico Genético Preimplantacional en personas con hemofilia debe ser considerada un derecho.

En un primer momento, se pudo determinar la relación que existe entre calidad de vida y dignidad humana y como dicho lazo que las une, no se puede romper debido a que uno depende del otro y tampoco se puede medir la dignidad humana sin los criterios y caracteres valorativos que determinan la calidad de vida.

En segundo lugar se pudo identificar en qué consistía el azar genético, sus antecedentes y su sustento histórico. Además, se logró concluir cual es la relación que existe entre el azar genético y la hemofilia, denominado como uno de los principios en los que gira la enfermedad, al azar, en razón a su cualidad hereditaria.

Como resultado de lo anterior, se logró precisar como el azar genético inmerso en el factor hereditable de la hemofilia, desdignifica al que la padece o la porta desmejorando su calidad de vida.

Para luego culminar, y como consecuencia del anterior, determinando al Diagnóstico Genético Preimplantacional como una herramienta que brinda certeza genética y, que para el caso concreto de la investigación, logra evitar el azar genético inmerso en la hemofilia, dignificando y garantizando calidad de vida.

Se logró alcanzar a determinar, como anteriormente se ilustró, que el DGP brinda esa certeza genética que le hace falta a las familias y personas que padecen y portan la hemofilia, ya que la enfermedad, en cuanto a la procreación, se mueve en torno al azar genético. La certeza genética que establece el DGP, libra a las familias de ese yugo del azar y les garantiza una vida más digna y con calidad.

Las dificultades para lograr encontrar dichos elementos que resolvieran el objetivo de esta clínica jurídica, fueron varios. El primero de ellos es el poco tratamiento socio-investigativo que se le ha dado al tema del DGP generando una escasez de antecedentes tanto en el ámbito nacional como internacional.

La segunda dificultad fue la poca regulación jurídica que hace que esta técnica de reproducción asistida viva en un limbo jurídico.

Ya solo les queda a los futuros investigadores, como resultado de esta investigación, analizar la aplicación de este mismo método de reproducción asistida, no solo para evitar la transmisión de otras enfermedades hereditarias, sino la prevención de todas las enfermedades raras mediante el Diagnóstico Genético Preimplantacional.

30 Sentencia C-112/98, Sentencia T-160/01, Sentencia T-066/12, Sentencia T-309/11, Sentencia T-583/07, Sentencia T-727/12, Sentencia T-1067/05, Sentencia T-246/10, Sentencia T-057/09, Sentencia T-481/11.

Referencias

CASADO, L. G. (01 de 05 de 2014). Reproducción asistida Org. Disponible en: <http://www.reproduccionasistida.org/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>

Chile, U. d. (16 de 05 de 2014). Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.uchile.cl/portal/investigacion/programas-de-investigacion-domeyko/linea-salud/proyectos-e-iniciativas/calidad-de-vida-y-envejecimiento/52317/descripcion>

GILABERT, N. F. (s.f.). Reproducción Asistida ORG. Disponible en: <http://www.reproduccionasistida.org/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>

LIPOVETSKY, Gilles. Crepúsculo del deber. En: EDITORIAL ANAGRAMA, S.A., Barcelona 1994

Federación Mundial de hemofilia. La hemofilia en imágenes, guía del educador. Montreal, Québec H3G 1T7

LIRAS Antonio / Departamento de Fisiología. Facultad de Biología. Universidad Complutense de Madrid - *Disponible* en: <http://www.hemofilia.com/fedhemo/que-es-la-hemofilia/conceptos-basicos/la-hemofilia/>

LÓPEZ, Édgar Antonio. Dignidad humana, diversidad cultural y calidad de vida. En: Revista Latinoamericana de Bioética. vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 28-39, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

YUNIS, Emilio. Evolución o creación, genomas y clonación. En: NÓMADAS

MAEYER, P. D. (13 de julio de 2011). Tonibandin's Weblog. Obtenido de <http://tonibandin.wordpress.com/2011/07/13/alemania-el-diagnostico-genetico-preimplantacional-se-convierte-en-ley/>

SALUSPOT. Hemofilia: tipos y consecuencias de las hemorragias. [en línea] (08/04/2012.) [consultado 2014-05-29]. Disponible en: <https://www.saluspot.com/articulos/2910-hemofilia-tipos-y-consecuencias-de-las-hemorragias>

SCHWARTZMANN, Laura. Calidad de vida relacionada con la salud: Aspectos conceptuales. *Cienc. enferm.* [online]. 2003, vol.9, n.2 [citado 2014-05-29], pp. 09-21 Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-95532003000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0717-9553. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95532003000200002>.

VELARDE-JURADO, Elizabeth y AVILA-FIGUEROA, Carlos. Evaluación de la calidad de vida. *Salud pública Méx* [online]. 2002, vol.44, n.4 [citado 2014-05-29], pp. 349-361 . Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342002000400009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0036-3634.



Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Dos amigas Emberas pintadas, una con la figura del boa (izq.) y la otra con una simbología abstracta (der.). Estas figuras tradicionalmente tenían usos medicinales, para curar ciertas enfermedades. Chocó, Colombia.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7083/7309171606_7e440e7879_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0



Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Una madre e hija Nukak. Numerosas enfermedades a raíz de su primer contacto con el mundo afuera en 1983, y la invasión del conflicto armado en su territorio, han reducido sus números a menos de 500 hoy en día y su cultura va desapareciendo rápidamente. Guaviare, Colombia.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7234/7309169922_330d9d3de1_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0

¿Conflicto o genocidio? a propósito de la última incursión militar Israelí en la Franja de Gaza*

Por: Sergio Andrés Giraldo Galeano**

El ex –canciller e historiador israelí SCHLOMO BEL-AMÍ ha concluido que a partir de 1948, cuando se produce la primera expulsión de los palestinos de su propio territorio a manos del ejército de Israel, se puso en práctica “la filosofía sionista de la transferencia”; o lo que equivale a afirmar, que el desplazamiento forzado del pueblo palestino obedeció a la primera etapa de un plan diseñado en el siglo XIX por el movimiento político conocido como *sionismo*, cuya conformación lideró Theodor Herzl y que se propuso como objetivo principal reunir a los judíos víctimas de la diáspora para que poblaran nuevamente las tierras alejadas a Jerusalén. Así lo reconoce el también historiador –pero ultraderechista- BENNY MORRIS, tozudo defensor de la teoría del “choque de civilizaciones” y heraldo del sionismo, para quien desde 1948 el Estado Israelí mantiene una política de exterminio étnico, justificable, eso sí, por la amenaza que representa para su pueblo la hostilidad palestina.

Ambos autores son judíos y desde orillas opuestas han llegado a las mismas conclusiones: primero, la ocupación Israelí sobre la Palestina no se debió a la necesidad coyuntural de proteger a los judíos que sobrevivieron a los Campos de Concentración,

* El presente ensayo es fruto del Foro “Aspectos políticos, jurídicos e históricos del conflicto palestino- israelí”, realizado el 8 de agosto de 2014 en la Universidad de Sabaneta y que estuvo motivado por la intervención militar del Ejército Israelí a la Franja de Gaza en ejecución de la operación denominada Margen Protector. Dicho evento fue organizado por el Núcleo de Fundamentación de la Facultad de Derecho y en él participaron como conferencistas los profesores SERGIO ANDRÉS GIRALDO GALEANO (Coordinador), JUAN MAURICIO ÁLVAREZ AMARILES, CARLOS MARIO GARCÍA RAMÍREZ, JUAN ESTEBAN MONTOYA HINCAPIÉ, OSCAR MAURICIO CASTAÑO Y FELIPE BURGOS.

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Docente investigador de tiempo completo de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-. Correo electrónico: sergio.giraldo@unisabaneta.edu.co

sino a la ejecución minuciosa de un plan trazado a finales del siglo XIX para propiciar el retorno de los judíos al mismo lugar de donde fueron expulsados en el año 135 (E.C) por los romanos; segundo, que salvo la guerra de 1948, todas las demás confrontaciones bélicas de Israel¹ contra Palestina, o contra la Liga Árabe, no fueron defensivas sino de agresión; y, tercero, que en el Estado Israelí existe un interés velado por exterminar al pueblo palestino lo cual ubica el conflicto en el escenario del genocidio.

Debemos a Leopold Von Ranke, padre de la Historia científica, el reconocimiento a los condicionamientos subjetivos de los que adolece la narración histórica, por lo que realmente es el historiador, el narrador de los hechos pasados, quien reparte “la dádiva y el vituperio”; y esto lo llevó a afirmar que los postulados morales, las posturas políticas y la ideología misma afectan la lectura historiográfica. De acuerdo a lo anterior, no es posible hablar de una “historia objetiva”, y más complejo aún se torna el asunto cuando tras la narración histórica se ocultan los intereses de quienes detentan el poder. Es por ello, precisamente, que la Historia se dedicó durante mucho tiempo al estudio de los que se tuvieron por Grandes Hechos o Grandes Biografías, como las guerras, las invasiones, los cambios en las líneas de sucesión monárquicas, la hagiografía o las proezas de los Héroes; todo ello para legitimar el statu quo y perpetuar los factores de dominación presentes en la sociedad. Si en el pasado se encuentran las claves para comprender el presente y para proyectar el futuro, quien narra la Historia justifica, en gran medida, las estructuras de poder actuales. Esto explica el por qué las Academias de Historia no surgieron con independencia del poder estatal, sino que, por el contrario, encontraron en él su fomento y auspicio. En este sentido, la Historia es un régimen de la Verdad Oficial que construye una imagen amañada de un pasado que sólo es narrado, como bien lo dijese BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “*desde el punto de vista del vencedor, no del vencido; desde la mirada del cazador, no de la presa*”.

Debido a esta apropiación de la verdad por parte del discurso histórico autorizado, le correspondió a la literatura, especialmente a la novela, asumir la narración de los sucesos propios de la cotidianidad de los estratos más bajos de la sociedad y de las vidas precarias que para el Poder resultaban deleznable. Así lo demuestra la novela social decimonónica y así lo reconoció VÍCTOR HUGO para quien “*la labor de la literatura no es narrar los grandes hechos históricos, sino hacer interesantes los pequeños*”. De otro lado, el relato histórico aceptado recurre a la ridiculización del análisis histórico alternativo. Como ejemplo de lo anterior podemos citar el caso de SCHLOMO SAND quien es reconocido en el mundo académico por sus amplios conocimientos en historia hebrea, expuestos en libros como “*La invención del pueblo hebreo*” y “*La invención de la tierra de Israel*”, y que a pesar de ello ha recibido los más feroces ataques porque, como resultado de sus investigaciones, descubrió que la expulsión de los judíos a manos de los emperadores romanos es falsa.

Lo que acaece en Palestina es la prueba de que la Historia nos ha sido contada por el vencedor, el poderoso, el conquistador. Más todavía, dicha narración sesgada se refuerza a favor de los intereses

1 Es decir las de 1956 (Guerra del Sinaí); 1967 (Guerra de los 6 días); 1968 (Guerra del Canal de Suez); 1973 (Guerra de Yom Kipur); 1982; 1987- 1991 (Primera Intifada o Levantamiento conocida como la Intifada de las Piedras); 2000- 2005 (Segunda Intifada conocida como la Intifada de Los mártires de al- Aqsa)

del Estado Israelí gracias al bombardeo de información que se fabrica todos los días en monstruosos centros de producción mediática como FOX, CNN, CBS, HBO o BBC. Pero es más patente aún la forma en que son dispuestos los hechos históricos para justificar el militarismo de Israel, en la programación de canales de influencia mundial como Discovery Channel, History Channel o National Geographic. No es de extrañar, de acuerdo a lo anterior, que justo cuando Israel reinicia sus ataques sobre Gaza o Cisjordania estas cadenas televisivas comiencen a transmitir y a retransmitir con asiduidad, documentales e investigaciones en los que se invocan los espantos del Holocausto².

No se han marchitado las palabras del Premio Nobel de Literatura José Saramago, quien en 2002 escribió una corta reflexión titulada “*De las piedras de David a los tanques de Goliat*” en la que expresó con indignación lo siguiente:

Israel quiere que todos nosotros nos sintamos culpables, directa o indirectamente, de los horrores del Holocausto; Israel quiere que renunciemos al más elemental juicio crítico y nos transformemos en un eco dócil de su voluntad; Israel quiere que reconozcamos de iure lo que, para ellos, es ya un ejercicio de facto: la impunidad absoluta. Desde el punto de vista de los judíos, Israel no podrá ser nunca sometido a juicio, porque fue torturado, gaseado e incinerado en Auschwitz. Me pregunto si aquellos judíos que murieron en los campos de concentración nazis, aquellos que fueron perseguidos a lo largo de la historia, aquellos que murieron en los pogromos, aquellos que quedaron olvidados en los guetos, me pregunto si esa inmensa multitud de desgraciados no sentiría vergüenza al ver los actos infames que están cometiendo sus descendientes. Me pregunto si el haber sufrido tanto no sería el mejor motivo para no hacer sufrir a los demás.

Desde hace 4000 años, según lo ha establecido la historia oficial, el pueblo de Israel pasó por el dominio egipcio, el cautiverio en asiria y babilonia, el sometimiento impuesto por el Imperio Persa, la ocupación romana, la expulsión de Palestina, el antisemitismo de la Europa cristiana, los pogromos y, finalmente, el azote Nazi. Como vemos, la persecución contra los judíos no comenzó con Hitler. Es cierto que el nacionalsocialismo llevó la animadversión por los judíos al extremo, pero no la inauguró. Sin embargo, lo ocurrido en Auschwitz o en Treblinka sirvió para que los judíos obtuvieran el apoyo mundial en la recuperación de su legado espiritual, lo cual, según el sionismo, no podría realizarse sino en Palestina.

Llama poderosamente la atención de los historiadores alternativos que aunque en los campos de concentración no sólo se asesinaron judíos, sino también homosexuales, eslavos, gitanos, discapacitados y seres humanos que eran considerados “*inferiores*”, todas las medidas de protección y todas las garantías para que no se repitieran los sucesos de la Segunda Guerra Mundial, se pensaron siempre en función de realizar el Estado Israelí lo cual, como se advirtió, ya estaba previsto en los planes sionistas.

Es un error pensar que la dinamita comenzó a arder en Palestina luego de que la Organización de Naciones Unidas, en 1947; es decir, dos años después de la Segunda Guerra Mundial, autorizara

2 Esto sin mencionar la andanada de señalamientos que se lanzan contra aquellos trabajos en los que se plantea la necesidad de releer los hechos relacionados con la persecución de los judíos durante el régimen Nazi, en lo atinente a las cifras de exterminio y a la utilización de cámaras de gas para este fin.

la emigración de los judíos. El fuego en realidad fue encendido por el Imperio Inglés (Declaración Balfour de 1917) y por el Estado francés que, después de aliarse con los pueblos del Medio Oriente para derrotar al Imperio Turco durante la Primera Guerra Mundial, prometieron a un mismo tiempo, tanto a árabes como a judíos, el control sobre el territorio palestino. Pero Inglaterra se adelanta y toma la decisión de custodiar el retorno a Palestina de los primeros 35.000 judíos en 1919, provocando con ello la inconformidad del mundo árabe, que será llevada en 1936 al paroxismo con la “Revuelta Árabe”.

Las Naciones Unidas, una vez derrotado el Tercer Reich, dividen el territorio palestino para que en él se organicen dos Estados separados, el de Israel y el de Palestina; mientras que la ciudad de Jerusalén, por ser lugar de veneración para las tres grandes religiones monoteístas, quedaría bajo la protección internacional. Pero la medicina se tornó pronto en veneno puesto que, desde nuestro punto de vista, las tensiones en la región aumentaron, precisamente, con la fragmentación arbitraria de los territorios árabes por parte de las potencias que salieron victoriosas de la Primera Guerra Mundial. Antes de estos sucesos las comunidades judías y musulmanas convivían pacíficamente en el mismo territorio manteniendo el respeto mutuo en medio de su diversidad.

Ahora bien, aunque los primeros enfrentamientos entre Israel y Palestina no datan de 1947, sí es a partir de ese año cuando los judíos comienzan a utilizar el terrorismo para ocupar los territorios que históricamente habitaron los palestinos, como sucedió en la masacre de Deir Yassin (abril de 1948) en la que mueren 120 palestinos y que marca el inicio de la *nachba* (la catástrofe) y obliga a 700.000 de ellos a huir. La mencionada masacre se ejecutó en una aldea cercana a Jerusalén, todavía administrada por el Mandato Británico de Palestina, lo que ha llevado a pensar que en su perpetración fue determinante el silencio inglés. Tal complicidad se hizo más evidente cuando el primer ministro judío-polaco, David Ben Gurión, declaró la creación del Estado de Israel el 14 de mayo de 1948, casualmente, un día antes de que los británicos abandonaran de manera definitiva a Palestina. Sin embargo, los ingleses mantuvieron el apoyo militar al ejército israelí, en tanto se dispusieron medidas de control extremas en las fronteras con Líbano, Siria, Jordania y Egipto a fin de impedir que llegara ayuda armada a las manos de los palestinos. Desde aquellos años hasta ahora el conflicto ha sido desigual. Hoy en día Israel conserva el respaldo militar, pero también económico, tecnológico y mediático, no sólo de Inglaterra, sino de otras potencias europeas y, especialmente, de Estados Unidos, quien se ha constituido en su principal aliado.

¿Existe un verdadero conflicto entre Israel y Palestina o se trata de un genocidio, teniendo en cuenta que mientras una de las partes goza de ventaja militar y protección internacional, a la otra se le ha impuesto un bloqueo militar, económico e informativo que le impide responder a los ataques que recibe? Debemos remontarnos a 1967, justo después de la finalización de la Guerra de los Seis Días (entre el 5 y el 10 de junio), cuando Israel cuadruplicó su tamaño, desplazando a más de un millón de palestinos, e invadiendo extensos territorios en los Altos de Golán, Cishordania y Gaza.

Como respuesta a esta ocupación ilegal, la ONU dictó la Resolución 242 de 1967, en la que se le impuso a Israel la devolución de los territorios ocupados. Sin embargo, Israel se ha negado a cumplir esta resolución y, por el contrario, se ha adentrado todavía más en los territorios palestinos, incrementando su asedio a través de acciones violatorias de los Derechos Humanos, como en el

caso del Muro construido en Cisjordania, el mismo que también fue considerado ilegal en julio de 2004 por la Corte Internacional de Justicia debido a que se construye en Territorios Palestinos Ocupados. Esta es la razón por la cual el derecho internacional considera que Israel es un Estado que ha violado permanentemente lo acordado. Israel ha trasgredido las medidas de edificación de confianza tan caras a un Proceso de Paz, que desde el encuentro en Madrid (1991) y pasando por los Acuerdos de Oslo (1993), se ha caracterizado por el incumplimiento de lo pactado.

Según NORMAN FINKELSTEIN, intelectual norteamericano cuyos padres padecieron en el Gueto de Varsovia y en el campo de concentración de Majdanek, es claro que la Resolución 242 de la ONU (1967) estableció la “inadmisibilidad de la anexión de territorios por Guerra” y que el artículo 49 de la Cuarta Convención de Ginebra prescribe que *“es inadmisibile que una potencia invasora transfiera su población al territorio ocupado”*, por lo tanto las colonias judías son una violación al derecho internacional y es evidente que Israel conquistó Gaza y Cisjordania por la guerra. A ello se debe la denominación de “Territorios Palestinos Ocupados” (TPO), lo que indica, por lo tanto, que no se trata de territorios en disputa. Consecuentemente, FINKELSTEIN manifiesta que la controversia es artificial –no hay conflicto- y su único fin es distraer a la opinión pública de los verdaderos intereses que se ocultan detrás de la ocupación israelí.

Israel se ha negado sistemáticamente a dar aplicación a la resolución de la ONU y a los fallos de las Cortes Internacionales. De igual manera el ala más radical y recalcitrante del sionismo se ha opuesto a un eventual acuerdo de paz con Palestina y con el Mundo Árabe, lo cual puede evidenciarse con los atentados terroristas de 1994 en la ciudad sagrada de Hebrón y el asesinato del Primer Ministro Israelí Isaac Rabín en 1995. El terrorismo fue utilizado para interferir en los avances que se habían presentado durante las reuniones de Oslo (1993) y que más tarde llevaron al histórico apretón de manos, precisamente, entre Isaac Rabín y Yasir Arafat (fundador y presidente de la Organización para la Liberación de Palestina, OLP) ese mismo año en Washington. El terrorismo sigue siendo esgrimido al impedirle a la población palestina acceder a alimentos, medicinas y crear acuerdos comerciales con otras naciones del planeta. Gaza y Cisjordania son realmente las dos cárceles a cielo abierto más grandes del mundo.

La impunidad ha estado garantizada -hasta el momento- para el Estado de Israel gracias al respaldo que recibe del Gobierno de Estados Unidos, también acostumbrado a la ilegalidad y a imponer su poderío económico- militar sobre el derecho de otros pueblos a auto-determinarse. Para ZEEV MAOZ, autor de *Defendiendo la tierra* y ex –director del Centro Jafee de estudios estratégicos de la Universidad de Tel- Aviv, *“la experiencia de la guerra israelí es una historia de insensatez imprudencia y trampas autogeneradas; ninguna guerra, excepto la de 1948, conocida como la guerra de independencia, fue una guerra de necesidad. Fueron guerras por elección o insensatez”*. Debemos aclarar que si la guerra no es defensiva sino de agresión, el agresor debe ser sancionado con base a los estatutos de la ONU.

Finalmente, la última operación militar israelí sobre Gaza denominada “Margen Protector” evidenció la desigualdad de esta guerra. Mientras la fuerza aérea de Israel llevó a cabo más de 3.000 operaciones militares sin que sus aviones sufrieran el menor daño, Gaza padeció la destrucción en su infraestructura, lo que incluyó ataques a hospitales, barrios ocupados por civiles y a dos escuelas que estaban bajo la protección de la ONU. Pero lo sucedido entre el 8 julio y el 26 de agosto de este

año no cabe dentro del concepto de guerra, establecido por el Derecho Internacional. En efecto, no se trató de una guerra como lo anunciaban los titulares de los noticieros. Así lo reconoció el mismo Estado israelí. Parecía más bien un entrenamiento militar en el que Israel pudo ensayar su armamento de última tecnología con total impunidad.



© Piers Calvert

Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Niña Embera pintada con 'jagua' con la forma del 'chaqueta' por su referencia visual al animal oso chaqueta. Chocó, Colombia.

Fuente: https://farm9.staticflickr.com/8005/7309164986_af37779686_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0



Autor: Piers Calvert / UNHCR/ACNUR Américas

Descripción: Una niña Nukak pintada con achote. Numerosas enfermedades aparecidas a raíz de su primer contacto con el mundo exterior en 1983 y el conflicto armado en su territorio han reducido su número a menos de 500 hoy en día. Guaviare, Colombia.

Fuente: https://farm8.staticflickr.com/7092/7309174022_e8ce2ce77d_b.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0



Mayores Informes: 301 18 18
www.unisabaneta.edu.co
Calle 75 Sur N° 34 - 120
Sabaneta - Vía La Doctora

SÍGUENOS @unisabaneta



revista
Innova

www.unisabaneta.edu.co/innova



Unisabaneta
Innovación y Emprendimiento para la paz