

**LA OBLIGATORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD FRENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA**

PRESENTADO POR:

GHERALDINE GIBETH GÓMEZ GÓMEZ

DOCENTE ASESORA

DORIS ORTEGA GALINDO

INFORME FINAL DE TRABAJO DE GRADO

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

CARTAGENA DE INDIAS, BOLIVAR, 2019

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
PALABRAS CLAVES	1
ABSTRACT	1
KEYWORDS	1
1. INTRODUCCIÓN	2
2. EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA	5
2.1. Marco histórico de la salud en Colombia	5
2.2. El derecho fundamental a la salud y su marco jurídico	11
2.3. El Sistema General de Seguridad Social en salud	25
3. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	26
3.1. Antecedentes históricos de la OMS	27
3.2. Naturaleza jurídica, fines misionales, estructuras y atribuciones de la OMS	31
3.3. Las resoluciones de la OMS y el Derecho Internacional Público	40
3.3.1. Los tratados internacionales	42
3.3.2. La costumbre internacional	43
3.3.3. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas	

3.3.4.	Decisiones de los tribunales y doctrina	45
3.3.5.	Otras fuentes del Derecho Internacional Público distintas a las descritas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	46
3.3.6.	El Soft Law	48
4.	CONCLUSIONES	54
5.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

**LA OBLIGATORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD FRENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA**

RESUMEN

Mediante la presente monografía se esgrime un análisis descriptivo en lo que concierne al alcance de aplicación de las resoluciones adoptadas por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) frente a las normas que rigen el sistema general de seguridad social en salud dentro del Estado Colombiano.

PALABRAS CLAVES

OMS, Resoluciones, Derecho Suave, Derecho Internacional, Salud, Seguridad Social.

ABSTRACT

Through this monograph, a descriptive analysis is used regarding the scope of the application of the resolutions issued by the World Health Organization (hereinafter WHO) as to the rules governing the general social security system in health within the Colombian state

KEYWORDS

WHO, Resolutions, Soft Law, International Law, Health, Social Security.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad esencial en lo que se refiere a esta monografía se circunscribe en analizar si las resoluciones emitidas por la OMS son vinculantes o no dentro del ordenamiento jurídico que acompaña y regula todo lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud (en adelante SGSSS).

Antes de ahondar en lo anterior, es pertinente tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política, Colombia está constituido como un Estado Social de Derecho, concepto que trae consigo una serie de garantías fundamentales que abarcan la persona desde el ámbito individual y se extiende al mismo en el ámbito colectivo, es decir, frente a la sociedad en que se desenvuelve.

Esto significa que el Estado adopte un criterio asistencialista dentro del concepto de igualdad material, especialmente, en favor de la población más vulnerable o en situación de debilidad manifiesta, con el propósito de garantizar la existencia de una vida digna en pro de todas las personas que habitan el territorio nacional.

Para tal efecto, el Estado está adscrito a sistemas internacionales para la promoción y protección de los DDHH; así, desde el marco universal, tenemos que Colombia es un Estado miembro de la ONU, y ha suscrito y ratificado una serie de tratados e instrumentos internacionales a partir de allí, como lo son la Declaración Universal sobre los DDHH, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, etc.; y desde el ámbito regional, encontramos que Colombia es miembro de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), en donde también se han suscrito y ratificados tratados e instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), el Protocolo de San Salvador, entre otros.

Los tratados mencionados, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros, están introducidos en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 superior; a su vez, todos ellos conforman las fuentes principales y torales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En el contexto del sistema universal, encontramos la OMS, la cual define la salud no solamente como la carencia de afecciones y enfermedades, si no como un estado de completo bienestar físico, mental y social. El fin misional de este organismo es la búsqueda del nivel más amplio de salud individual y colectivo en el mundo, por lo cual, trabaja en una mejora constante del nivel de salud.

Bajo este entendido los países que integran la OMS, adoptan un modelo legislativo en materia de salud y desde sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, prevén el mecanismo para la protección en caso de que este derecho se encuentre vulnerado.

En ese sentido, resulta pertinente tener en cuenta que, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y las demás normas que la modifican y reglamentan, el aseguramiento de la salud como servicio público esencial se estructuró en Colombia bajo un esquema de libre competencia, a través del cual, se facultó a los particulares para la prestación del mismo.

De acuerdo con el preámbulo de dicha Ley, la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

En consonancia con lo anterior, el artículo 2 ibídem, señala que el SGSSS se desarrollará bajo los principios de la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, entre otros.

Sin embargo, dicha prestación del servicio de salud no solo está supeditada a la inspección y vigilancia estatal mediante la regulación jurídica interna, sino que todos los sujetos que intervienen en este sector, deben observar y cumplir una serie de principios y estándares regidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política, que introduce el mencionado bloque de constitucionalidad, el cual implica que los derechos y deberes consagrados en nuestra norma superior se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Dicha interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo le corresponde a los órganos jurisdiccionales, sino que se extiende a las autoridades públicas y los particulares que tienen obligaciones de protección y garantía respecto de esta clase de derechos.

De esa manera, es evidente que todos los sujetos que intervienen en la prestación del servicio de salud, tienen que aplicar los estándares que los órganos que conforman el sistema universal y el sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos establezcan para tal fin.

Sin embargo, no todos los instrumentos que surjan del derecho internacional público tienen el carácter vinculante, pues las fuentes de las obligaciones en esta rama del derecho son los tratados y las convenciones internacionales en vigor; el derecho consuetudinario internacional; los principios generales del Derecho; así como las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ)

Lo anterior genera dificultad a la hora de establecer si las resoluciones o decisiones que expide la OMS tienen fuerza vinculante, pues dichos actos jurídicos en principio no pueden equipararse a las fuentes del derecho internacional antes dichas, aun cuando, sin duda alguna, constituyen una herramienta importante para la promoción y protección de derechos humanos como la vida, integridad personal y salud en el sistema universal antes citado.

De allí radica la importancia de este trabajo de grado, pues, en cualquier caso, claramente contribuirá al debate jurídico suscitado alrededor de lo anterior. Así las cosas, procedo desenvolver la propuesta de monografía, para lo cual, en primer lugar se expondrá lo relacionado al derecho a la salud en Colombia, incluyendo su marco histórico, su marco jurídico y la descripción de cómo funciona el sistema general de seguridad social en salud; en segundo lugar, se abordará lo atinente a la OMS, es decir, sus antecedentes históricos, naturaleza jurídica, atribuciones, competencias, estructura, y su relación con el derecho internacional público, y por último, se harán las conclusiones y recomendaciones a que haya lugar.

2. EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

2.1. Marco histórico de la salud en Colombia

Los antecedentes históricos más recientes del sistema de seguridad social en Colombia pueden acogerse a partir de los años 1945 y 1946, en los que fueron creadas, respectivamente,

instituciones como la Caja Nacional de Previsión y el Instituto de Colombiano de Seguros Sociales, que a la postre pasaría a denominarse en el Instituto de Seguros Sociales y que en la actualidad lo distinguimos como Colpensiones. Estas entidades, así como las funciones que les fueron conferidas, estuvieron inspirada en la denominada Ley del Seguro Obligatorio, expedida por el reconocido *Bundeskanzler* germano Otto Von Bismarck en el año 1883, tal y como nos enseña el profesor Iván Jaramillo Pérez (1994, pág. 184).

La profesora Fortich Lozano (2012, pág. 17), nos enseña la historia de la seguridad social en Colombia a partir de 3 épocas, la primera de ellas hace alusión a la creación de las entidades mencionadas, y complementa el particular en el sentido que las constituciones que le precedieron a la actualmente vigente – la Constitución Política de 1991 –, abordaban la salud desde un plano eminentemente colectivo y como servicio, y se denominaba como salubridad pública.

Destaca la referida profesora que en esta misma etapa, en 1950 se sumaron las cajas de compensación familiar; posteriormente tiene lugar la segunda época, la cual “corresponde al proceso de declinación del sistema nacional de Salud, entre los años setenta y finales de los ochenta. A finales de los sesenta la salud empezó a considerarse como una inversión y no como un gasto” (Fortich Lozano, 2012, pág. 18).

En 1969, mediante la Ley 39, se creó el Plan Nacional Hospitalario, reglamentada por el Decreto 161 de 1971, y ulteriormente, mediante los decretos 056 y 350 de 1975, se desarrolla el Sistema Nacional de Salud, el cual rigió hasta inicios de la década de los 90’s.

La tercera época, distingue la referida autora, comprende el periodo surgido con la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 49 consagra que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción,

protección y recuperación de la salud. De igual forma, dispone que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; y entre otras cosas, agrega que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Efectivamente, se expide la Ley 100 de 1993, que pretende recoger los mandatos constitucionales antes señalados, según los cuales la salud como servicio público esencial ha de desarrollarse bajo los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. Así pues, la salud pasa a formar parte de un integral sistema de seguridad social, en el que se incluyen el sistema de pensiones, el de riesgos laborales y los servicios sociales complementarios.

En 2015, se expide la Ley Estatutaria 1751 de 2015, mediante la cual se regula la salud como derecho fundamental, reafirmando lo que con antelación había sido desarrollado por la Corte Constitucional en su precedente a partir de la sentencia T-016 de 2007, puesto que antes de ello, la doctrina y jurisprudencia constitucional, consideraba que este derecho era de los denominados de segunda generación, y por lo tanto, no podía considerarse autónomamente como derecho fundamental susceptible de protección a través de la acción de tutela, prevista en el artículo 86 superior.

En esa medida, quien estuviera frente a una vulneración de su derecho de salud, y requiriera su protección a través de la acción de tutela, debía acreditar una conexidad entre este y otro derecho

que si tuviera la naturaleza de fundamental, en la medida en que estuviera dentro de la clasificación de los derechos civiles y políticos, como los derechos a la vida e integridad personal, etc.

Como se expuso, en la sentencia T-016 de 2007 antes comentada, y acudiendo a la interpretación de distintos instrumentos internacionales, la Corte Constitucional modificó la tesis anterior, aclarando que la salud era un derecho fundamental autónomo, y por ende, su protección a través de la acción de tutela era procedente, sin que las personas tuvieran que demostrar conexidad entre la supuesta vulneración de ese derecho respecto a otros derecho catalogados como fundamentales.

En ese sentido, la Corte Constitucional comienza señalando lo siguiente:

8.- En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental.

9.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que **todos** los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.

10.- De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la

manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Lo anterior como se dijo, contribuyó en demasía para la expedición de la Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la salud, tal y como se puede recoger de la exposición de motivos de la misma, cuando el Senado de la República señaló, lo siguiente:

Resulta imperioso, atender las sugerencias que ha venido demarcando la Corte Constitucional acerca de lo indispensable del derecho a la salud para el goce y ejercicio efectivo de los demás derechos. De tal suerte, que, por medio de este proyecto de ley, se busca asegurarles a todas las personas que residen en el país una real garantía y

protección para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. (Proyecto de Ley Estatutaria número 209 de 2013 Senado, 2013, pág. 3). (Negritas fuera del texto).

Posteriormente, se expide el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, el cual no es más que un acto administrativo cuyo fin es la compilación y organización normativa referente a la salud, es decir, recoge y aborda las disposiciones pertinentes de este sector.

2.2. El derecho fundamental a la salud y su marco jurídico

El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la salud, cuando en la segunda parte de su primer inciso dispone que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En desarrollo de este derecho fundamental, el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, señala que este comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

Por su parte, el artículo 10 del protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de San Salvador”, dispone sobre el particular, lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. (1988).

Pese a la existencia de una normatividad muy explícita respecto de lo que significa el derecho fundamental a salud en Colombia, lo cierto es siempre ha existido una crisis caótica y múltiples barreras en el sistema que imposibilitan a gran parte de la población colombiana de gozar plenamente de este derecho.

Lo anterior ha sido objeto de preocupación por parte de la Corte Constitucional, al punto que ha expedido amparos estructurales de este derecho, especialmente, en la sentencia T-760 de 2008, donde se dijo lo siguiente:

La problematización de los casos concretos explicada en el aparte anterior, más allá de describir situaciones particulares de usuarios del sistema de salud refleja un problema estructural del Sistema de Seguridad Social en Salud generado, entre

otros, por diversas fallas en la regulación. Como lo ha señalado la Corte Constitucional, el derecho a la salud de las personas en los casos concretos depende, “(...) entre otros factores, de la existencia de un marco normativo adecuado del sistema de seguridad social en salud. Es decir, para poder garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, el Estado debe expedir las reglas necesarias e idóneas para organizar el Sistema. Carecer de ellas o tener unas inadecuadas puede ser tan grave como carecer de recursos para atender a los pacientes.”

Por esta razón, la adopción de órdenes encaminadas únicamente a resolver los casos concretos es insuficiente ya que, además de que las mismas situaciones se siguen presentando reiteradamente, el número de tutelas para acceder a servicios de salud tiene una sólida tendencia a crecer, como lo muestra el siguiente cuadro basado en un informe adelantado por la Defensoría del Pueblo.

Tutelas interpuestas para proteger el derecho a la salud

Año	Número	Participación en total de tutelas
1999	21.301	24,7%
2000	24.843	18,9%
2001	34.319	25,8%
2002	42.734	29,7%
2003	51.944	34,8%
2004	72.033	36,4%
2005	81.017	36,1%

Fuente: Informe de la Defensoría del Pueblo, *"La Tutela y el Derecho a la Salud: Periodo 2003-2005"*, a partir de datos de la Corte Constitucional.

Al respecto, en la parte resolutive de dicha sentencia, se dispusieron una serie de órdenes a distintos entes que conforman el sector salud en Colombia, para mitigar la crisis estructural de la que se habló, que vale la pena traer a colación para acreditar lo expuesto, de la siguiente manera:

Décimo sexto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos *(i)* sean precisados de manera clara, *(ii)* sean actualizados integralmente, *(iii)* sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, *(iv)* sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

Esta regulación también deberá *(i)* incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y *(ii)* desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.

Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas relacionadas en los numerales décimo séptimo a vigésimo tercero.

Décimo séptimo.- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: *(i)* definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; *(ii)*

establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.

En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas.

Los nuevos planes de beneficios de acuerdo a lo señalado antes deberán adoptarse antes de febrero uno (1) de 2009. Antes de esa fecha los planes serán remitidos a la Corte Constitucional y serán comunicados a todas las entidades Promotoras de Salud para que sea aplicado por todos los Comités Técnico Científicos de las EPS. Este plazo podrá ampliarse si la Comisión de Regulación en Salud, CRES, expone razones imperiosas que le impidan cumplir con esta fecha, la cual, en ningún caso podrá ser superior a agosto 1 de 2009.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1º de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual deberá garantizar también la participación directa de la comunidad médica y de los usuarios.

Décimo octavo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. La Comisión presentará un informe anual a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, para el respectivo período, *(i)* qué se incluyó, *(ii)* qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, *(iii)* cuáles servicios fueron agregados o suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas sobre cada servicio o enfermedad, y *(iv)* la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas, de salud pública y de sostenibilidad financiera.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Cuando sea creada la Comisión de Regulación ésta deberá asumir el cumplimiento de esta orden y deberá informar a la Corte Constitucional el mecanismo adoptado para la transición entre ambas entidades.

Décimo noveno.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique: *(i)* los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, *(ii)* los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; *(iii)* indicando en cada caso las razones de

la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuáles no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico.

El primer informe deberá ser enviado el 1 de febrero de 2009. Copia del mismo deberá ser remitida a la Corte Constitucional antes de la misma fecha.

Vigésimo.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se *requieran con necesidad*. Con este fin, el Ministerio y la Superintendencia deberán informar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Corte Constitucional (i) cuáles son las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia incurren en prácticas violatorias del derecho a la salud de las personas; (ii) cuáles son las medidas concretas y específicas con relación a éstas entidades que se adoptaron en el pasado y las que se adelantan actualmente, en caso de haberlas adoptado; y (iii) cuáles son las medidas concretas y específicas que se han tomado para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, de las personas que se encuentran afiliadas a las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios identificadas.

El informe a cargo de la Superintendencia y el Ministerio deberá ser presentado antes de octubre 31 de 2008.

Vigésimo primero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes

necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

Un informe sobre el proceso de cumplimiento de esta orden deberá ser remitido a la Corte Constitucional antes del 15 de marzo de 2009 y comunicado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1º de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Vigésimo segundo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente.

El programa de unificación deberá adicionalmente (i) prever la definición de mecanismos para racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, asegurando que las necesidades y las prioridades en salud sean atendidas y sin que se impida el acceso a servicios de salud requeridos e, (ii) identificar los desestímulos para el pago de cotizaciones por parte de los usuarios y (iii) prever la adopción de las medidas necesarias para estimular que quienes tienen capacidad económica, efectivamente coticen, y que a

quienes pasen del régimen subsidiado al régimen contributivo se les garantice que pueden regresar al subsidiado de manera ágil cuando su ingreso disminuya o su situación socioeconómica se deteriore.

La Comisión de Regulación en Salud deberá remitir a la Corte Constitucional, antes del 1 de febrero de 2009, el programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, el cual deberá incluir: (i) un programa; (ii) un cronograma; (iii) metas medibles; (iv) mecanismos para el seguimiento del avance y (v) la justificación de por qué se presentó una regresión o un estancamiento en la ampliación del alcance del derecho a la salud. Copia de dicho informe deberá ser presentada a la Defensoría del Pueblo en dicha fecha y, luego, deberá presentar informes de avance en el cumplimiento del programa y el cronograma cada semestre, a partir de la fecha indicada.

En la ejecución del programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, la Comisión ofrecerá oportunidades suficientes de participación directa y efectiva a las organizaciones que representen los intereses de los usuarios del sistema de salud y de la comunidad médica. En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1 de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Vigésimo tercero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la respectiva EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e

intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estas sean ordenados por el médico tratante.

Hasta tanto éste trámite interno de las EPS no sea regulado de manera definitiva, se ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud –y mientras este es creado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud– que adopten las medidas necesarias para garantizar que se ordene a las entidades promotoras de salud, EPS, extender las reglas vigentes para someter a consideración del Comité Técnico Científico de la entidad la aprobación de un medicamento no incluido en el POS, a las solicitudes de aprobación de los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud, distintos a medicamentos, tales como actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando éstos sean ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional. Esta orden deberá ser cumplida dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

Cuando el Comité Técnico Científico niegue un servicio médico, de acuerdo con la competencia de que trata la presente orden, y posteriormente se obligue a su prestación mediante una acción de tutela, sólo procederá el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, de acuerdo con lo dicho en esta providencia.

El Ministerio de la Protección Social deberá presentar, antes de marzo 15 de 2009, un informe sobre el cumplimiento de esta orden a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, con copia a la Corte Constitucional.

Vigésimo cuarto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de

recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas contenidas en los numerales vigésimo quinto a vigésimo séptimo de esta parte resolutive.

Vigésimo quinto.- Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: *(i)* la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; *(ii)* no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Y *(iii)* en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa

‘Principio activo en POS’ cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado (6.2.1.) de esta providencia.

El Ministerio de Protección Social y el administrador fiduciario del Fosyga deberán presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden antes del 15 de noviembre de 2008 ante la Corte Constitucional.

Vigésimo sexto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento.

El Plan deberá ser presentado, antes del 15 de noviembre de 2008 ante el Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de marzo 15 de 2009. En caso de que en esta fecha (15 de marzo de 2009) no se haya efectuado el reembolso de al menos el 50% de las solicitudes de recobro que están atrasadas en el trámite a 31 de septiembre de 2008, independiente de las glosas que tengan, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El 50% restante deberá haber sido cancelado en su totalidad antes del primero (1º) de julio de 2009. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba

obligado a realizar determinados reembolsos, deberá adoptar las medidas para compensar esos recursos, con la correspondiente EPS.

El Ministerio de Protección Social y el administrador del Fosyga, presentarán un informe sobre la ejecución del Plan de Contingencia cada dos meses al Comité de Verificación.

Vigésimo séptimo.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias.

El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: *(i)* la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, *(ii)* la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos *(iii)* la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y *(iv)* la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.

El 1° de febrero de 2009, el Ministerio de Protección Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema. El nuevo sistema deberá empezar a ser aplicado en el tercer trimestre del año 2009, en la fecha que indique el propio regulador.

Vigésimo octavo.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social que, si aún no lo han hecho, adopte las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una

EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información,

(i) *Una carta con los derechos del paciente.* Esta deberá contener, por lo menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981)¹ y los contemplados en la parte motiva de esta providencia, en especial, en los *capítulos 4 y 8*. Esta *Carta* deberá estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuáles los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda.

(ii) *Una carta de desempeño.* Este documento deberá contener información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS que pertenecen a la red de cada EPS. El documento deberá contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente la libertad de escogencia.

El Ministerio de la Protección Social y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud deberán adoptar las medidas adecuadas y necesarias para proteger a las personas a las que se les irrespeta el derecho que tienen a acceder a la información adecuada y suficiente, que les permita ejercer su libertad de elección de la entidad encargada de garantizarles el acceso a los servicios de salud. Estas medidas deberán ser adoptadas antes del primero (1º) de junio de 2009 y un informe de las mismas remitido a la Corte Constitucional.

Vigésimo noveno.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de

¹ Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

No obstante la mencionada decisión, la situación no ha cambiado y por el contrario, ha empeorado, lo cual ha erigido a la acción de tutela se ha constituido en una herramienta efectiva para buscar la protección del derecho fundamental a la salud ante los estrados judiciales, que diariamente se congestionan en virtud de las miles de tutelas que se promueven sobre el particular, tal y como informan medios de comunicación de amplia circulación como El Tiempo².

2.3.El Sistema General de Seguridad Social en salud

El sistema general de seguridad social en salud se encuentra previsto en la Ley 100 de 1993, así como las demás normas que la reglamentan y modifican. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley ibídem, sistema se rige, especialmente, por los siguientes principios:

- a) EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;
- b) UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

² El Tiempo. (4 de Enero de 2019). 10 años después, tutelas en salud siguen creciendo en vez de reducirse. Obtenido de El Tiempo: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/balance-de-tutelas-por-servicios-de-salud-del-2018-311250>

c) SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e) UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) PARTICIPACION. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Grosso modo, el sistema está dividido en 2 regímenes: el contributivo y el subsidiado. Lo anterior, en aplicación del principio de solidaridad antes citado. El sistema lo ponen en funcionamiento distintos actores, tanto del sector público como del sector privado, que se encarga de prestar el servicio público a través de Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS) e Instituciones Prestadoras de Salud (en adelante IPS).

3. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

3.1. Antecedentes históricos de la OMS

Los antecedentes históricos de la OMS, su gestación y puesta en marcha están asociados al concepto de salud internacional, el cual se refiere, según Gómez-Dantés y Khoshnood, a toda actividad de salud desarrollada por profesionales o instituciones de los países ricos en las regiones pobres de África, Asia y América Latina, así como a las tareas de salud desarrolladas por las agencias internacionales (1981). Otra acepción con la cual nos podemos referir al particular es "toda actividad de salud desarrollada por los gobiernos o los pueblos de dos o más países" (Baker R & Piwoz, 1984).

Las actividades e iniciativas que fundamentan la noción de salud internacional se originaron, según los mencionados autores, en los siglos XVI y XVII, una vez que las potencias coloniales constituyeron las primeras clínicas o centros de salud en sus respectivas colonias, sin embargo, las primeras organizaciones que se dedicaron a los temas propios de la salud internacional, surgieron en el siglo XIX, con el propósito de proteger el comercio exterior de las potencias económicas mundiales de aquella época, concretamente contra la expansión de enfermedades infecciosas³.

Un evento que genera la preocupación respecto de la salubridad pública de tales potencias tuvo lugar en el año 1830, cuando se produjo una epidemia de la cólera en Europa, producto de unas embarcaciones procedentes de la India, por lo tanto, dicho hecho provocó que se empezaran a adoptar políticas públicas de inspección y cuarentena de las naves que arribaran a los puertos

³ *Ibíd.*

Europeos, así como la celebración de la primera conferencia sanitaria internacional que tuvo lugar en París durante el año 1851, y que convocó a 12 Estados de dicho continente.

Ulteriormente y hasta 1903, se celebraron, al menos, otras 10 conferencias internacionales sobre salubridad, y el 9 de diciembre de 1907 se creó la *Office International d'Hygiene Publique* (en adelante Oficina Nacional de Higiene Pública u ONHP), con locación en la capital francesa, cuyo propósito era la verificación del cumplimiento de la normatividad internacional alusiva a la cuarentena en puertos marítimos y naves, para aminorar e impedir la dispersión de la peste y cólera en los países europeos, así como para administrar los convenios de salud pública que se celebraran en lo sucesivo. Dicha organización cesó en 1946, por voluntad de los Estados miembros, y a la postre, sus funciones fueron adscritas a la OMS a partir del 1 de enero de 1947.

Por otro lado, durante la segunda reunión de la Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington DC entre octubre de 1901 y enero de 1902, en nuestro continente se creó la Oficina Sanitaria Panamericana (en adelante OSP). Dentro de los propósitos principales de este organismo, podemos destacar, los siguientes:

- a) Urgir a cada República a transmitir pronta y regularmente a dicha Oficina toda la información relacionada con las condiciones sanitarias de sus respectivos puertos y territorios.
- b) Aprovechar toda oportunidad y los recursos disponibles para llevar a cabo estudios científicos cuidadosos y completos sobre cualquier brote de enfermedad contagiosa que pudiera presentarse dentro del territorio de cualquiera de las mencionadas Repúblicas.

c) Hacer uso de los recursos disponibles y de la experiencia acumulada para proteger de la mejor manera posible la salud pública de dichas Repúblicas con el fin de eliminar toda enfermedad contagiosa y facilitar el comercio entre las Repúblicas.

d) Promover, incluso con carácter obligatorio, la construcción de servicios sanitarios en los puertos marítimos, incluyendo mejoras sanitarias en los muelles, drenaje, pavimentación, eliminación de focos infecciosos en edificios, y la destrucción de mosquitos y otros insectos.⁴

Este organismo fue inicialmente creado por 11 Estados del continente americano, pero en el año 1924 ya se habían incorporado 21; luego se creó el Código Sanitario Panamericano, para promover las medidas de cooperación tendientes a prevenir la introducción y diseminación de enfermedades contagiosas hacia y desde los territorios de los Estados partes. Actualmente, este ente es una dependencia de la OMS.

Ahora bien, en lo que respecta propiamente a la OMS, podemos decir, sin vacilación, que su nacimiento es un legado producto de la finalización de la segunda guerra mundial, culminada en 1945, tal y como lo resaltan Cueto, Brown y Fee, de la siguiente forma:

Hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, los vencedores del conflicto –los cuales se llamaron «Aliados» desde 1942– decidieron crear una red de organismos internacionales que asegurase su hegemonía y evitase un nuevo conflicto internacional. El centro de esta red fue la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que nació en San Francisco en mayo de 1945 (Hoopes y Brinkley 1997). Parte esencial de la red, formada por agencias

⁴ *Ibíd.*

especializadas de la ONU –conocidas como multilaterales, para diferenciarlas de instituciones bilaterales o filantrópicas y acentuar la cooperación intergubernamental– fue la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2011, pág. 131).

Para la constitución de la OMS fue decisiva la participación de los exfuncionarios de la United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA) Sze y Paulo Souza, quienes concurren en primer lugar, a la conferencia de San Francisco en 1945, de donde nació la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU). Estas personas participaron activamente en dicha conferencia, solicitando que el tema de la salud fuera un tema objeto de la agenda que en ese entonces se desarrollaba, en la post-guerra.

Los autores mencionados reseñan que, en febrero de 1946, el Consejo Económico y Social de la ONU, teniendo en cuenta su función de promover la creación de las formación de agencias especializadas, convocó a dieciséis líderes internacionales en materia de medicina, “reunidos en el llamado Comité Técnico de Preparación (TPC, por sus siglas en inglés), para comenzar a implementar la agencia de salud «internacional», «global» o «de las Naciones Unidas» (ya que al comienzo el nombre no estaba claro), así como para redactar su Constitución.”⁵

La primera congregación del TPC fue celebrada en marzo de 1946 en París, con el propósito de definir sus principios básicos, dentro de los cuales estaba el de crear una institución autónoma de las decisiones políticas y de otras agencias de la ONU, que pudiera reforzar y fomentar la conexión entre las necesidades coyunturales en materia de salud pública, los avances en la ciencia médica, y que adicionalmente, contara con la participación de la mayor cantidad de Estados posible, indistintamente de las posiciones políticas a que hubiera lugar.

⁵ *Ibíd.*, pág. 134.

En este contexto, la autonomía de dicha institución era un tema determinante, teniendo en cuenta que “algunos expertos médicos europeos, así como algunos senadores norteamericanos, promovían una agencia que fuese una oficina modesta manejada desde las Naciones Unidas. Sin embargo, los que querían una organización diferenciada de la ONU, apelaban a la mala experiencia de la LNHO, que no había logrado mayor reconocimiento por estar demasiado identificada como una agencia internacional sin autoridad y cuestionada por motivos políticos” (Cueto, Brown, & Fee, 2011, pág. 133).

Otro punto importante es que en los preludios a la constitución de la OMS, se reflexionaba acerca de que la autonomía no era lo único que debía distinguir a la naciente organización, sino que debía ser provista de un carácter social, bajo el cual se desmontara y abandonara la concepción de que su utilidad únicamente sería la de realizar campañas para prevenir epidemias, y que por ende, abarcara algo más: la medicina social y el carácter de derecho humano fundamental que reviste la salud dentro de un plano subjetivo. Finalmente, el 7 de abril de 1948 entró en vigor el tratado internacional constitutivo de la OMS, suscrito por más de 61 Estados el 22 de julio de 1946.

3.2. Naturaleza jurídica, fines misionales, estructuras y atribuciones de la OMS

El artículo 69 del Convenio de Constitución de la OMS, la define como organismo especializado de la ONU, de la siguiente manera:

La Organización será vinculada con las Naciones Unidas como uno de los organismos especializados a que se refiere el Artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas. El acuerdo o los acuerdos por medio de los cuales se establezca la vinculación de la

Organización con las Naciones Unidas estarán sujetos al voto de aprobación de las dos terceras partes de la Asamblea de la Salud.

El artículo 57 de la Carta de Naciones Unidas, aunque no traiga un concepto unívoco de lo que son los organismos especializados, detalla sus características, en el sentido de que son aquellos surgidos por acuerdos intergubernamentales, es decir, entre varios Estados, que por lo general, ostentan amplias atribuciones internacionales definidas por sus propios estatutos, y en distintas materias, como aquellas de carácter sanitario, en los siguientes términos:

Artículo 57

1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del Artículo 63.
2. Tales organismos especializados así vinculados con la Organización se denominarán en adelante "los organismos especializados".

Calduch nos ilustra que, el término de “organismos especializados” figura expresa y reiteradamente en la Carta de Naciones Unidas, especialmente, en los artículos 57, 58, 59, 63, 64 y 70, “refiriéndose a organizaciones intergubernamentales, que mediante un acuerdo o tratado se vinculan con la Organización de las Naciones Unidas. En dicho acuerdo se fijan las condiciones de esta vinculación que, como mínimo, deberán recoger las competencias de cooperación y control señaladas por la Carta.” (1991, pág. 41).

Es pertinente tener en cuenta que, aunque los organismos especializados estén estrechamente relacionados con la ONU, lo cierto es que constituyen organizaciones u organismos internacionales diferentes, ya sea, por la forma de su constitución, los Estados miembros, sus estructuras o funcionamiento. De hecho, algunos organismos internacionales fueron concebidos antes de la ONU, y no hay una obligación internacional para que los miembros de ONU también integren los organismos especializados o viceversa, así las cosas, no es dable confundir los organismos especializados y los órganos, principales o secundarios, de las Naciones Unidas, por ello, no puede decirse que la OMS hace parte de estos últimos.

El preámbulo del acuerdo constitutivo de la OMS consagra los principios que rigen y estriban la actividad de dicho organismo especializado, de la siguiente manera:

- **Una concepción amplia de la salud:** la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- **Dentro de esa amplia concepción de salud, corresponde entender que esta constituye un derecho humano de carácter fundamental:** el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.
- **La salud no solo es un fin, sino un medio para alcanzar otros objetivos de interés global, tales como la paz y la seguridad:** La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.
- **La manera en que evoluciona la salud en cada Estado, independientemente del enfoque (científico, social, cultural, jurídico, etc.), es un asunto de interés general**

- o universal:** Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.
- **Los problemas de salud en cada Estado también es un asunto de interés universal:** La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.
 - **El interés superior del niño como principio también se aplica respecto del derecho a la salud de estos:** El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.
 - **La cooperación internacional representa un rol importante en el cumplimiento de los fines misionales de la OMS:** La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.
 - **La información es un eje importante en el desarrollo de la salud:** Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.
 - **Las políticas públicas son un motor importante para garantizar la salud, y los gobiernos son responsables de estas:** Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Así mismo, el artículo 1 *ibídem*, establece el propósito principal de la OMS, en el sentido de alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud, para lo cual, podrá hacer, entre otras actividades, las siguientes, según el artículo 2 del mismo instrumento:

- Actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional;
- Establecer y mantener colaboración eficaz con las Naciones Unidas, los organismos especializados, las administraciones oficiales de salubridad, las agrupaciones profesionales y demás organizaciones que se juzgue convenientes;
- Ayudar a los gobiernos, a su solicitud, a fortalecer sus servicios de salubridad;
- Proporcionar ayuda técnica adecuada y, en casos de emergencia, prestar a los gobiernos la cooperación necesaria que soliciten, o acepten;
- Proveer o ayudar a proveer, a solicitud de las Naciones Unidas, servicios y recursos de salubridad a grupos especiales, tales como los habitantes de los territorios fideicometidos;
- Establecer y mantener los servicios administrativos y técnicos que sean necesarios, inclusive los epidemiológicos y de estadística;
- Estimular y adelantar labores destinadas a suprimir enfermedades epidémicas, endémicas y otras;
- Promover, con la cooperación de otros organismos especializados cuando fuere necesario, la prevención de accidentes;
- Promover, con la cooperación de otros organismos especializados cuando fuere necesario, el mejoramiento de la nutrición, la habitación, el saneamiento, la recreación, las condiciones económicas y de trabajo, y otros aspectos de la higiene del medio;

- Promover la cooperación entre las agrupaciones científicas y profesionales que contribuyan al mejoramiento de la salud;
- Proponer convenciones, acuerdos y reglamentos y hacer recomendaciones referentes a asuntos de salubridad internacional, así como desempeñar las funciones que en ellos se asignen a la Organización y que estén de acuerdo con su finalidad;
- Promover la salud y la asistencia maternal e infantil, y fomentar la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente;
- Fomentar las actividades en el campo de la higiene mental, especialmente aquellas que afectan las relaciones armónicas de los hombres;
- Promover y realizar investigaciones en el campo de la salud;
- Promover el mejoramiento de las normas de enseñanza y adiestramiento en las profesiones de salubridad, medicina y afines;
- Estudiar y dar a conocer, con la cooperación de otros organismos especializados, cuando fuere necesario, técnicas administrativas y sociales que afecten la salud pública y la asistencia médica desde los puntos de vista preventivo y curativo, incluyendo servicios hospitalarios y el seguro social;
- Suministrar información, consejo y ayuda en el campo de la salud;
- Contribuir a crear en todos los pueblos una opinión pública bien informada en asuntos de salud;
- Establecer y revisar, según sea necesario, la nomenclatura internacional de las enfermedades, de las causas de muerte y de las prácticas de salubridad pública;
- Establecer normas uniformes de diagnóstico, según sea necesario;

- Desarrollar, establecer y promover normas internacionales con respecto a productos alimenticios, biológicos, farmacéuticos y similares;
- En general, tomar todas las medidas necesarias para alcanzar la finalidad que persigue la Organización.

Para el cumplimiento de las funciones descritas, a través del artículo 9 del instrumento constitutivo, los Estados miembros crearon 3 órganos al interior de la OMS, a saber: la Asamblea Mundial de la Salud, el Consejo Ejecutivo y la Secretaría.

La Asamblea Mundial de la Salud es la máxima autoridad decisoria al interior de la OMS, y está conformada por delegados de los Estados miembros, que en la actualidad son 194. Los delegados no pueden ser más de 3 personas, y entre ellos debe haber un Presidente. Además, cada delegado podrá estar acompañado de suplentes y asesores.

El artículo 19 de la Constitución de la OMS, señala una de las atribuciones de mayor importancia de la Asamblea Mundial de la Salud, consistente en que tendrá autoridad para adoptar convenciones o acuerdos respecto a todo asunto que esté dentro de la competencia de la Organización.

Dicho artículo agrega que, para la adopción de convenciones y acuerdos se requiere el voto de aprobación de las dos terceras partes de la Asamblea de la Salud; y que las convenciones y acuerdos entrarán en vigor para cada Estado miembro al ser aceptados por éste de acuerdo con sus procedimientos constitucionales.

Por lo anterior, claramente se observa que la Asamblea Mundial de la Salud tiene una función normativa, y dentro de ella pueden surgir tratados internacionales que sean fuentes de obligaciones para los Estados miembros, por ejemplo: el Convenio Marco de la OMS para el

control del Tabaco, el cual fue el primer tratado negociado y celebrado al interior de dicho órgano decisorio.

Otras de las competencias normativas de la Asamblea Mundial de la Salud son las previstas en el artículo 21 de la Constitución de la OMS, según la cual, aquella podrá adoptar reglamentos, respecto de los siguientes temas:

- a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades;
- b) nomenclaturas de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública;
- c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional;
- d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional;
- e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional.

Adicionalmente, el artículo 23 *ibídem*, señala que la Asamblea Mundial de la Salud tendrá autoridad para formular recomendaciones a los Estados miembros en relación a cualquier asunto que esté dentro de la competencia de la OMS.

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de las facultades de la Asamblea Mundial de la Salud se vislumbra el debate materia de esta monografía, en tanto se determinará el alcance vinculante de las recomendaciones y los reglamentos que expida el órgano decisorio mencionado.

Por su lado, el Consejo Ejecutivo es el órgano que se encarga de materializar las decisiones adoptadas por la Asamblea Mundial de la Salud, y dentro se encuentran, reza el artículo 28 de la Constitución de la OMS, lo siguiente:

- a) dar efecto a las decisiones y a la política de la Asamblea de la Salud;
- b) actuar como órgano ejecutivo de la Asamblea de la Salud;
- c) desempeñar toda otra función que la Asamblea de la Salud le encomiende;
- d) asesorar a la Asamblea de la Salud en los asuntos que ésta le encomiende y en los que sean asignados a la Organización por convenciones, acuerdos y reglamentos;
- e) asesorar y presentar propuestas a la Asamblea de la Salud por iniciativa propia;
- f) preparar el programa de las sesiones de la Asamblea de la Salud; g) someter a la Asamblea de la Salud, para su consideración y aprobación, un plan general de trabajo para un periodo determinado;
- h) estudiar todo asunto que esté dentro de su competencia;
- i) tomar medidas de emergencia, de conformidad con las funciones y los recursos financieros de la Organización, para hacer frente a casos que requieran acción inmediata. En particular, podrá autorizar al Director General para tomar las medidas necesarias para combatir epidemias, participar en la organización de socorro sanitario para las víctimas de calamidades y emprender estudios e investigaciones cuya urgencia haya sido señalada a la atención del Consejo por cualquier Miembro o el Director General.

Por su parte, está la Secretaría de la OMS, cuya función principal es la realización de todas las actividades técnico administrativas que sean necesarias para el desarrollo del objeto de la organización especializada en mención. Dicha Secretaría, a la luz del artículo 30 *ibídem*, está compuesta por el Director General y por el personal técnico y administrativo que se requiera para el efecto.

Por lo tanto, el Director General funge como Secretario *ex officio* de la Asamblea Mundial de la Salud, del Consejo Ejecutivo, y de todas las comisiones y comités que tenga la OMS, así como las conferencias que esta convoque.

Visto lo anterior, procederemos a explicar la situación jurídica de las resoluciones de la OMS frente al sistema de fuentes del derecho internacional público, entendiendo aquellas como los actos jurídicos distintos a los tratados o a las convenciones que surgen al interior de los organismos de dicha organización, especialmente, la Asamblea Mundial de la Salud y el Consejo Ejecutivo:

3.3.Las resoluciones de la OMS y el Derecho Internacional Público

El tratadista Ramón Paniagua, citando a Pastor Ridruejo, advierte que al momento de definir el concepto de derecho internacional público (en adelante DIP), la doctrina especializada en la materia ha recurrido a dos criterios, a saber: el material y formal (1998, pág. 327).

La definición de DIP a partir del criterio formal obedece al origen de las normas, o lo que es mejor: su proceso de producción jurídica, y por su parte, el criterio material es aquel que tiene en cuenta el contenido propio de tales normas jurídicas⁶, sin embargo, en términos generales

⁶ *Ibídem*.

podríamos considerar que aquel “es el que estudia las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional Público, que en sus orígenes eran el Estado aunque luego surgirían nuevos y más sujetos, debido al avance del mismo Derecho” (2014, pág. 36).

Al respecto, el profesor Cassese explica con mayor precisión que el DIP es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones jurídicas de los Estados entre sí y también la de estos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional. Además, el Derecho Internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí (2003).

Pues bien, el DIP como sistema normativo que es, tiene su base en las denominadas fuentes de derecho. Para referirnos al particular, es preciso que destaquemos el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dicha Corte hace parte de los órganos permanentes de la ONU, y según lo consagrado en el numeral 1 del artículo 93 de la Carta de la ONU, su reglamento o estatuto es obligatorio para todos los Estados miembros.

Lo que ocurre es que el artículo 38 *ejudem* enumera algunas de las fuentes del DIP, como se cita a continuación:

Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: **a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; h. la costumbre internacional como. prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar**

para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren. (se destacan las negrillas)

En virtud de lo previsto en la norma anterior, las fuentes del DIP se han clasificado en primarias y secundarias: las primarias vendrían siendo los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho, mientras que las secundarias las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones sobre el DIP.

En cualquier caso, es evidente el alto contenido volitivo por el que se rigen las fuentes del derecho internacional antes señaladas, reafirmando lo expuesto por Cohen, citado por Badilla Poblete, en el sentido que “la mencionada enumeración de fuentes del Derecho Internacional es reflejo de la mirada voluntarista que fundamenta la existencia del derecho internacional sólo en el consentimiento del Estado soberano y ya está” (2015, pág. 30).

3.3.1. Los tratados internacionales

Podría decirse que los tratados internacionales constituyen una de las fuentes más habituales de las obligaciones internacionales. Tales instrumentos son tan importantes en la dinámica y tráfico jurídico del DIP que incluso existen tratados sobre el derecho de los tratados: las conocidas Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

El literal a) del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 – que valga aclarar, entró en vigor en 1980 –, define normativamente el tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Posteriormente, con la Convención de Viena de 1986 se incluirían a las organizaciones internacionales como sujetos capaces de contraer obligaciones internacionales a través de tratados.

Como se observa, un tratado internacional puede ser denominado de distintas formas: Convención, Acuerdo, Protocolo, Pacto, etc., pues lo que lo hace como tal, es que la concurrencia del concurso de voluntades entre los sujetos del derecho internacional esté elevada por escrito, ya sea en uno o varios instrumentos.

Lo propio es que, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena, los tratados solo produzcan efectos jurídicos respecto de las partes del mismo, pues dicha disposición dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”, sin embargo, también podrían obligar a aquellos sujetos que no siendo partes, han manifestado la voluntad de obligarse por el respectivo tratado⁷.

3.3.2. La costumbre internacional

La costumbre internacional es una fuente de DIP que no es escrita, a diferencia de los tratados. Actualmente, la costumbre internacional ostenta 2 elementos estructurales: un elemento objetivo o *counsetudo* y un el elemento subjetivo u *opinio iuris*.

Respecto del elemento objetivo, también conocido como práctica general, es indispensable que para que esta sea tal, goce de cierta duración, unidad y difusión. Diversa doctrina señala que práctica generalizada debe ser material. Por ejemplo, D’Amato, citado por Padilla Poblete refiere que “a claim is not an act [...] But the claims themselves, although they may articulate a legal

⁷ *Ibíd*em, pág. 33.

norm, cannot constitute the material component of custom. For a state has not done anything when it makes a claim.” (2015, pág. 36). Dicha autora también hace alusión a la postura de Henckaerts, quien considera que tanto las declaraciones como los actos materiales pueden constituir la práctica generalizada, y consecuentemente, pueden producir una costumbre internacional, al señalar, lo siguiente:

“Firstly, what practice contributes to the creation of customary international law (selection of State practice); and secondly whether this practice establishes a rule of customary international law (assessment of State practice)”⁴⁶.

Bajo la primera mirada, tanto los actos (materiales) como sus dichos (declaraciones) constituyen práctica del Estado que pueden contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario, por tanto es práctica del Estado *inter alia* el comportamiento de éste en el campo de batalla; el uso de ciertas armas; el tratamiento que se les otorga a diferentes categorías de personas, tanto como las instrucciones a las fuerzas armadas y de seguridad; las comunicaciones militares durante la guerra; las legislaciones nacionales y también la postura de los gobiernos ante las resoluciones adoptadas en el seno de las organizaciones internacionales. Y bajo el segundo tamiz, la práctica del Estado debe ser lo suficientemente uniforme, amplia (extendida) y representativa⁴⁷.

Por su parte, la *opinio iuris* como elemento subjetivo implica que la mayoría de los Estados se encuentren convencidos de que la conducta – acción u omisión – la han ejecutado tanto en el pasado, y la seguirán ejecutando en el futuro.

3.3.3. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas

Los principios generales del derecho son aquellos postulados políticos o éticos fundamentales que forman parte de los sistemas jurídicos nacionales. Esta fuente tiene su antecedente en la práctica de los tribunales de arbitramento del siglo XIX y a principios del siglo XX, en los eventos en que no podían decidir los laudos en normas consuetudinarias y convencionales porque simplemente no existían, entonces, las basaban en los principios generales del derecho existentes en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados litigantes o de donde provenían los sujetos en controversia.

Rousseau, traído a colación por Badilla, señala que por esta fuente debemos entender “ciertos principios comunes a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados civilizados que nos recuerdan el *jus gentium* de los Romanos”⁹⁷ (2015, pág. 50).

Aunque el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia nos permite inferir que esta fuente es de carácter principal, lo cierto es que en el seno de dicha corporación, o mejor, de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, se ha enfatizado en que su aplicación procede en tanto no haya tratado ni costumbre internacional aplicable al caso concreto (1927, pág. 27).

3.3.4. Decisiones de los tribunales y doctrina

Esta fuente constituye un criterio auxiliar para la Corte Internacional de Justicia a la hora de dirimir conflictos en materia de DIP. Respecto de las decisiones judiciales, están incluidas las que son proferidas por Cortes Internacionales, como la Corte Penal Internacional o la misma Corte Internacional de Justicia, así como los jueces nacionales. Situación similar acontece con la doctrina, la cual sirve de criterio auxiliar cuando el tema objeto de discusión ha sido desarrollado de forma pacífica por los tratadistas.

3.3.5. Otras fuentes del Derecho Internacional Público distintas a las descritas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

En líneas precedentes habíamos destacado el alto ingrediente volitivo que supone el sistema de fuentes del DIP establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, existen algunas obligaciones internacionales en el que no media necesariamente el consentimiento del sujeto del derecho internacional obligado.

Un ejemplo claro es el *ius cogens* o las normas imperativas de derecho internacional general, cuyo concepto lo encontramos en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente Convención, **una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario** y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (Negritas fuera del texto)

Al respecto de las características de estas normas imperativas, Quispe Remón señala:

Como su propio nombre indica, son normas de Derecho Internacional General. Así, resulta importante en su determinación la repercusión para la comunidad internacional y no regional. En consecuencia su existencia genera obligaciones erga omnes y no se limita al ámbito regional. Es un derecho elemental por la naturaleza especial del objeto que protege, y por tanto se torna en una exigencia en el mundo. Esta situación hace que se ubique en la cúspide del orden jurídico internacional. No hay que olvidar que la

protección de los valores esenciales e inherentes a la dignidad humana siempre será elemental en cualquier «rincón» del planeta. (2012, pág. 148).

Igualmente, podemos complementar lo anterior, con lo manifestado por Pablo Echeverri, de la siguiente manera:

En conclusión, para que una norma (Resoluciones, Declaraciones o Convenciones) pueda adquirir el valor supremo emanado del Ius Cogens deben tenerse en cuenta las reflexiones anteriormente esbozadas. Concretamente, ser una disposición consensuada por la mayoría sustancial de Estados pertenecientes a la comunidad internacional en el sentido de no aceptar ninguna regla en contrario, bien sea mediante la firma o la ratificación de los mismos; además de hallarse dichos preceptos ubicados en todos los niveles del orden público multilateral (globales o regionales). Partiendo de esas básicas premisas sería relativamente fácil determinar la naturaleza perentoria de algún instrumento jurídico interestatal, además de respetarse siempre el rigor necesario para no violentar la seguridad jurídica ni, a través de una mención o aplicación irreflexiva, despojar al Ius Cogens de su naturaleza vinculante suprema. Por eso mismo, como puede observarse, sería muy difícil que las normas candidatas a integrar el Ius Cogens en sentido lato saturaran y desdibujaran dicho concepto, dado que la rigurosidad en la selección sería bastante severa. Sin embargo, para las disposiciones relacionadas directamente con el Corpus Iuris Internacional de Protección (compuesto por el Derecho Penal Internacional; el Derecho Internacional de los Refugiados; el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) es mucho más fácil satisfacer los requisitos aquí desarrollados (2011, págs. 220-221).

Ahora bien, en cuanto a lo que se expuso sobre el consentimiento, tratándose de *ius cogens* resulta imperioso traer a colación lo expuesto por Elvira Badilla, en el sentido que estos mandatos imperativos no pueden ser ignorados ni modificados por la voluntad de los Estados, así:

El consentimiento del Estado que fue decisivo en el tradicional Derecho Internacional ha dejado de serlo. Esto no significa que el consentimiento del Estado no cuente. Significa reconocer que hoy el Estado está vinculado jurídicamente por normas que han surgido al margen de su voluntad e incluso contra ella. Existen principios y normas de rango superior. Estas son las normas de *ius cogens*. Estas normas -cuya consagración positiva está en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y en su homólogo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aplicable a las OI de 1986 limitan el accionar del Estado, no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral del Estado y menos pueden ser ignoradas (2015, pág. 158).

Ejemplos de normas constitutivas de *ius cogens* son *inter alia* la prohibición de esclavitud, la prohibición de la tortura, de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición del genocidio, el principio de igualdad, etc.

Otra de las fuentes del DIP que están por fuera del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia citado con anterioridad es el denominado *Soft Law*, al cual le dedicaremos el siguiente acápite:

3.3.6. El Soft Law

Del Toro Huerta esboza que el término *Soft Law* fue acuñado en la década de 1970, en el contexto del desarrollo del denominado orden económico internacional, especialmente, para revisar las fuentes clásicas del DIP, a partir del auge y fortalecimiento del rol de las organizaciones internacionales, como la ONU, la OMS, etc. (2006, pág. 519).

Cuando hacemos referencia al término *Soft Law*, Schachter señala que estamos hablando de normas que se nos presentan de distintas maneras, o bien, con diferentes denominaciones, entre otras: declaraciones de principios, códigos de conducta, acuerdos informales, estándares de trato, pautas (1988-1989, págs. 11-12).

Estas normas, resalta Badilla “proviene de órganos internacionales tanto de carácter universal y general, como la Asamblea General de las Naciones Unidas y conferencia globales o bien de órganos de menor tamaño avocados a materias específicas. Sin dejar fuera por supuesto toda la gama del orden regional (2015, pág. 78). Adicionalmente, agrega:

Es más algunos de estos instrumentos denominados soft law, son producto de varios años de negociaciones entre los gobiernos y otros surgen como una respuesta rápida a presiones políticas coyunturales. Hay una gran diversidad en cuanto a sus efectos y a las medidas para ser ejecutados. Si bien Schachter no se siente cómodo con la expresión soft law, cuestión en la que pudiéramos coincidir por la contradicción que lleva implícita, no cabe más que reconocer que el vocablo está instalado cuando hablamos del proceso de creación de normas en el derecho internacional⁸.

⁸ *Ibidem*, pág. 79

Claudia Pardo y Mery Paz Monroy acuñan la utilización del término *soft law* a McNair, debido a que “pretendía establecer una distinción entre proposiciones de *lege data* y *lege ferenda*. Según su punto de vista, el término era empleado «para describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial», pero al pasar del tiempo se fue tomando dicha expresión para definir fenómenos jurídicos que se caracterizan por carecer de fuerza vinculante pero que conservan cierta relevancia jurídica.” (2011, pág. 21).

En este imputo, es pertinente destacar que, lo que hizo McNair fue considerar que no todos los tratados cumplen la misma función en la sociedad internacional: crear obligaciones internacionales. Por ello, no todos los tratados debían regularse bajo el mismo régimen. Al respecto, Badilla señala:

McNair²¹³ expresó en 1930, que los tratados no cumplen todos la misma función en la sociedad internacional por tanto no deberían estar sujetos a un mismo régimen y nos instaba a abrir las mentes a nuevos conceptos. McNair no se estaba refiriendo al concepto de *soft law*, tal como lo entendemos hoy, pero sí ponía el germen de dicho concepto. Hoy la doctrina mayoritariamente²¹⁴ se ha rendido ante la evidencia y ha aceptado la existencia de normas de *soft law*, tanto en instrumentos de carácter no vinculante como aquellos que sí lo son (léase tratados). Surge entonces la expresión legal *soft law* (*hard rules-soft contents*²¹⁵) para identificar aquellos tratados, que contienen obligaciones que dada su indefinición y vaguedad las disposiciones finalmente carecen de real fuerza obligatoria (...)

Que las normas vengan revestidas en la forma de un tratado no asegura que ellas sean vinculantes (hard law)²¹⁷. La convención de Viena sobre derecho de los tratados entre Estados (1969), no establece como requisito para estar en presencia de un tratado, derechos y obligaciones bien definidos entre los Estados y lo mismo ocurre con la norma similar en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre éstas últimas de 1986²¹⁸. Del mismo modo que podemos encontrar normas de (legal) soft law, en la forma de un tratado, encontramos non-legal soft law (soft rules-soft-to- hard content²¹⁹) en resoluciones de las OI, por cuanto una parte de la doctrina considera que las resoluciones de las organizaciones internacionales no son vinculantes, salvo excepciones. (...) (2015, págs. 82-83)

Del Toro Huerta considera que la expresión *soft law* pretende describir “la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante pero que poseen al menos cierta relevancia jurídica” (2006, pág. 519).

Bodansky, citado por Colmegna, describe algunas características de los instrumentos soft law, tales como que están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez. “Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella” (2012, pág. 30).

Andorno, por su parte, expone que sobre los instrumentos constitutivos de soft law que “se trata de un derecho programático o en formación, es decir un derecho que cuenta con una vocación de obligatoriedad pero que no llega a ser obligatorio (2007).

3.3.7. OMS: ¿Soft law o hard law?

Sobrino Heredia manifiesta que para determinar el alcance de la competencia normativa de una organización internacional es preciso examinar su orden jurídico y cómo se forma su voluntad jurídica en el seno de su estructura institucional (2007, pág. 217), dicho de otra manera, debemos partir del tratado constitutivo o la norma internacional que le atribuye funciones, competencias y finalidades a la respectiva organización internacional.

Germán Velásquez y Xavier Seuba señalan que puede haber una competencia normativa externa o una competencia normativa interna, y que se requiere hacer dicha distinción, en cuanto a la dinámica de la actividad normativa de las organizaciones internacionales, de la siguiente manera:

Una distinción esencial es la referente a la competencia normativa interna y a la competencia normativa externa. En lo que a la competencia normativa externa se refiere, algunas organizaciones internacionales pueden adoptar normas dirigidas a otros sujetos internacionales. Además de los tratados concluidos entre organizaciones internacionales y Estados, dichas normas pueden ser meras recomendaciones, o decisiones obligatorias, conociendo ambos casos una extensa variedad de instrumentos. (2012, pág. 7)

En acápites anteriores se destacó la gama de atribuciones que tiene la OMS para producir normas jurídicas a través de sus distintos órganos, de acuerdo con su Constitución de 1946. Sobre ello, se expuso que mediante la Asamblea Mundial de la Salud, la entidad puede proponer convenciones, reglamentos y recomendaciones con respecto a asuntos de salud internacional, y lo cual es una clara expresión de actividad normativa circunscrita su labor directora de la salud internacional.

La Asamblea Mundial de la Salud también le es posible impulsar y promover convenciones o tratados internacionales y adoptar reglamentos técnicos, es decir, *hard law*, lo cual se reitera, solo ha sucedido competencia que sólo ha ejercido en contadas oportunidades, como con el Convenio Marco de OMS para el Control del Tabaco en 2003 y el Reglamento Sanitario Internacional en 2005, respectivamente.

Por lo tanto, todas esas prerrogativas no han sido de mucho uso por parte de dicha organización, la cual opta generalmente por brindar instrumentos jurídicos no vinculantes, como recomendaciones a los estados miembros en particular, constitutivas de *soft law*.

Sobre este tema, los referidos autores exponen la siguiente reflexión:

A pesar de los notorios poderes normativos que le han sido conferidos, lo cierto es que la OMS ha concedido escasa atención al Derecho -en especial a los instrumentos jurídicos vinculantes (*hard law*)- como herramienta de protección y promoción de la salud. Por el contrario, se ha mostrado más partidaria de la búsqueda del acuerdo político y se ha excusado en su perfil médico-sanitario para asumir un rol más asistencial que jurídico. Asimismo, la dependencia económica de la Organización con respecto a los programas especiales y los devenires de la política diplomática sanitaria, pueden haber resultado en el rechazo a proseguir el impulso de proyectos normativos que

no satisfacían los intereses de los principales donantes. Ejemplos de esta vulnerabilidad frente a las presiones políticas son el fallido proyecto de reglamento relativo a los sustitutos de la leche materna y, probablemente, los debates internos en torno a la implicación de la Organización en el impulso del tratado en materia de innovación y salud. **Además, el hecho de que en sesenta años haya adoptado un único reglamento internacional en un asunto sensible (el control de enfermedades infecciosas), y un único tratado internacional en un ámbito sustantivo (la lucha contra el tabaco), permiten señalar que la OMS tiene aún un largo camino que recorrer en lo que a la promoción de la salud a través del Derecho se refiere.** (2012, pág. 8) (Negritas se destacan)

De esa manera, y en virtud de todo lo que se ha descrito, procederemos a realizar las conclusiones y recomendaciones pertinentes:

4. CONCLUSIONES

Así las cosas, en lo que respecta a Colombia, y en consecuencia, al tema objeto de la presente monografía, esto es, la obligatoriedad de las resoluciones de la OMS en el sistema general de seguridad social en salud, es evidente que la respuesta al problema jurídico dependerá del tipo de resolución u acto de que se trate.

Lo anterior, teniendo en cuenta la gran gama de resoluciones o actos que puede expedir la OMS a través de sus organismos. Entonces, acuerdos, convenciones, tratados o reglamentos técnicos constituirán *hard law*, por lo tanto, serán de obligatorio cumplimiento, mientras que recomendaciones, códigos de conductas, y otros temas programáticos que sean adoptados no tendrán carácter vinculante.

Por otra parte, es pertinente hacer una introspección en cuanto a ¿qué tanto le ha ayudado a la OMS su encogimiento y timidez respecto del ejercicio de sus facultades normativas para alcanzar la finalidad para la cual fue creada, esto es, alcanzar el mayor grado de salud a nivel mundial?, pues lo cierto es que se puede esperar más de dicha organización especializada, teniendo en cuenta el amplio poder normativo con el que fue concebida.

Dicha introspección es más aguda en el caso colombiano, donde los índices de violaciones al derecho fundamental a la salud, y consecuente deficiencia en la prestación de dicho servicio público esencial es muy alta, al punto de que la Corte Constitucional, como se expuso, ha proferido amparos estructurales por dicha situación, pues ha hallado crisis estructurales en el sistema general de seguridad social en salud.

Por lo tanto, resulta indispensable que desde la dirección de la salud internacional en cabeza de la OMS haya mayor rigidez, intensidad y esfuerzo en el ejercicio de sus facultades normativas, de tal manera que los Estados como Colombia puedan lograr el mayor nivel de salud posible, teniendo en cuenta que está ocurriendo todo lo contrario.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andorno, R. (2007). *The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal*. Obtenido de Unesco: <http://www.unesco.de/1507.html>

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*.

Obtenido de Gaceta Constitucional 116:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1

- Badilla Poblete, E. (2015). *Las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en el proceso de creación del Derecho Internacional Contemporáneo*. Santiago: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Baker R, W., & Piwoz, E. (1984). *United States health professionals in international health work*. New York: Am J Public Health.
- Calduch, R. (1991). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales.
- Cassese, A. (2003). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tea.
- Colmegna, P. D. (2012). Las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VI, Número 8*, 27-47.
- Cueto, M., Brown, T., & Fee, E. (2011). El proceso de creación de la Organización Mundial de la Salud y la Guerra Fría. *Apuntes 69 del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*, 129-156.
- Del Toro Huerta, M. (2006). El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI.*, 513-549.
- Echeverri, P. (2011). IUS COGENS en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano. *Memorando de derecho, Año 2, Vol. 2*, 205-223.
- Fortich Lozano, I. M. (2012). Historia de la seguridad social en Colombia. *Revista Cultural Unilibre - Sede Cartagena 2012*, 15-19.

- Jaramillo Pérez, I. (1994). *El futuro de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993: política social, mercado y descentralización*. Bogotá: Fundación Corona.
- Khoshnood, B., & Gómez-Dantés, O. (1981). *La evolución de la salud internacional en el siglo XX*. Obtenido de Salud Pública:
<http://saludpublica.mx/index.php/spm/article/view/5409/5683>
- Opinión disidente del Juez Dionisio Anzilotti, 7 y 8 - Factory Chorzów (Corte Permanente de Justicia Internacional 16 de Diciembre de 1927).
- Organización de Estados Americanos. (17 de Noviembre de 1988). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*. Obtenido de Organización de Estados Americanos: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>
- Oyarce-Yuzzelli, A. (2014). Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. *Revista Vis Iuris No. 1. Vol. 1. de la Universidad Sergio Arboleda*, 35-46.
- Paniagua Redondo, R. (1998). Aproximación conceptual al Derecho Internacional Público. *Anuario de derecho internacional No. XIV*, 321-379.
- Pardo Schotbogr, C., & Paz Monroy, M. d. (2011). *El softw law como fuente de derecho internacional, caso: resoluciones de comercio justo*. Cartagena de Indias: Departamento de Investigaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Univerisdad de Cartagena.
- Quispe Remón, F. (2012). Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. *Anuario Español de Derecho Internacional Vol. 28*, 143-183.

Schachter, O. (1988-1989). Recent trends in international law making. *Australian Yearbook of International Law* vol.12, 1-15.

Senado de la República de Colombia. (21 de Marzo de 2013). Proyecto de Ley Estatutaria número 209 de 2013 Senado. *Gaceta del Congreso* 116, págs. 1-44.

Seuba, X., & Velásquez, G. (Enero de 2012). *Repensando la salud global: un tratado internacional sobre innovación y desarrollo de productos farmacéuticos*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud:
<http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s21393es/s21393es.pdf>

Sobrino Heredia, J. M. (2007). *La formación del Derecho internacional por las organizaciones internacionales*. Madrid: 2007.

Arteaga, S. (2018). ¿Cómo funciona el cerebro político? Guía de comunicación política para entender a los votantes y a la opinión pública. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10 (20): 187-212. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2155>

Bechara, A. (2015). Aproximación teórica al concepto de estado: distinciones en torno a Heller, Jellinek y Carré de Malberg. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 7, (14): 72-84. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.7-num.14-2015-1518>

Campiz Jiménez, G. (2018) Incongruencias de las sanciones a grupos armados ilegales contemplados en los acuerdos de la Habana con los modelos de justicia restaurativa actuales. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10 (19): 178-203. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2139>

Caro, K. (2018). Hermenéutica Judicial para la protección de los segundos ocupantes en el proceso de restitución y formalización de tierras. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, X (19):250-270. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2142>

Ferrer, J. (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9, (18): 150-169. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2059>

- Kalach, G. (2016). Las comisiones de la verdad en Colombia (2016) Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. VIII, (16): 106-124. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.16-2016-1534>
- Petro González, I. (2016). El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, VIII, (16): 125-134. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.16-2016-1535>
- León Vargas, G. (2018). Diáspora Venezolana: Cartagena, más allá de las cifras. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 10 (20): 111-119. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2150>
- Luna Salas, F., & Nisimblat Murillo, N., (2017). El Proceso Monitorio. Una Innovación Judicial Para El Ejercicio De Derechos Crediticios. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 9 (17):154-168. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.17-2017-1546>
- Payares, J. (2017) Restitución de tierras, paso clave para el posconflicto: estudio de fallos. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 9 (18): 31-40. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2052>
- Salgado, A. (2017). Constitución y Derechos Humanos. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. 9, (18):21-30. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2051>
- Vázquez, C. (2017). El perito de confianza de los jueces. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 9, (18): 170-200. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2060>