

LA ÉTICA Y MORAL ¿DOS CONCEPTOS LIMITADOS EN LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA POR LA CRISIS DEL CORONAVIRUS?

Por **CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA**

Investigador USTA BOGOTÁ

INTRODUCCIÓN

Actualmente el mundo está sufriendo una situación totalmente atípica deriva de la pandemia por el denominado COVID-19, en la cual los gobiernos han declarado estados de excepción para unos o de emergencia para otros, con el fin de asumir poderes excepcionales que les permitan luchar contra dicha pandemia, de forma rápida y eficaz.

Dentro de tales poderes unilaterales de carácter excepcional se encuentran aquellos encaminados directamente para acabar con el denominado COVID-19 desde un punto de vista médico, para lo cual han venido tomando medidas preventivas, de contención y de mitigación, lo que ha llevado al cierre de fronteras, de aeropuertos, prohibición de entrada de extranjeros a los países, así como las denominadas cuarentenas para efectos del distanciamiento social y así evitar la proliferación de contagios.

De la misma manera, los países han venido adoptado medidas para atender medicamente a las personas contagiadas con el virus; para tal fin, han tratado de mejorar su capacidad sanitaria, incrementando los medios de atención tales como la red hospitalaria de urgencias, atención en ucis, respiradores artificiales etc.; todo ello contra el tiempo porque no estaban preparados para una situación

tan apremiante o excepcional, donde lo que está en juego es la vida de las personas.

Sin embargo y a pesar de las buenas intenciones de los Estados, por la magnitud de la pandemia, cualquier medida se queda corta para lograr atender adecuadamente a las personas que se infectan con el virus, unas porque los estados han actuado tardíamente o de manera negligente y otras siendo adecuadas y pertinentes, no logran la finalidad propuesta por el número de personas que están afectadas.

En tales circunstancias, un principio que para el caso del sistema jurídico colombiano tiene el carácter de constitucional como es el que está previsto en el artículo segundo que establece que es obligación del Estado proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, empieza a tener problemas, puesto que el Estado no tiene la capacidad material de atender adecuadamente a todas las personas; no solamente a los enfermos, sino a sus familias y a aquellos que sin estarlo no pueden desarrollar su actividad laboral por la orden de cuarentena y no tienen una capacidad económica que les permita subsistir.

Ante tal circunstancia, se pone en grave peligro un derecho fundamental, que no solo hace parte de esta categoría de derechos humanos o subjetivos, sino que es el más fundamental de todos, como es el DERECHO A LA VIDA, previsto en el artículo 11 de la Constitución de 1991 para el caso colombiano.

Peligro que se agrava y en determinados casos se torna irremediable, cuando ante el colapso del sistema sanitario, no es posible atender a todos los pacientes de forma adecuada; es decir, suministrándole los tratamientos que sean necesarios para tratar de salvar su vida, entre los cuales está el suministrar unidades de cuidados intensivos y especialmente los respiradores artificiales, porque en este evento se tendrá que escoger a que personas se le da un respirador y a que personas no, circunstancia que se torna extremadamente delicada, ya que a quien no se le suministre muy posiblemente va a morir y en esta medida el derecho fundamental a la vida se ve totalmente vulnerado.

En tal sentido, los criterios éticos y morales entran a jugar un papel muy importante, pues en estricto sentido se está decidiendo a quien se salva y a quien no, disponiendo del derecho fundamental a la vida, que el artículo 11 constitucional determina que para el caso colombiano es inviolable; pero que en el evento planteado, se relativiza por dos circunstancias: la primera, porque una persona, sea el médico o algún funcionario del Estado determina quien vive y quien no y la segunda porque el Estado así lo quiera no puede suministrar respiradores artificiales a todos los que lo necesiten.

Como se puede observar, se dispone del derecho fundamental a la vida, con razones que pueden contrariar criterios éticos o morales que han venido imperando y que buscan dar una especial protección a la vida de las personas; pero además, si se acepta que se decida quien vive o quien muere, los postulados éticos o morales estarían cambiando como consecuencia de la pandemia.

De la misma manera, como el Estado incumple la obligación de proteger la vida de las personas, necesariamente tiene que verificarse si existe alguna responsabilidad por los perjuicios que genere tanto a quien no se le puede prestar el servicio médico como a su familia.

En las anteriores circunstancias procedo a desarrollar los temas propuestos así:

1. APROXIMACIÓN A LAS NOCIONES DE ÉTICA Y MORAL

Hablar de ética implica remontarnos en sus orígenes a lo que los pensadores griegos reflexionaron sobre este asunto y en esta circunstancia habrá que decir, que Aristóteles la identificaba con el bien, es decir, con la actuación humana

encaminada a lograr la felicidad⁵⁴; de la misma manera, Platón la asemeja al bien en el comportamiento humano, como una virtud que debe asistir a las acciones de las personas tanto en lo público como en lo privado, siempre como una expresión de las partes del alma⁵⁵.

De todas maneras, se trata del comportamiento de las personas, es decir, de su fuero interno, que de una u otra forma se expresa o manifiesta en el mundo exterior, es decir dentro del grupo social y por esta razón, mantiene una estrecha relación con la moral, en cuanto a que ésta se refleja en los comportamientos sociales que son aceptados o no, como ajustados a un correcto comportamiento dentro del mismo⁵⁶.

Significa que los comportamientos éticos hacen referencia al actuar del individuo como tal, pero como éste, está inmerso en un grupo social, dichos comportamientos van a tener repercusiones respecto de las demás personas que lo integran y de esta manera abandonan dicho fuero interno y entran a incidir en las reglas de actuación de todos los demás, es decir, impactándolas y haciendo que se mantengan de acuerdo a lo preestablecido y aceptado, o afectándolas en cuanto a la generación de tendencias distintas.

En tales circunstancias, los comportamientos éticos se refieren al actuar propio de las personas que están regulados por principios en caminados al “bien”, a la búsqueda de un beneficio propio de acuerdo a reglas de comportamiento que son adoptadas por el propio individuo, con fundamento en las valoraciones que la persona realiza, por lo que considera que su actuación está ajustada al concepto “bien” que cada uno ha preestablecido; lo que implica, que la noción

⁵⁴ Ver Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. México: Porrúa, 2004. p. 6.

⁵⁵ Platón. *La República o el Estado*. Barcelona: Austral, 2011.

⁵⁶ Jaime Balmes llama *Ética* a la ciencia que tiene por objeto el origen y la naturaleza de la moralidad, y por tal razón específicamente expresa en su libro *Ética*: “*Las ideas morales no se nos han dado como objetos de pura contemplación, sino como reglas de conducta; no son especulativas son eminentemente prácticas; por esto no necesitan del análisis científico para que puedan regir al individuo y a la sociedad*” (Balmes, Jaime. *Ética*. s.f. Ubicado en: http://www.dfists.ua.es/~gil/etica_balmes.pdf).

de “bien” se valida por los criterios de la persona que actúa, lo que puede generar percepciones diversas de lo que es considerado como “bien”, en el sentido de ético en un supuesto de actuación.

En efecto, la fundamentación anterior podría llevar a que cada individuo se formara una concepción distinta de lo que puede considerarse como “bien”; lo que implicaría una total anarquía en los postulados de actuaciones éticas, ya que es posible que se diera el caso, que una persona con el convencimiento de buscar el bien para sí, le quitara la vida a otra solo por apropiarse de sus bienes y en esta medida el beneficio económico como una forma de “bien” para el individuo justificaría su acción; por tal razón, es necesario encontrar una fundamentación que permita homogenizar la concepción de “bien” en el sentido ético del término, para así poder establecer uniformidad en las actuaciones que se pueden identificar con esta virtud como la identificaba Platón.

Lo anterior es así, ya que la noción de ética en la acepción griega del concepto, implica costumbre, puesto que proviene del vocablo *ethos* que así lo termina⁵⁷ y en esta medida, se le ha identificado con el comportamiento humano reiterativo, de acuerdo a ciertos principios preestablecidos que lo regulan⁵⁸; comportamiento que en el criterio de nuestra argumentación se identifica con la noción de “bien”, lo cual corresponde a un criterio de beneficio para quien actúa, es decir, para el individuo que desarrolla el comportamiento, el cual en su origen es volitivo, del fuero interno; pero se hace necesario que surta efectos

⁵⁷ Bilbeny, Norbert. Aproximación a la ética. Barcelona: Ariel, 1992. p. 14, al referirse al origen etimológico de la ética dice: “En cuanto a su origen etimológico, la ‘ética’ para empezar; presenta tres ascendientes nominales. Puede por un lado, provenir del nombre *éthos* (con *épsilon* al inicio), que significa tal como hemos dicho ‘hábito’ o ‘costumbre’. Éste es el sentido más generalizado de lo ético para los griegos. Puede, por otra parte, derivarse del sustantivo *éthos* (con esta o ‘e’ larga al principio), que significa dos cosas a la vez. Así, quiere decir ‘lugar habitual’ donde se vive, y, así mismo ‘carácter habitual’ de la persona. El ascendiente más arcaico de la palabra ‘ética’ coincide con este primer significado de lo ético o lo moral como expresión de la morada del hombre (Rousseau, Disc., 126; Heidegger, Carta, 127). El más nuevo se apoya, sin embargo, en la acepción de *éthos* como carácter del individuo agente. Ése es el sentido principal de lo ético para Aristóteles y el que a lo largo de la historia de la ética se entrelaza más a menudo con su acepción de hábito o costumbre”.

⁵⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. Ética en la abogacía, p. 2, dice al referirse al concepto de ética: “Una teoría de los actos humanos habituales ordenados de modo objetivo, en virtud de ciertos principios, presupuestos o postulados por el hombre mismo”.

en el mundo exterior, porque quien actúa hace parte de un conglomerado social y por esta razón es obligatorio que dicha noción de ética identificada como “bien” en el actuar se ajuste a parámetros objetivos, de beneficio para cada uno pero a su vez para todos los miembros del grupo social.

Implica entonces, que sea imperioso identificar una noción objetiva (dentro de las limitaciones conceptuales que pueda implicar el término) de “bien” en el actuar, para así establecer en que consiste la ética en el comportamiento humano y que trascienda y se exprese en postulados morales.

En efecto, la noción de bien, que en principio se identifica con el beneficio de quien actúa, en cuanto a un comportamiento reiterativo (costumbre) en el sentido griego del término, ha de relacionarse con el comportamiento de los demás, que de una u otra forma si lo hacen con el mismo criterio ético, han de buscar un beneficio para sí, lo que implica la necesidad de equilibrar el beneficio de uno con el de los demás, para que exista una objetividad en el actuar de los individuos y puedan establecerse reglas de comportamiento, todas ellas encaminadas en mi criterio a un fin determinado, el cual se identifica con la noción de “bien” o lo que para algunos es lo “bueno”⁵⁹.

Por tal razón, en el individuo existe lo que se ha denominado una conciencia moral⁶⁰, que hace referencia a los principios que rigen el actuar de toda persona, pero que han de relacionarse con el proceder de los demás, los cuales tendrán que encaminarse a un mismo fin, es decir, lograr el “bien”, lo “bueno” para todos; circunstancia que determina la existencia de postulados idénticos o

⁵⁹ Por tal razón, García Maynez, Eduardo. Ética. México: Porrúa, 1977. p. 12, hace referencia a que el objeto es: *“la moralidad positiva, o sea, el conjunto de reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno”*.

⁶⁰ García Alonso, Luis. Ética o filosofía moral. México: Trillas, 2006. p. 187, en referencia a Kant dice: *“Hay una forma de actividad espiritual que puede ser llamada ‘conciencia moral’ y que contienen ciertos principios por los cuales los hombres rigen su vida; estos principios son una base para formular juicios morales de sí mismos y de cuanto lo rodea [...] Kant da un nombre al conjunto de principios de la conciencia moral: ‘razón práctica’, término empleado por Aristóteles y después de él por muchos otros”*.

similares en lo que se debe entender por “bien o “bueno”, que si observa desde la perspectiva individualista se ha entendido como el beneficio particular, pero que en el escenario social, tiene que enmarcarse como aquello que beneficia a todos y cada uno de quienes integran la comunidad, ya que el individuo no vive aislado sino en relación con los demás⁶¹.

En tales circunstancias, serán las reglas de comportamiento individual, que trascendiendo en el mudo exterior, determinen la existencia de un actuar recto, ajustado a la noción de bien social, es decir, aquel que favorece a toda la comunidad y en esta medida, entra en el campo de la moralidad, porque se trata de una actuación que trasciende al mundo exterior en las relaciones entre los integrantes de la sociedad, quienes partiendo de los principios del actuar individual, aceptan o adoptan postulados generales de comportamiento que se tornan éticos, en cuanto al ser comunes y reiterativos buscan el beneficio general, entendiendo éste como noción de “bien”.

Lo dicho es así, en la medida que al grupo social le corresponde adoptar los criterios que se deben tener en cuenta para considerar una actuación ajustada a la ética, que al salir del plano individual se convierte en una ética social y que de alguna manera podría llamarse como algunos lo hacen en una moral civil⁶²; pero que en cualquier caso hace referencia al acuerdo en las reglas de comportamiento dentro de la sociedad, las cuales, de todas formas, pueden

⁶¹ Aranguren, José Luis. Ética. Madrid: Biblioteca Nueva, 2009. p. 46, presenta una referencia muy interesante de la relación de la ética y la sociología y para ello expresa: *“Ciertamente el hombre es constitutivamente social. Vive inmerso en la sociedad y recibe de ella un sistema de valoraciones morales -la moral socialmente vigente- que, con frecuencia, acepta sin más. Esto es verdad. Pero a esto agrega el sociologismo que la fuerza moral que la fuerza moral de estas valoraciones procede, pura i simplemente, de la presión social”*.

⁶² Cortina, Adela. Ética mínima. 15a ed. Madrid: Tecnos 2012. p. 182, quien lo plantea de la siguiente manera: *“Según una acertada caracterización de Pedro Laín Entralgo, puede entenderse por ‘moral civil’ aquella que ‘cualesquiera que sean nuestras creencias últimas (una religión positiva, el agnosticismo o el ateísmo), debe obligarnos a colaborar lealmente en la perfección de los grupos sociales a los que de tejas abajo pertenezcamos... Sin un consenso tácito entre los ciudadanos acerca de lo que sea esencialmente esa perfección, la moralidad civil no parece posible’.*

La moralidad civil presupone, pues, unos ciertos ideales compartidos entre los miembros de una sociedad civil como la nuestra”.

variar con fundamento en los diversos factores tanto internos de los individuos, como externos de la conformación social⁶³.

Por tal razón, la noción de bien, de lo bueno que corresponde al interior de cada persona, trasciendo al mundo exterior, y se convierte en una ética social o en la fundamentación del concepto de “moral”, porque necesariamente se expresa y desarrolla dentro del grupo social; lo que determina que los conceptos de ética y moral estén íntimamente ligados, porque para algunos tienen la misma sustancialidad y para otros se distinguen en la subjetividad y objetividad, es decir, en el carácter volitivo e interno de una y externo de la otra.

En efecto, como lo expresa Gustavo Ortiz Millán: *“En resumen, etimológicamente, "ética" querría decir, conjuntando sus dos posibles etimologías, "carácter", "morada" o "costumbre". Por otro lado, "moral" significaría "costumbre", pero habría también un sentido en el que significaría "carácter". En otras palabras, etimológicamente los dos términos no difieren mucho uno del otro, tienen significados muy semejantes. No parece haber habido un sentido diferenciado de los términos "ética" y "moral" en el mundo clásico (de hecho, los griegos poseían sólo el término "ética"), ni es claro que cuando Cicerón introduce el término "moral" "para que se enriquezca la lengua latina", haya pensado en usarlo con un significado radicalmente diferente que el que tenía "ética", entendida como el estudio de las costumbres. Finalmente, y más importante tal vez, el origen etimológico de una palabra no tiene por qué fijar su significado: muchas palabras tienen actualmente significados diferentes o incluso opuestos a los que tenían las palabras de las que provienen etimológicamente, y eso no quiere decir que tendríamos que modificar el significado actual para hacerlo coincidir con su origen”*⁶⁴.

⁶³ Se podría pensar que se trata en un relativismo en la noción de ética, lo cual en cierta medida lo considero cierto, ya que los criterios determinantes de la misma son de una naturaleza dinámica, así tengan el carácter interno o externo a las personas que actúan, e la medida que la realidad social cambia así como lo hacen los individuos, personas o ciudadanos.

⁶⁴ Ortiz Millán, Gustavo. “Sobre la distinción entre ética y moral”, p. 113-139. Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 45, octubre 2016.

Por tal razón, cuando el Diccionario de la Lengua Española se refiere al término moral, lo refiere al comportamiento humano, al conjunto de normas y costumbres que se consideran buenas para dirigir o juzgar el comportamiento de las personas en la comunidad; concepto que lleva a identificar a la moral con el actuar humano en sociedad, encaminado al bien no solo de quien actúa sino de todos, en el entendido de un beneficio general.

Moral que se materializa a través de reglas y principios que van a regir el comportamiento de las personas, de acuerdo a criterios adoptados por el grupo social, como si se tratara de una regla de reconocimiento en los términos de Hart⁶⁵ o en la aceptación como lo han planteado otros doctrinantes⁶⁶.

Por tal razón, la moral implica reglas de comportamiento, derivadas de principios, valores, y normas adoptadas por el grupo social como expresión del concepto de bueno, en la expresión de las nociones de bien o beneficio para los individuos en comunidad; reglas de comportamiento que se convierten en deberes de obligatorio cumplimiento, por lo que en un criterio Kantiano podrían tener la característica de imperativos de lo bueno y lo justo⁶⁷.

Moralidad que para el tema que me ocupa, implica la garantía, preservación, conservación de la vida humana, como el bien o beneficio máspreciado para un individuo⁶⁸, lo que ha determinado que en algunos sistemas jurídicos sea consagrada como un derecho fundamental de la persona; pero además con el carácter de inviolable, lo que determina que no sea susceptible de disposición por las demás personas, y solamente de forma excepcional en casos muy especiales y ampliamente controvertidos, como la pena de muerte o el aborto es autorizada su disposición como consecuencia de consagraciones

⁶⁵ Hart, Herbert L. A. El concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

⁶⁶ Ver Güechá Medina, Ciro Nolberto. Poder público y principio de legalidad: limitación de la discrecionalidad del poder, desde la validez normativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2019.

⁶⁷ Pérez Carrillo, Agustín. "Los conceptos de moral y derecho en Kant", p. 595-623. Revista de la Facultad de Derecho de México. No. 75-76, 1969.

⁶⁸ Ver Hernández Ortiz, Héctor. "Argumentos seculares en favor de la preservación de la vida humana", p. 81-98. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas. Año 8, No. 20, 2016.

constitucionales normalmente.

En tal sentido, el derecho colombiano ha reconocido el derecho a la vida con el carácter de fundamental, lo que determina que verifiquemos en qué consiste tal calificativo para el desarrollo del tema que me ocupa.

2. LA VIDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

El Título II, Capítulo I, de la Constitución de 1991 se refiere, los derechos fundamentales, los cuales constituyen el núcleo esencial de la referencia normativa superior dentro del Estado social de Derecho a que hace alusión el artículo primero⁶⁹.

Noción que involucra dos conceptos, el primero corresponde el de derecho en términos generales, el cual se identifica como aquella potestad, facultad, pretensión o prerrogativa que le corresponde a una persona, por el hecho de serlo o por ministerio o decisión de la ley; en el segundo, cuando se dice que un derecho le pertenece a una persona por tener tal condición, implica que es un derecho subjetivo, un derecho humano y que además es de su naturaleza, en el sentido que se le atribuye por el hecho existir, correspondiendo esta noción a la de derecho fundamental.

En efecto, el término derecho fundamental involucra aquellos derechos que les corresponden a todas las personas por la simple naturaleza de ser seres humanos; es decir, que nacen o se derivan de la propia existencia humana, sin que provengan de ninguna regulación normativa; lo que sucede, es que el derecho los reconoce y les da identidad, pero le pertenecen al individuo por el hecho de serlo, en la medida que son connaturales al hombre⁷⁰.

⁶⁹ Ver Villar Borda, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho", p. 73-96. Revista Derecho del Estado. No. 20, 2007. p. 86: *"El Estado que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto al os clásicos derechos políticos y civiles, es conocido como Estado social"*.

⁷⁰ Sánchez Marín, Ángel Luis. "Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales", p. 229-238. Eikasía, Revista de Filosofía. No. 55, marzo 2014. p. 229 indica: *"Se entiende por derechos*

Como se puede observar, la noción de derecho fundamental va íntimamente ligada con la de derechos subjetivos⁷¹, derechos humanos⁷²; pero en cualquier caso implica un derecho del individuo por el hecho de existir, que es de su naturaleza, propio de su existencia, el cual tiene el máximo rango dentro del ordenamiento jurídico y la máxima fuerza jurídica⁷³.

En el sistema jurídico colombiano la noción de derecho fundamental está íntimamente ligada al concepto de derecho individual dentro del Estado social de Derecho; pero además debe cumplir con tres requisitos los cuales corresponden a: i) tener una conexión directa con los principios constitucionales, ii) eficacia directa y iii) contenido esencial⁷⁴.

fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana (1). Consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria”.

⁷¹ Ver Escobar Rozas, Freddy. “El derecho subjetivo, consideraciones en torno a su esencia y estructura”, p. 280-298. Ius et Veritas. Año IX, No. 16, 1998.

⁷² Las Naciones Unidas. Derechos humanos. 2020. Ubicado en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>, dice: “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna”.

⁷³ Así lo plantea Alexy, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. En Miguel Carbonell Sánchez, Neoconstitucionalismo(s), p. 31-48. Madrid: Trotta, 2009. p. 33 cuando expresa: “El primer extremo, el máximo rango en el ordenamiento en gradas del Derecho estatal, es el resultado de la simple circunstancia de que los derechos fundamentales se hallan regulados en la Constitución. De ello y de los principios *lex superior derogat legi inferiori*...El artículo 1.3 LF dispone que los derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente al legislativo, al Ejecutivo y al judicial”.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, expediente T-778. M. P. Ciro Angarita Barón, lo expone de la siguiente manera: “Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación. Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera,

Debo aclarar, que si bien es cierto, los derechos pertenecen a los individuos por razón de su existencia y se materializan dentro del Estado, tienen existencia antes y por sobre el Estado; en tal circunstancia, corresponde a la conformación estatal la garantía y efectividad de los mismos⁷⁵; es decir, que el Estado es el primero en la obligación de protección de los derechos fundamentales, ya que el mandato del artículo segundo constitucional establece como un fin esencial de la conformación estatal, la protección de los principios y derechos previstos en el texto constitucional.

En las anteriores circunstancias, el derecho a la vida está consagrado en la Constitución Colombiana de 1991 en el título correspondiente de los derechos fundamentales, específicamente en el artículo 11 que expresamente dice: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”*⁷⁶.

El derecho fundamental a la vida es reconocido por todo el conglomerado social; pero además es objeto de especial protección por el Estado, en la medida que constituye un valor supremo entorno al cual se desarrolla todo el sistema jurídico dentro del Estado social de Derecho, por cuanto sin la existencia de los individuos no es posible conformar alguna organización social, así el Estado no deba dedicarse solamente cuidar la vida de a las personas como lo planteaba

el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial”.

⁷⁵ La Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992, expediente T-2635. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein lo indica en los siguientes términos: *“Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia -aún de su concepción- y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo ésta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable”.*

⁷⁶ La Corte Constitucional prevé el derecho a la vida como fundamental en la Sentencia T-288 de 2019, expediente T-6.899.349. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, lo contempla de la siguiente manera: *“En el ordenamiento colombiano, la vida ha sido determinada como un derecho no solo de carácter fundamental, sino también inviolable, cuya protección ha sido declarada como un imperativo máximo tanto para todos los residentes como para todas las autoridades de la República; obligación consagrada en la Constitución Política – artículos 2 y 11 – así como en tratados internacionales relativos a los derechos humanos, y por tanto, pertenecientes al ordenamiento constitucional en virtud del artículo 93 Superior”.*

Hegel⁷⁷, sino que tiene una perspectiva más amplia, como puede ser la dignidad humana, por ejemplo.

Sin embargo, el derecho a la vida por ser en mi concepto el más fundamental de todos los que corresponden al ser humano, esto sin entrar en la discusión de si existen derechos fundamentales de primera y segunda categoría, o lo que algunos han llamado derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, es inviolable en los términos del artículo 11 constitucional, así por vía jurisprudencial se haya previsto que el concepto de inviolabilidad no es absoluto, sino que debe ser ponderado con otros derechos, para establecer aplicación y de una u otra forma primacía entre ellos⁷⁸.

Inviolabilidad que implica la obligación suprema de Estado de proteger la vida de las personas, la cual se ha convertido en un fin esencial como lo prevé el artículo segundo de la Constitución de 1991⁷⁹, y lo ha ratificado la Corte Constitucional en múltiples jurisprudencias, yendo mucho más allá de la simple protección de la existencia, sino que lo ha llevado a la necesidad de garantizar una vida en condiciones dignas y justas⁸⁰.

⁷⁷ Becchi, Paolo. “Del individuo y del Estado: anotaciones sobre unas lecciones de Norberto Bobbio sobre Hegel y el Estado”, p. 125-135. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). No. 44, marzo-abril 1985. p. 132.

⁷⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016, expediente D-11058. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁹ El artículo segundo de la Constitución de 1991 expresamente consagra: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1999, expediente T-209161. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz lo expresa de la siguiente manera: “En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede

Protección que se ha establecido en igualdad para todas las personas como una regla de principio, lo que lleva a que la garantía sea idéntica para todos los individuos con el fin de evitar discriminación o arbitrariedad por alguna circunstancia que se torne discrecional para el Estado; por el contrario, en circunstancias excepcionales existe una protección reforzada para quienes están en condiciones especiales como ocurre con los denominados adultos mayores⁸¹.

Lo anterior es así, porque los adultos mayores se encuentran en condiciones especiales que ameritan una protección mayor por parte del Estado; pues por su avanzada edad pueden presentar condiciones de salud más frágiles, que implican mayores atenciones para preservar la vida de quienes en muchas ocasiones han cumplido con el ciclo económico productivo y no pueden desarrollar una actividad laboral en condiciones de igualdad que las personas jóvenes⁸².

Sin embargo, el criterio de garantizar de manera reforzada el derecho a la vida para algunas personas que se encuentran en estado especial como ocurre con los adultos mayores, no es cumplido plenamente por el Estado y en tales condiciones son objeto de exclusión, de discriminación, tal vez porque han culminado su ciclo productivo y no constituyen un sector que pueda generar beneficios para la economía de un país; sino que por el contrario, generan erogaciones que los estados tratan de evitar, prestando un ineficiente servicio de salud y preocupándose muy poco por el bienestar de quienes han cumplido con el deber de generar desarrollo a través de múltiples actividades productivas.

Esta circunstancia se ve especialmente agravada con la situación actual que vive el mundo con la pandemia del COVID-19, ya que está atacando con mayor agresividad a los adultos mayores, lo que implica que los estados deban

ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados”.

⁸¹ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-252 de 2017, expediente T-5.925.309. M. P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

⁸² La igualdad como principio constitucional está previsto en el artículo 13 de la Constitución Colombiana de 1991.

encaminar sus mayores esfuerzos en su protección.

3. EL DERECHO A LA VIDA, SU PROTECCIÓN EN LA EXCEPCIONALIDAD DERIVADA DEL COVID-19 Y LA POSIBLE AFECTACIÓN DE LA ÉTICA Y LA MORAL

Para nadie es un secreto que la pandemia del COVID-19 ha generado un estado de excepcionalidad en aspectos sanitarios, económicos, de convivencia, jurídicos, entre otros, el cual debe ser afrontado de la mejor manera posible por los estados; es decir, adoptando las medidas que sean necesarias para conjurar la crisis.

Por tal razón, en lo que hace referencia a Colombia, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia con fundamento en el artículo 215 constitucional que permite al Presidente de la República con la firma de todos los ministros declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar de forma grave el orden económico, ecológico y social, o que constituyan calamidad pública.

En igual sentido, la Ley 137 de 1994, que hace referencia a los estados de excepción y desarrolla el artículo 215 constitucional, fundamenta la facultad del presidente de la República, para que con la firma de todos los ministros decrete el estado de emergencia, con el fin de hacer frente a la excepcionalidad derivada de casos como el coronavirus.

Declaratoria de estado de emergencia, que le otorga poderes excepcionales al Presidente de la República, facultándolo para dictar decretos con fuerza de ley, encaminados a conjurar o solucionar el estado de excepcionalidad que se presenta

Es decir, que en el sistema jurídico colombiano existe un sustento constitucional y legal para otorgar poderes excepcionales al Presidente de la República con el fin de adoptar todas las medidas que se necesiten para atender adecuadamente

una situación tan atípica como la que ocurre actualmente, a través del otorgamiento de competencias legislativas.

Para tal fin, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el cual expresamente se titula: *“Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”*, acto que tiene la naturaleza jurídica de decreto legislativo con fuerza normativa similar a la de la ley como acto expedido por el Congreso y un control de constitucionalidad en los términos previstos en el artículo 241 numeral 7 de la Carta Superior de Colombia.

Con fundamento en dicha declaratoria de emergencia se han expedido un sinnúmero de decretos, todos ellos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, especialmente encaminados a proteger la vida de todas las personas, puesto que la pandemia afecta de manera sustancial este derecho fundamental, con el agravante que se concentra en atacar especialmente a las personas de avanzada edad.

Debo aclarar, que en el sistema jurídico colombiano, por la conformación de Estado descentralizado, existen competencias radicadas en los alcaldes y gobernadores que les permiten tomar medidas para atender la crisis; sin olvidar que posee la característica de Estado unitario y que a pesar de ser los directos competentes para manejar el orden público en sus territorios según lo previsto por el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la ley 1551 de 2012 en lo que hace referencia a los alcaldes y el artículo 95 del Decreto 1222 de 1986, pueden ser desplazados por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189 numeral 4 de la Constitución.

Pero en cualquier sentido, las competencias de uno y otros se encaminan a proteger de manera preferente el derecho fundamental a la vida; sin embargo, en el evento en que la pandemia siga creciendo en Colombia, será muy difícil atender adecuadamente a todas las personas que se infecten con el coronavirus, porque las condiciones sanitarias son limitadas y en tal medida no será posible suministrar todas las ayudas médicas que necesitan los pacientes para superar la enfermedad.

Es decir, existe una imposibilidad médica material de enfrentar de manera correcta la crisis, la cual se deriva de dos circunstancias: la primera por la negligencia de los estados de preparar sus sistemas sanitarios para enfrentar pandemias como la que se está presentando, más aún, para atender el día a día de la salud de las personas; la segunda, a pesar de haber sido los estados muy diligentes y tener un sistema sanitario muy fuerte, la pandemia se puede extender tanto, que de todas formas el sistema colapsa y no será posible atender a todos los pacientes.

En tal sentido, el Estado tendrá que decidir cómo y a quién atiende; es decir, a quien le suministra un respirador, una UCI, servicios de hospitalización, etc, lo que significa que tendrá que optar por indicar a quien salva y a quien deja morir; situación extrema pero que está sucediendo en países que supuestamente son del primer mundo como Italia, España, Estados Unidos de Norte América. Que podrá pasar con un país como Colombia que es considerado emergente.

Lo más probable es que la situación planteada ocurra y en esta medida el derecho fundamental a la vida es claramente vulnerado para aquellos a quienes no se les suministre atención médica adecuada, porque muy posiblemente van a morir, configurándose una clara violación al derecho fundamental, ya que no existe y en verdad no puede existir un criterio de peso que justifique la decisión de dejar morir a uno y vivir a otro.

Tal vez con un fundamento del denominado neoconstitucionalismo⁸³, se pueda decir que hay que ponderar⁸⁴, pero habrá que tener mucho cuidado para no caer en la arbitrariedad, porque los fundamentos de dicha ponderación tendrán que ser muy fuertes porque en realidad se está ponderando el derecho de la vida de uno frente al derecho a la vida de otro, y no el derecho a la vida frente a otro

⁸³ Sobre neo constitucionalismo ver Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 17.

⁸⁴ Montealegre Lynett, Eduardo; Bautista Pizarro, Natalia y Vergara Peña, Luis Felipe. La ponderación en el Derecho: evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 11.

derecho fundamental, lo que en última instancia puede dejar ver una simple e inaceptable discrecionalidad o arbitrariedad⁸⁵.

Peor aún, como el derecho que está en peligro es el de la vida de las personas de la tercera edad principalmente, tal vez podrán utilizar argumentos, como el cumplimiento del ciclo de existencia, prevalencia de la vida del joven, producción económica para la sociedad, posibilidad de recuperación etc., para justificar la atención de unos y otros, lo cual en mi parecer puede generar violación de criterios éticos y morales.

En efecto, como lo indiqué anteriormente, la ética y la moral de una u otra manera implican el bien, el beneficio para el individuo y la sociedad, de acuerdo a parámetros o criterios aceptados por la comunidad; es decir, de acuerdo a lo que podríamos llamar una regla de reconocimiento, que para el caso que ocupa este escrito, implica el respeto del derecho fundamental a la vida como fin esencial del Estado.

Pero si los estados y específicamente Colombia ante la imposibilidad material de atender médicamente a todas las personas infectadas con el virus, tiene que decidir, a quien presta atención y a quien no, está disponiendo del derecho fundamental a la vida de las personas, con criterios que pierden fuerza para sustentar tal determinación como fundamento de justificación y decir que se está respetando la ética y la moral imperante.

Lo anterior es así, porque la decisión de seleccionar a los pacientes a quienes se les suministrará un respirador artificial o llevarlo a la UCI, tendrá que provenir de algún criterio argumentativo, como podrá ser la ponderación de derechos; pero en este caso lo que se pondera en última instancia es el derecho a la vida de dos personas, la del que es atendido y la del que no; criterio bien difícil de sustentar.

⁸⁵ En este sentido ver Estrada Vélez, Sergio. "La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad", p. 77-112. Revista Vniversitas. No. 121, julio-diciembre 2010.

Sin embargo, como el Estado tendrá en un momento dado que tomar dicha decisión; reprochable en todo sentido, porque en mi parecer se vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la vida, pero además contrariando principios éticos y morales de respeto por el derecho máspreciado para una persona⁸⁶; y en el caso que se acepte y se justifique la misma, se estarán cambiando los preceptos éticos y morales que imperan actualmente y se permitirá que se disponga de dicho derecho fundamental, con criterios que como lo indiqué anteriormente se acercan en mi parecer a lo que alguna doctrina denomina discrecionalidad, pero que en mi parecer de lo que se trata es de arbitrariedad, porque la argumentación, ponderación o justificación que establezca que se puede decidir válida o legítimamente a quien se deja morir y a quien no, en cualquier caso va a ser frágil, por la clase de derecho que está en juego⁸⁷; esto es así, ya que si llegara a existir la discrecionalidad, tendría que darse dentro de la validez y legitimidad, pero en este evento no es posible.

Considero que en este caso los criterios de ponderación de derechos que son muy utilizados en la actualidad, se tornan débiles porque se trata del derecho a la vida de una persona, frente al derecho a la vida de otra persona, siendo del mismo peso, nivel y categoría, lo que en mi concepto va a dificultar (sin que diga que es absolutamente imposible) una comparación para establecer prevalencia de uno respecto del otro, en la medida que existe identidad al tratarse del mismo derecho, lo que significa una dificultad racional en la ponderación⁸⁸.

Como se puede observar, si se viola el derecho a la vida de las personas por causa del COVID-19 en los términos en que han sido planteados, se presentan dos situaciones: la primera, que se considere violado el derecho fundamental, en este caso, los criterios éticos y morales que han sido adoptados, se mantienen

⁸⁶ La vida es el don máspreciado que Dios nos ha dado, que ha tenido tantas definiciones que solo puedo traer a colación lo que decía Calderón de la Barca sobre la vida: *“¿Qué es la vida? Un frenesí. ¿Qué es la vida? Una ilusión, una sombra, una ficción, y el mayor bien es pequeño: que toda la vida es sueño, y los sueños, sueños son”*.

⁸⁷ Sobre discrecionalidad, ver López Peña, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2015.

⁸⁸ Respecto a la crítica a la ponderación, ver Habermas, Jürgen. *Faktizität am Main*, 1994. p. 312.

y en esta medida, se considera inmoral tal violación,; la segunda, que se acepte y no sea reprochable dejar morir a una persona en los términos indicados, es decir, por la imposibilidad material de atenderlo; entonces no se está violando el derecho fundamental y los preceptos éticos y morales se tienen por sustituidos o al menos se limitan.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DEL CORONAVIRUS: ¿UNA FALLA RELATIVA QUE EXIME DE LA REPARACIÓN?

Como lo he venido tratando, cuando el Estado por imposibilidad material decida no atender a una persona, va a estar afectado el derecho fundamental a la vida, por lo que hay que determinar si existe responsabilidad del Estado por los daños causados.

En tal sentido lo voy analizar desde el punto de vista de la imputación de responsabilidad por falla en el servicio, es decir, de aquella que surge de actuaciones irregulares del Estado.

4.1. LA FALLA PROBADA

En el derecho colombiano, la falla probada se ha constituido en el título de imputación *de responsabilidad por excelencia, en la medida que las actuaciones irregulares han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado; en efecto, si se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado, ésta ha sido la mayor expresión de responsabilidad administrativa, a pesar que la responsabilidad objetiva es de más vieja data dentro de nuestro sistema jurídico*⁸⁹.

⁸⁹ Como se indicó en acápite anteriores, la responsabilidad objetiva del Estado se contempla desde la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, cuando se determinó la obligación de la administración de indemnizar perjuicios, en caso de expropiación.

De la misma manera que la concepción clásica francesa de la responsabilidad por falla, en el ordenamiento nacional, se han consagrado en principio como expresiones de este título de atribución de responsabilidad, circunstancias que implican que la Administración no ha actuado, lo ha hecho tardíamente, o la actuación ha sido anómala. Lo anterior significa que la actividad del Estado en la falla del servicio se enmarca en conductas positivas como en los eventos en que ha actuado mal y en conductas de omisión para los casos en que no haya actuado o la actuación ha sido tardía.

La jurisprudencia del Consejo de Estado desde sus inicios⁹⁰, ha sido clara en contemplar las formas en que se manifiesta la falla en el servicio, a partir de los criterios tradicionales de responsabilidad subjetiva para identificar este título de imputación, donde las omisiones administrativas, por ejemplo, han dado lugar a atribuciones de responsabilidad e indemnización de perjuicios, como consecuencia del no actuar de una entidad pública⁹¹.

Pero es el actuar del Estado, el que ha caracterizado y determinado la noción de este título de imputación, porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha seguido dicho criterio, sin desconocer que lo que la identifica es que la actuación sea irregular⁹², en las diversas modalidades que existen de la

⁹⁰ La competencia del Consejo de Estado para conocer de asuntos de responsabilidad es relativamente reciente, pues data del año de 1964, ya que antes y a pesar de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa desde el año de 1913, pues se estableció con la Ley 130 de dicho año, era la jurisdicción ordinaria la que conocía de dichos conflictos.

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de noviembre de 1967. C. P. Gabriel Rojas Arbeláez, actor Alfonso Salazar y otros, dijo: “Se ha alegado por la parte demandada que solo después de la vigencia del Decreto de 1964 es procedente reconocer perjuicios por omisión del poder público, puesto que solo en este estatuto, esa causal se consagró, expresamente, y que en consecuencia debe absolverse a la Nación. La afirmación carece de exactitud y considerándolo así, la sala de lo contencioso administrativo profirió la sentencia del 7 de mayo de 1963, expediente No 412, actores María Elena Umaña y otros, sentencia que por la causal de omisión, resultaron condenados a pagar indemnizaciones los municipios de Barranquilla y Bogotá respectivamente”. Tomado de López Morales, Jairo. La responsabilidad patrimonial del Estado (t. I). Bogotá: Doctrina y Ley, 1997. p. 146

⁹² Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 20 de 1995. C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, confirma que el criterio para determinar la existencia de

irregularidad; porque es preciso indicar, que este término tiene una gran amplitud y se puede identificar en un sinnúmero de actuaciones ⁹³, *circunstancia que nos lleva a alejarnos de algún concepto del Consejo de Estado Colombiano, que parece adoptar sin mayores reparos la noción clásica francesa de falla del servicio, a que hicimos referencia*⁹⁴.

*De todas maneras, en la falla probada del servicio, es necesario demostrar la irregularidad en la actuación administrativa, es decir, la culpabilidad de quien desarrolla la actividad, lo que significa, que además de acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y por el contrario, se muestra como vulnerador de derechos*⁹⁵.

falla del servicio, es la actuación irregular de la administración cuando dice: "Si bien es cierto que el daño que sufrió el conscripto, ocurrió cuando adelantaba labores de la actividad castrense rebasó los límites del riesgo que en la tarea de guardianes de la vida honra y bienes de los ciudadanos tienen que soportar, mas cuando para este tipo de misiones, no aparece demostrado por la administración que le facilitó los medios suficientes para que llevara a cabo con la debida seguridad para su integridad personal, la tarea que se le concedió como tampoco la misma entidad demostró que el lesionado tuviese destreza para escalar a la altura que lo hizo, sin comprometer la responsabilidad personal. Así las cosas, como en el caso sub-examine, se evidencia que la administración incumplió con la obligación de retornar en similares condiciones de salud a las que tenía cuando ingresó Robinson Carrillo Molinares, a prestar el servicio militar obligatorio".

⁹³ Así por ejemplo, la falla en el servicio por una actuación irregular de la administración, se encuentra en los actos ilegales de una autoridad pública, que son controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que de ser anulados, lo que dejan ver es una entidad alejada de la obligatoriedad de cumplir con el ordenamiento jurídico.

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005. M. P. Ramiro Saavedra Becerra, al referirse a las modalidades de la falla del servicio dijo: "No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico (se refiere al artículo 90 constitucional que consagra la responsabilidad del Estado por daño antijurídico) como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro de la cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio". Paréntesis fuera del texto.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10.494, sentencia del 29 de agosto de 1996. M. P. Daniel Suárez Hernández.

Pero además, en esta clase de responsabilidad, la jurisprudencia y la doctrina han identificado otras modalidades, dentro de las cuales se encuentra la falla relativa, la cual hace referencia a que a la Administración se le aplica el principio general de derecho que expresa: nadie está obligado a lo imposible y así, una entidad pública no está conminada a realizar actuaciones que no se encuentre en capacidad de realizar; lo que implica, que si se llega a causar un daño ante la no actuación del Estado, la falla será relativa⁹⁶.

Significa lo anterior, que no puede atribuírsele responsabilidad y obligar a la indemnización de perjuicios, cuando los mismos son causados por la actuación de una entidad pública, a pesar que ha actuado con la mayor diligencia, cuidado y utilización de todos los recursos con que cuenta, pero sin embargo el daño se produce de manera inevitable⁹⁷; lo cual evidencia que no existió una actuación irregular por lo que en nuestro parecer se presenta una ausencia de responsabilidad de la Administración, ya que todo daño que se causa no genera una obligación automática de reparación.

Por otra parte es preciso indicar, que en la falla relativa nos encontramos frente a los conceptos de Estado ideal y Estado real, en cuanto a que si bien es cierto es su obligación proteger la vida, bienes y honra de los ciudadanos⁹⁸, dicha obligación se relativiza por las condiciones materiales que se presentan en el País, lo que hace que en ocasiones las autoridades públicas no puedan cumplir adecuadamente con la obligación constitucional de protección, sin que signifique que han actuado irregularmente; por el contrario, se puede

⁹⁶ Ruiz Ojeda, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010. p. 12.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 16.626. M. P. Alier Hernández Enríquez, quien además la presenta de la siguiente manera: “Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre pese a su diligencia no quedará comprometida su responsabilidad”.

⁹⁸ Así lo prevé la Constitución Colombiana de 1991.

evidenciar de alguna manera que la actuación fue perfectamente diligente y sin embargo se genera el perjuicio, pero este no es indemnizable, al no existir responsabilidad atribuible al Estado⁹⁹.

Consideramos entonces, que en los eventos antes planteados, más que existir una falla relativa del servicio, hay es una actuación de la administración ajustada a parámetros de regularidad o legalidad y en estas circunstancias se presenta una ausencia de responsabilidad del Estado, por cuanto la actividad pública no es la que produce el daño y entonces, no se contiene el primer requisito de toda forma de imputación de responsabilidad estatal, como es la actuación de una entidad pública o particular que cumpla funciones públicas en la producción del daño.

En las anteriores circunstancias y particularizando a los posibles daños que el Estado pueda causar como consecuencia del COVID-19, es preciso indicar, que el Estado tendrá que indemnizar los perjuicios que se deriven de su actuación irregular, es decir de las omisiones en que hay incurrido, tales como la negligencia en que pudo haber incurrido para la prevención y contención del virus, así como las actuaciones por la atención irregular que se dé a los pacientes. En este caso es necesario probar la actuación irregular que ha sido la tendencia actual del Consejo de Estado, que ha remplazado de otra forma a la famosa falla presunta, pasando por la carga dinámica de la prueba.

Pero si la actuación del Estado es ajustada a un buen servicio público, pero si por la imposibilidad material de atender a todos los pacientes se tiene que dejar morir algunos, a pesar de estar afectando un derecho fundamental y generar un perjuicio, lo que se presenta es una falla relativa y en estricto sentido

⁹⁹ Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 16.894. M. P. Enrique Gil Botero, expresó: “La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el estado no se encuentra en brindar una protección personalizada a cada individuo que conforma el conglomerado social”.

ausencia de responsabilidad, porque lo que se estará configurando una eximente.

CONCLUSIONES

1. La ética y la moral constituyen conceptos jurídicamente indeterminados, porque no existe unidad en su comprensión.
2. Los criterios éticos y morales, son aceptados dentro del medio social a través de reglas adoptadas por la comunidad, que se pueden identificar con aquellas denominadas reglas de reconocimiento.
3. La vida constituye un derecho fundamental reconocido constitucionalmente por el sistema jurídico colombiano de manera expresa en el artículo 11 superior.
4. El derecho fundamental a la vida es inviolable y por tal razón constituye un fin esencial del Estado protegerlo de forma adecuada.
5. Con la crisis que está generada por el COVID-19, el derecho a la vida se está viendo afectado, porque los estados están en la imposibilidad material de atender adecuadamente a todas las personas; circunstancia que determinan que a algunas se tenga que dejar morir y a otras no, con criterios que en mi concepto son muy difíciles de sustentar.
6. Si se reprocha la actitud del Estado de salvar a unos y dejar morir a otros, se están manteniendo los postulados éticos y morales que imperan actualmente en la sociedad, en cuanto a la necesidad de proteger por todos los medios el derecho a la vida.
7. Si se acepta que mueran unos y se salven otros, sin reprochar al Estado, los criterios éticos y morales se desvanecen y podría decir que está naciendo una nueva moralidad social.

8. En el presenta caso, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia no existe responsabilidad el Estado por los daños antijurídicos que cause, porque ante la imposibilidad material de atender adecuadamente a todas la personas afectadas con coronavirus, ya que se presenta una falla relativa del servicio.
9. Sin embargo si existe una falla probada por haber existido negligencia en la prevención o mitigación del virus, existirá responsabilidad estatal por la actuación irregular en que incurra.
10. En todo caso, la vida es el bien máspreciado del hombre que en cualquier circunstancia, así sea excepcional, debe protegerse por sobre cualquier criterio.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. En Miguel Carbonell Sánchez, Neoconstitucionalismo(s), p. 31-48. Madrid: Trotta, 2009.

Aranguren, José Luis. Ética. Madrid: Biblioteca Nueva, 2009.

Aristóteles. Ética a Nicómaco. México: Porrúa, 2004.

Balmes, Jaime. Ética. s.f. Ubicado en:
http://www.dfists.ua.es/~gil/etica_balmes.pdf

Becchi, Paolo. “Del individuo y del Estado: anotaciones sobre unas lecciones de Norberto Bobbio sobre Hegel y el Estado”, p. 125-135. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). No. 44, marzo-abril 1985.

Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bilbeny, Norbert. Aproximación a la ética. Barcelona: Ariel, 1992.

Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 20 de 1995. C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 16.894. M. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005. M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10.494, sentencia del 29 de agosto de 1996. M. P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de noviembre de 1967. C. P. Gabriel Rojas Arbeláez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 16.626. M. P. Alier Hernández Enríquez.

Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016, expediente D-11058. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia T-252 de 2017, expediente T-5.925.309. M. P. Iván Humberto Escruce Mayolo.

Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2019, expediente T-6.899.349. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, expediente T-778. M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1999, expediente T-209161. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992, expediente T-2635. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

Cortina, Adela. Ética mínima. 15a ed. Madrid: Tecnos 2012.

Escobar Rozas, Freddy. “El derecho subjetivo, consideraciones en torno a su esencia y estructura”, p. 280-298. *Ius et Veritas*. Año IX, No. 16, 1998.

Estrada Vélez, Sergio. “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad”, p. 77-112. *Revista Vniversitas*. No. 121, julio-diciembre 2010.

García Alonso, Luis. Ética o filosofía moral. México: Trillas, 2006.

García Maynez, Eduardo. Ética. México: Porrúa, 1977.

Güechá Medina, Ciro Nolberto. Poder público y principio de legalidad: limitación de la discrecionalidad del poder, desde la validez normativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2019.

Habermas, Jürgen. *Faktizität am Main*, 1994.

Hart, Herbert L. A. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Hernández Ortiz, Héctor. “Argumentos seculares en favor de la preservación de la vida humana”, p. 81-98. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*. Año 8, No. 20, 2016.

López Peña, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2015.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Ética en la abogacía..

Montealegre Lynett, Eduardo; Bautista Pizarro, Natalia y Vergara Peña, Luis Felipe. La ponderación en el Derecho: evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Naciones Unidas. Derechos humanos. 2020. Ubicado en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

Ortiz Millán, Gustavo. “Sobre la distinción entre ética y moral”, p. 113-139. Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 45, octubre 2016.

Pérez Carrillo, Agustín. “Los conceptos de moral y derecho en Kant”, p. 595-623. Revista de la Facultad de Derecho de México. No. 75-76, 1969.

Platón. La República o el Estado. Barcelona: Austral, 2011.

Ruiz Ojeda, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010.

Sánchez Marín, Ángel Luis. “Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales”, p. 229-238. Eikasia, Revista de Filosofía. No. 55, marzo 2014.

Villar Borda, Luis. “Estado de derecho y Estado social de derecho”, p. 73-96. Revista Derecho del Estado. No. 20, 2007.