

**BOLETÍN
OBSERVATORIO
JURISPRUDENCIAL**

**FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**“REFLEXIONES EN TORNO A LA
RESPUESTA DEL SISTEMA DE
PENSIONES FRENTE AL ESTADO
DE INVALIDEZ AUTO
PROVOCADO – ESTUDIO DE
CASO “ALCOHOLISMO Y
DROGADICCIÓN”**



Certificado
N° SC 6792-1



Certificado N°
CO-SC 6792-1



**GOBIERNO
DE COLOMBIA**



ÍNDICE

EDITORIAL Y CONTEXTO

Pg. 3

La seguridad social en Colombia contempla la posibilidad de transmitir o transferir, el monto o ingreso pensional de las personas o jubilados que fallecen...

PRESENTACIÓN DEL TEMA ESTUDIADO

Pg. 4-6

Dentro del marco general de pensiones, para la protección de aquellas personas que, por su condición física cualificada en la pérdida de capacidad laboral...

ANTECEDENTES NORMATIVOS - CONCEPCIONES DE INVALIDEZ ANTERIORES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES (LEY 100 DE 1993)-

Pg. 7-9

Un elemento característico del estado de invalidez, en tanto produce efectos patrimoniales, surge de proscribir la intencionalidad del asegurado en su situación...

EL ESTADO DE INVALIDEZ

Pg. 9-18

- I. Normatividad asociada, requisitos y generalidades.
- II. Invalidez inducida y su relación con la pensión por invalidez.
- III. ¿Qué es invalidez inducida o auto provocada?
- IV. Situación jurisprudencial – Pronunciamientos relacionados.

OPINION DE LOS EXPERTOS

Pg. 18-22

- A. Entrevista al Dr. Eduardo Rincón.
- B. Entrevista a la Dra. Diana Cuervo.

REFLEXIONES

Pg. 22-23

Los esfuerzos desde la legislación Ley 1566 de 2012 y Decreto 120 de 2010, estimulan la implementación de medidas para el consumo que comportan un problema de salud pública...

EDITORIAL Y CONTEXTO

La seguridad social en Colombia contempla la posibilidad de transmitir o transferir, el monto o ingreso pensional de las personas o jubilados que fallecen, a quienes dependen o dependían económicamente de aquellos, situación que ha evolucionado a raíz de transformaciones culturales, sociales y económicas, con fenómenos como la viudez no solo frente a las mujeres, sino también de los varones, los hijos menores y los dependientes por estudio o por la condición de discapacidad o invalidez permanente.

La dependencia del superstite, del menor o minusválido de quien proveía sus necesidades tiene una connotación garantista en nuestro ordenamiento jurídico, para aquellos que por su condición de salud o minoría de edad deben contar con la protección necesaria, en atención a su situación de debilidad o vulnerabilidad imposible de superar por sus propios medios.

La previsión normativa en esta temática, en principio cumple su propósito no obstante algunas situaciones parecieran desbordar su cauce, permitiendo que, en algunos casos, la declaratoria de invalidez por enfermedad, debido al consumo de alcohol o sustancias psicoactivas, en adulto económicamente activo le permita acceder a la pensión de sus progenitores, bajo la premisa de que su condición de salud lo incapacita para trabajar, facilitándole la continuidad de conductas que lejos de buscar una mejoría le permiten continuar un proceso autodestructivo, con la consecuente participación del Sistema de Seguridad Social como cómplice pasivo de situaciones inaceptables.

La enfermedad autoinfligida que da lugar a una declaratoria de invalidez merece un tratamiento especial que a la fecha se extraña, pues adicional a ello, las Juntas Calificadoras de cualquier orden no se pronuncian sobre los aspectos volitivos del calificado que dieron lugar a su condición, por lo que la calificación emitida se constituye en una autorización para el juez a efectos de conceder una mesada que en algunos casos llega a 25 salarios mínimos con carácter vitalicio, lo que no solo penaliza las finanzas del sistema, si no que privi-

legia una situación de desmedro a la salud del individuo que, necesariamente, debería ser atendida por el sistema de salud y no por el de pensiones.

Esta reflexión debe llevarnos a buscar soluciones dentro del sistema de salud a quienes padecen de enfermedades autoprovocadas y no buscar atención a las mismas por la vía de la sustitución pensio-
nal, privilegiando estados patológicos en desmedro del sistema y de todos los afiliados a la seguridad social en pensiones de nuestro país, lo cual por fortuna no se presenta con marcada frecuencia, pero que también debe llamar nuestra atención para proponer correctivos a estas desviaciones.

En el presente número de nuestro observatorio jurisprudencial trataremos con cierto grado de detalle los aspectos atinentes a la pensión de invalidez, limitados únicamente por las posibilidades de nuestro formato.

2. PRESENTACIÓN DEL TEMA ESTUDIADO

Dentro del marco general de pensiones, para la protección de aquellas personas que, por su condición física cualificada en la pérdida de capacidad laboral, exigen el reconocimiento de prestaciones económicas para cubrir las contingencias derivadas de su estado de salud, vemos que por excelencia la pensión por invalidez constituye una herramienta que mitiga el impacto como también lo hace la pensión de sobrevivientes a favor de hijos en estado de invalidez, por ello estas prestaciones económicas se erigen como respuesta significativa, con la pretensión de cubrir la contingencia producida a una persona natural por la enfermedad, que impide su desempeño, debido a la disminución de su capacidad laboral.

Estas prestaciones, se enmarcan dentro del cimiento garantista contenido en el inciso tercero del artículo 13 constitucional, que junto al deber de protección *“especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que*

contra ellas se cometan”, permite integrar y promover condiciones de igualdad real y efectiva para esta población.

Ese margen de protección dirigido, coordinado y controlado como servicio público por el Estado, debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como se demanda por el artículo 48 *Ibíd.*em.

De allí se concluye que, la base constitucional establece un trato diferencial para quienes ven menguada su capacidad laboral debido a un estado de invalidez, que si acreditan cumplir otros requisitos legales obtendrán el reconocimiento y pago de la prestación por invalidez o por sobrevivencia.¹

Ahora bien, los instrumentos internacionales que se refieren al derecho a la seguridad social y que atañen con las prestaciones en comento, complementan la postura interna relacionada con el carácter fundamental de la protección a esa población, v. gr., la Conferencia N° 89 de 2001 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Con lo anterior se establece que la protección a las personas en condición de discapacidad y su relación con prestaciones como la de invalidez, es consecuencia del desarrollo de las garantías constitucionales e internacionales, bajo el necesario marco de igualdad y dignidad humana, que les perfila como sujetos de especial protección constitucional.

El margen de protección especial de esa población, demanda del Estado políticas de inclusión que brinden las garantías mínimas para satisfacer sus necesidades básicas; ello permite sostener la premisa, según la cual, es el principio de igualdad el que irradia fundamentalmente esa protección para las personas en estado de invalidez.

Ahora bien, al cotejar el estado de invalidez de una persona, asegurable con prestaciones pensionales como se vio, la Comunidad planteó una serie de interrogantes relacionados con el concepto

¹Nos referimos a la pensión de sobrevivientes a favor de hijos mayores de edad en condición de invalidez de acuerdo con el literal c del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

invalido, es decir, aquella persona que ha perdido su capacidad para trabajar en el porcentaje señalado por la Ley bajo la precisión que esta condición no debe ser provocada intencionalmente. A partir de esta definición fue motivo de estudio el trámite de pérdida de capacidad laboral que se encuentra regulado en el Decreto –Ley- 019 de 2012 y el Decreto 1072 de 2015, pero con mayor atención el aspecto relacionado con la intencionalidad consagrada en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y su contraste con la pérdida de capacidad laboral como consecuencia de enfermedades ocasionadas por el consumo de sustancias psicotrópicas y alcohólicas.

De allí se concluyó que no existía profundización doctrinaria ni jurisprudencial, que precisara la relación existente entre la invalidez ocasionada *vr. g.* por el consumo de sustancias alcohólicas y psicotrópicas, como caso práctico de estudio, y la intencionalidad que limita la condición de invalido, según lo establece la norma *Ibidem*.

Con base en lo anterior se estableció la necesidad de analizar si dicha intencionalidad (i) está referida exclusivamente a la intención de lograr la protección por parte del Sistema General de Pensiones; (ii) quiénes serían los competentes para determinar dicha intención; y, finalmente (iii) si dicha intención puede predicarse en eventos de pérdida de capacidad laboral que son consecuencia de drogadicción y alcoholismo.

3. ANTECEDENTES NORMATIVOS - CONCEPCIONES DE INVALIDEZ

Un elemento característico del estado de invalidez, en tanto produce efectos patrimoniales, surge de proscribir la intencionalidad del asegurado en su situación, postura que se ha mantenido incólume, pese al tránsito legislativo, hasta nuestros días con un referente claro previsto por las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003.

Llama la atención, que si bien la intencionalidad en el estado de invalidez existe desde las primeras expresiones normativas (1946)

su desarrollo haya sido en cambio tan precario, con un tímido antecedente en el artículo 6° del Decreto 3041 de 1966 que señaló, de manera insuficiente a nuestro juicio, que el estado de invalidez se entiende provocado en aquellos casos que son consecuencia de un delito donde el beneficiario haya ostentado la calidad de sujeto activo.

A continuación, se establece el antecedente en la legislación para las prestaciones comprometidas con el estado de invalidez, esto es pensión de invalidez y sobrevivientes para hijos mayores en condición de discapacidad, señalando en cada norma el concepto para esta prestación.

El primer antecedente relevante para el análisis que se propone, se encuentra en la Ley 6 de 1945, que establece que la invalidez se presenta cuando el empleado u obrero haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio. El pago se realiza, mientras dure la incapacidad. Se destaca que en dicha normatividad no se hacía alusión a grado de pérdida de capacidad laboral sino al menoscabo de la aptitud para desempeñar alguna ocupación.

Por su parte, la Ley 90 de 1946, incorpora nuevos elementos a la prestación, señalando que la enfermedad no debe ser profesional o debe causarse por una lesión distinta a accidente de trabajo. A partir de esta previsión normativa, se observa que se proscribe la circunstancia de < provocación intencional > del estado de invalidez. Así mismo, la prestación se activa cuando el individuo pierde la capacidad de procurarse su sustento, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional o a su ocupación anterior.

Ya en 1966, el Decreto 3041, estableció que se reputará inválido el asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, perdiera la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a un tercio, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas.

La anterior disposición por primera vez, determinó cuándo se entiende provocado el estado de invalidez, ejercicio que acometió en los siguientes términos: <<Para efectos del derecho a la pensión, se considerará como provocada intencionalmente, la invalidez que resultare de la comisión de un delito en el cual el asegurado haya sido sujeto activo>>.

Por medio del Decreto 1848 de 1969, se denominó inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, haya perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

A través del Decreto 433 de 1971, en un lenguaje muy similar al usado en el Decreto 1848, se reglamentó el estado de invalidez, precepto normativo que prohíbe a su vez que la situación de discapacidad sea provocada intencionalmente y establece el monto de la prestación así: <<(…) una remuneración equivalente a la mitad, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas>>

En el Decreto 758 de 1990 <Por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios>, se insiste en vetar la intencionalidad en la situación de invalidez, adicionando el ingrediente de que la pérdida de capacidad laboral no haya sido consecuencia de la violación injustificada de los Reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios.

El Decreto 2837 de 1986, reglamentario de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, prevé el derecho a disfrutar de una pensión de invalidez a los empleados del Congreso y del Fondo que conforme las disposiciones aplicables a los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, se hallan en esa situación.

Finalmente, el Decreto 1359 de 1993 que reglamentó el régimen especial de congresista, considera invalido a quien pierde su capacidad laboral en una proporción no inferior al 75%.

4. EL ESTADO DE INVALIDEZ

Agotados los antecedentes normativos, se emprenderá el análisis del estado de invalidez, en aquellos casos donde la discapacidad que le sustenta es consecuencia del consumo de sustancias psicotrópicas o alcohólicas.

I. Normatividad asociada, requisitos y generalidades:

En Colombia, el reconocimiento de la pensión por invalidez de origen común, esencialmente, es consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, la cual se determina con base en el procedimiento legal relacionado con la calificación que efectúan las entidades competentes.

Parte del desarrollo legal de la prestación se encuentra en la Ley 100 de 1993, que establece en estado de invalidez aquella persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente haya perdido un 50% o más de su capacidad laboral.

Aunado lo anterior, con la reforma establecida por la Ley 860 de 2003, para ser acreedor de la prestación, en el caso de las personas menores de 20 de edad tendrán que acreditar 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez; para quienes son mayores de 20 años, deberán acreditar 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez; y, finalmente, para quienes han cotizado el 75% del total de semanas que se requieren para la pensión por vejez, que cumplen con el requisito contenido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, tendrán que acreditar 25 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a la

estructuración; por su parte, para acceder a la prestación de sobrevivientes como hijo inválido, se requiere acreditar la filiación, la situación de invalidez y la dependencia económica. Con relación a la calificación del estado de invalidez, el Artículo 41 Ibídem, modificado por el Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, señala que corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, así como a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez, así como el origen de estas contingencias; adicionalmente, y frente a la inconformidad del interesado por la calificación deberá ser remitida a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y su decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

De acuerdo con todo lo señalado, para que una persona adquiera la condición de invalidez deberá acreditar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, debidamente certificada por la Entidad competente para efectuar la calificación. Adicionalmente, como se ha destacado la causa no debe ser intencionalmente provocada.

II. Invalidez inducida y su relación con la pensión por invalidez:

En la RAE, la descripción de inválido implica: *“Que adolece de un defecto físico o mental, ya sea congénito, ya adquirido, que le impide o dificulta alguna de sus actividades”*.

De acuerdo con la definición, puede concluirse que la invalidez es un estado físico o mental que afecta al individuo de manera que, al disminuir su salud, le genera una pérdida significativa para desempeñarse laboralmente.

En este punto, en tanto se ha expuesto la noción de inválido, es preciso definir las situaciones de alcoholismo y drogadicción. Frente al alcoholismo la Organización Mundial de la Salud lo define como *<[el] consumo crónico y continuado (...)*

o periódico de alcohol² que se caracteriza por un deterioro del control sobre la bebida, episodios frecuentes de intoxicación y obsesión por el alcohol y su consumo a pesar de sus consecuencias adversas>. En el mismo orden de ideas, al describir el alcoholismo dicha organización lo considera un trastorno consecuencia de una causa biológica primaria y una evolución natural previsible, lo que se ajusta a las definiciones aceptadas de cualquier enfermedad. Conviene aquí destacar, que el tratamiento especializado le da la connotación de enfermedad.

Igual escenario muestra el tratamiento médico de la persona que consume drogas³ que hace relación a un episodio de adicción caracterizado por un *<consumo repetido de una o varias sustancias psicoactivas, hasta el punto de que el consumidor (denominado adicto) se intoxica periódicamente o de forma continua, muestra un deseo compulsivo de consumir la sustancia (o las sustancias) preferida, tiene una enorme dificultad para interrumpir voluntariamente o modificar el consumo de la sustancia y se muestra decidido a obtener sustancias psicoactivas por cualquier medio*>.

En común para ambas afecciones⁴ se suma el elemento de dependencia, que puede presentarse para el alcohol y otras drogas, y es definido como la necesidad de consumir dosis repetidas de la droga para generar en el individuo la sensación deseada. Además, se le caracteriza como *<un grupo de síntomas cognitivos, fisiológicos y del comportamiento que indican que una persona presenta un deterioro del control sobre el consumo de la sustancia psicoactiva y que sigue consumiéndola a pesar de las consecuencias adversas*>⁵.

III. ¿Qué es invalidez inducida o auto provocada?

Para el presente análisis se considera invalidez inducida, aquella que impacta el estado físico o mental producto del comportamiento del individuo, que disminuye su capacidad para desempeñarse laboralmente.

El componente “*comportamiento*” debe ser entendido desde la lectura del artículo 95 de la Norma Superior, que al unísono, indica que la persona está obligada a respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Dicho sea de paso, el compo

²Por sus siglas en inglés WHO (World Health Organization) en el documento denominado “Glosario de términos de alcohol y drogas” 1994 pág. 15

³Ibid. Pág. 14

⁴Desde el punto de vista de que las dos son caracterizadas como enfermedad.

⁵Ibid. Pág. 30

nente de la definición implica que el sujeto afectado por invalidez inducida, contribuyó directamente en el resultado, como consecuencia del ejercicio de sus derechos.

Antes de entrar en materia sobre auto provocación del estado de invalidez, debe señalarse en forma preliminar, que abordar el tema, en especial para las circunstancias de alcoholismo y drogadicción representa dificultades en torno a conciliar posturas, por no encontrarse desprovisto de aspectos morales, filosóficos y hasta religiosos. La experiencia en la Comunidad de Práctica reflejó dos posturas, a saber.

La primera de ellas, se basa en la existencia de una enfermedad o patología que es invalidante, en la cual el sujeto que sufre de ésta, no busca auto infligirse daño con el fin de obtener una prestación, y por lo tanto, no puede considerarse que este sujeto incurra en conductas que busquen el reconocimiento de la prestación económica existente en el Sistema General de Pensiones.

Entonces, la respuesta de este sistema, no puede ser otra que el reconocimiento de la prestación, por cuanto el estado de invalidez no es producto de un comportamiento que determine la voluntad de generar la invalidez, o dicho en otros términos, no es consecuencia de la intención del sujeto el causarse daño, por lo cual es inexistente el elemento volitivo de la acción deliberada del sujeto para obtener el reconocimiento de la prestación.

La segunda postura en cambio, considera la existencia de un aspecto volitivo en el que está incluido el deseo del sujeto de mantener una adicción sumado al ingrediente de que la acción constituye una conducta socialmente reprochable, hace presumir por lo menos, los elementos que determinan la existencia de una invalidez inducida.

Entonces, como quiera que normativamente se ha establecido que estas conductas son consideradas enfermedad, es el Sistema General de Salud el encargado de asumir los costos y consecuencias de la existencia de las mismas.

En conclusión, no le incumbe al Sistema General de Pensiones por medio del reconocimiento prestacional, asumir la carga

derivada de la invalidez que se erige como resultado de la adición al alcohol o a las drogas, por considerar implícito un componente de consciencia y voluntad que transgrede, al menos sumariamente, las previsiones de la Ley en torno a que el estado de invalidez no debe ser intencionalmente provocado.

Las posturas reseñadas generaron dos problemas analíticos, a saber: (i) ¿el elemento fáctico que determinó el estado de invalidez puede ser asociado a una circunstancia indirecta?, v. gr. la cirrosis hepática, producto del alcoholismo crónico, problemas cardíacos determinados por el consumo exacerbado de grasas saturadas o problemas mentales ocasionados por el consumo de psicotrópicos; y, (ii) por la estrecha relación de la responsabilidad y el control de los propios actos ¿es el aspecto volitivo – desde el margen de la libre determinación- necesario para considerar que el estado de invalidez fue inducido? O dicho de otra manera ¿podemos concluir que el estado de invalidez es inducido, si y sólo si, cuando el daño físico o mental es respuesta del libre ejercicio de personalidad, a pesar del amplio margen de interpretación que permite ese derecho?

Los anteriores interrogantes, encuentran un referente claro en la literalidad del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que excluye de plano considerar a una persona como invalida cuando la enfermedad ha sido provocada intencionalmente, lo que aquí denominados inducida.

Con lo anterior, nace un problema adicional, desde la vista práctica que sirve para justificar la relación del estado de invalidez inducido con la pensión por invalidez o sobrevivientes, consistente en cómo determinar que un elemento causal de invalidez puede ser inducido.

A simple vista el problema anterior parecería superfluo por subsumirse al clásico punto probatorio, que implicaría incluso el concurso de un perito especializado para resolverse; sin embargo, y como quiera que el análisis de la invalidez inducida debe partir del ejercicio de derechos que realizó el afectado para llegar al resultado, requiere una perspectiva argumentativa enmarcada únicamente en el planteamiento del operador jurídico, quien resuelve si se trata o no de una invalidez inducida, pero con el

riesgo interpretativo y argumentativo que le llevaría incluso a incurrir en un *argumentum ad hominem*, por el estrecho límite que existe en la valoración jurídica y moral, especialmente en los casos relacionados con el consumo de sustancias psicotrópicas y alcohólicas.

IV. Situación jurisprudencial – Pronunciamientos relacionados:

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, con ponencia del Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, dentro del Radicado No. SL21811-2017, interno 62173, del 21 de noviembre de 2017, con relación al caso que nos atañe, indicó con precisión *“cuando la lesión es resultado de un estado patológico de la persona, plenamente acreditado en el proceso, puede haber lugar a la pensión de invalidez; pero no cuando quiera que la lesión es producto de una circunstancia particular o específica, descriptiva de la animosidad, porque allí lo que se establece es un acto ilícito, que si bien no es constitutivo de delito, si atenta contra principios y valores de orden social que no pueden ser patrocinados, en desmedro de los propósitos y principios de la seguridad social.”*

Previamente la Sala había indicado: *“aunado a que en el presente caso, el fin perseguido por el demandante, se repite, no fue el de causarse lesiones corporales que le provocaran un estado de discapacidad en el porcentaje constitutivo de la invalidez --con el único fin de obtener el reconocimiento prestacional--, sino el de causarse la muerte; y en tal sentido, no pudo tener la intención de defraudar al sistema. Máxime cuando, el suceso se desencadenó de manera casual, dado que no hubo o, por lo menos no se probó, una preparación ponderada por parte del demandante.”*

No obstante, de acuerdo con la Ley 1566 de 2012, el consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas, lícitas o ilícitas es un asunto de salud pública que deberán ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado.

La norma señalada puede considerarse como parte del desarrollo normativo, reclamado inclusive desde la interpretación constitucional frente al problema del consumo, por ejemplo, basta con señalar la sentencia de la Corte Constitucional C-221/1994 de

ponencia del Doctor Carlos Gaviria Díaz, de cuyo tenor resaltamos:

"Es el artículo 16 de la Carta, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo hace en los siguientes términos: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "in nuce", porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. John Rawls en "A theory of justice" al sentar los fundamentos de una sociedad justa constituida por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: "Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compartible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás". Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad.

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales.

...

Cabe entonces preguntar: ¿qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. ¿Conduce dicha vía a la finalidad indicada? No necesariamente, ni

es de eso de lo que se trata en primer término. Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. Sin compartir completamente la doctrina socrática de que el único mal que aqueja a los hombres es la ignorancia, porque cuando conocemos la verdad conocemos el bien y cuando conocemos el bien no podemos menos que seguirlo, sí es preciso admitir que el conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre y si la elección, cualquiera que ella sea, tiene esa connotación, no hay alternativa distinta a respetarla, siempre que satisfaga las condiciones que a través de esta sentencia, a saber: que no resulte atentatoria de la órbita de la libertad de los demás y que, por ende, si se juzga dañina, sólo afecte a quien libremente la toma.”

Entonces, la implícita relación que existe entre la libertad “*in nuce*” y la responsabilidad por hechos propios, exige verificar el componente “auto provocado” como limitante del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, frente al estado de invalidez ocasionado por el consumo de sustancias alcohólicas y psicotrópicas desde el ejercicio autorregulado de conductas.

Está claro que la compulsión al consumo es el resultado del ejercicio de libertades, que, si bien afecta la manifestación de voluntad del individuo consumidor, traducida en la autonomía y el ejercicio autorregulado de sus intereses, puede incluso conllevar a la pérdida significativa de capacidad laboral, como consecuencia del ejercicio autónomo amparado del núcleo esencial de libertad.

Lo anterior traduce que el consumo, la adicción y la dependencia de sustancias alcohólicas y psicoactivas es reflejo del ejercicio al libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, para determinar si la invalidez producto del consumo de estas sustancias dista del concepto de inválido que trae el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, es necesario volver sobre la Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL21811-2017, del 21 de noviembre de 2017, que resuelve de manera práctica los problemas planteados previamente, al dar prelación al aspecto volitivo del sujeto afectado por invalidez.

La Sala Laboral, con relación a lo anterior, señala:

“Para resolver el punto de derecho en discusión, comienza la Sala por advertir que la normativa denunciada buscó eliminar los incentivos al fraude mediante el establecimiento de un requerimiento mínimo de semanas de cotización que el afiliado debía realizar antes del estado de invalidez, y que por regla general, se suele excluir a quienes de manera voluntaria se lastiman o cometen cualquier conducta que genera una invalidez, sancionando, por ejemplo, a la persona que atenta contra su propia salud. En efecto, con la imposición de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que puedan dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada; conjurando un posible dolo del afiliado.”

Más adelante la Corte Suprema, indica:

“De todo lo hasta ahora dicho, resulta palmario que el sujeto no puede ser castigado si su conducta no fue intencional, esto es, realizada con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. Aunado a que en el presente caso, el fin perseguido por el demandante, se repite, no fue el de causarse lesiones corporales que le provocaran un estado de discapacidad en el porcentaje constitutivo de la invalidez --con el único fin de obtener el reconocimiento prestacional--, sino el de causarse la muerte; y en tal sentido, no pudo tener la intención de defraudar al sistema. Máxime cuando, el suceso se desencadenó de manera casual, dado que no hubo o, por lo menos no se probó, una preparación ponderada por parte del demandante.

“... Para la Sala, entonces, cuando la lesión es resultado de un estado patológico de la persona, plenamente acreditado en el proceso, puede haber lugar a la pensión de invalidez; pero no cuando quiera que la lesión es producto de una circunstancia particular o específica, descriptiva de la animosidad, porque allí lo que se establece es un acto ilícito, que si bien no es constitutivo de delito, si atenta contra principios y valores de orden social que no pueden ser patrocinados, en desmedro de los propósitos y principios de la seguridad social.

(...)”

Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, la intencionalidad del sujeto con relación a la provocación del estado de invalidez, resulta de contera para contrastar la situación fáctica con

el cumplimiento de requisitos, especialmente el que atañe al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, y en lo que respecta al consumo de sustancias psicoactivas y alcohólicas que conllevan al estado de invalidez, no es pacífica la interpretación dotada por la sentencia, especialmente sobre el argumento de la intencionalidad del consumo con el propósito de provocarse el estado para alcanzar la prestación.

Este factor, nos lleva a resaltar la importancia de la intencionalidad en la condición de invalidez de la persona, un asunto que no se valora y que exige desde la normatividad la máxima atención en aras de que las prestaciones no desborden un Sistema tradicionalmente menguado, cuya acción positiva de sostenibilidad es de rango constitucional.

5. OPINIÓN DE EXPERTOS

En este punto, previo a abordar el componente de las <reflexiones>, es necesario acudir a la óptica de los expertos. En el presente boletín se integrará a los factores planteados desde el orden jurídico, el concepto de profesionales en medicina de relevante trayectoria técnica en las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez.

A. Entrevista realizada al doctor Eduardo Rincón cuyos apuntes se transcriben⁶:

Se le formuló un cuestionario asociado al tema al doctor Eduardo Rincón, que fue conformado por cinco preguntas a las que se dio respuesta en los siguientes términos:

Pregunta: ¿La Junta de Calificación al momento de conceptuar la PCL tiene en cuenta el elemento de la intencionalidad en el estado de invalidez de la persona conforme lo previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 “(...) que no sea intencionalmente provocada”?

R/: <<Para la concertación de la pregunta No 1. tendría en cuenta las siguientes consideraciones: a. siempre se cuenta con una historia clínica que describe los antecedentes del caso, su patología, tratamiento y evolución terapéutica; b. el protocolo de calificación de origen alertaría sobre esta posible causa que eventualmente tendría una condición de morbilidad mental ante un médico asistencial responsable del caso. No dudo en la práctica médica la sospecha de un caso de estos y la necesidad de un estudio psicológico y psiquiátrico porque corresponde-

ría a un individuo que sale de cualquier parámetro. d. La esfera de las posibles causas tendría en cuenta también la acción criminal de otra persona distinta al mismo paciente.>>

Pregunta: ¿Se debaten en las ponencias de calificación elementos relacionados con la intencionalidad o la provocación de la pérdida de capacidad laboral del calificado?

R/: <<La discusión clínica del caso tendría un contexto muy peculiar porque requeriría la profundización del estudio del caso previo a la decisión de junta con los especialistas, Junta Médica por especialidad requerida y finalmente la decisión de la Junta. Pronunciarse acerca de la intencionalidad de causarse daño a si mismo tendría implicaciones legales y penales sin duda.>>

Pregunta: ¿Se han estudiado casos en los cuales se pueda determinar que el estado de invalidez del usuario fue causado intencionalmente por este y cuál ha sido su tratamiento?

R/: <<Habría de mi experiencia: estos casos son excepcionales porque en mi concepto auto infligirse daño implica un rompimiento irreversible de la integridad del ser humano. En el estudio, habría que incluir el grupo de pacientes crónicos, que no mejoran a las diferentes terapéuticas aun a pesar de las exigencias asistenciales del mismo.>>

Pregunta: ¿Si la junta de calificación evalúa en su dictamen que la causa de origen no profesional es provocada intencionalmente, que elementos analiza para llegar a esta conclusión? Aspectos sociales, familiares, causa de la enfermedad etc.

R/: <<Como se comentó, toda decisión se basa en una historia clínica que contiene antecedentes personales y familiares, consultas tanto externa como de diferentes especialidades que llevan a un diagnóstico o diagnósticos específicos con exámenes de evaluación entre las que mencionaría RNM cerebral, valoración neuropsicológica, pruebas de personalidad entre otros muchos>>

Pregunta: ¿Existe algún antecedente de demanda contra el dictamen de la junta cuando esta determina que la causa de origen no profesional es provocada intencionalmente? ¿si es así, el juez de conocimiento a que conclusión llegó?

R/: <<En mi experiencia personal. como miembro principal no conozco, pero solo tengo la experiencia de la Junta Regional de Calificación de Bogotá, Cundinamarca y territorios nacionales en los últimos 14 años.>>

B. Entrevista realizada a la doctora Diana Cuervo cuyos apartes se transcriben:

La pregunta inicial es sobre el concepto de invalidez que se describe

como aquel en que la persona por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, genera el estado de pérdida de capacidad, ante esta responde:

<< Aunque está ahí y yo me acuerdo que lo estudie hace mil años en derecho, en la vida real pierde validez, porque digamos ¿cuáles serían provocadas? Intento de suicidio y suicidio está atada a una enfermedad mental, entonces el sistema de seguridad social cubre las contingencias derivadas de una condición de salud, de una enfermedad y decir, que no estaba enfermo es muy difícil, lo mismo la drogadicción, entonces esa parte está muy linda en la Ley, pero nosotros acá excluimos eso, por decir claro se drogó porque quería... se intentó cortar las venas porque quería... porque hace parte de una enfermedad >>.

Y es que la Ley 100 fue hecha en el 93 han pasado más de veinticinco años y en conceptos médicos y discapacidad ha avanzado mucho, entonces por ejemplo todavía seguimos utilizando términos y apartes de la Ley que están vigentes, pero carecen de validez por cómo ha evolucionado el tema de salud; entonces nosotros nunca miramos si es causa auto infligida para negar la invalidez, ningún fondo nos pide eso.

Pregunta: ¿El estudio que menciona lo podría solicitar un Fondo como FONPRECON?

R/ : << Si, pero en mi Manual de calificación de Pérdida dice, las Juntas deben calificar origen y los orígenes pueden ser laboral o común, accidente o enfermedad. Nosotros no podemos decir, que si era una causa, que si era otra, mejor dicho, la culpa y eso le toca al Juez definir... La intencionalidad nosotros no la usamos... si alguien dice para que la utilizan, para culpa patronal artículo 216 de responsabilidad extracontractual pero solo ante un juzgado, que se precisa no para eximirse del pago de invalidez sino de la responsabilidad extracontractual, sin embargo, eso no lo hacemos las Juntas >>.

Pregunta: ¿Ósea Ustedes nunca revisan el elemento de que no sea auto-provocada?

R: << No nunca. Eso no se revisa por que el Manual no lo estipula, es decir el Decreto que nos regula nos pide "origen, pérdida y fecha de estructuración" y en los casos de origen, si es laboral o común. Lo anterior, con fines de rehabilitación, las tres se reúnen únicamente cuando se califica puntaje >>.

Pregunta: ¿Cuando llega una persona a calificar la pérdida de capacidad, ustedes van a calificar la invalidez o solo el porcentaje?

R/ : << Calificamos el porcentaje >>.

Pregunta: ¿Ustedes califican la Invalidez?

R/ : << Decimos el puntaje, no definimos que tenga o no el derecho porque es

jurídico y para configurarse una invalidez se requieren las semanas, el porcentaje y demás requisitos legales que no son de mi resorte. Yo simplemente soy un cuerpo técnico – científico – interdisciplinario que emito un dictamen que le va servir a los administradores de la Seguridad Social, si no están de acuerdo pueden acudir ante un Juez, entonces el que define si se configura una invalidez es el fondo de pensiones o la ARL>>.

Yo vengo del sector asegurador, trabajé en seguros previsionales con ALLIANZ, el Seguro Previsional de Colfondos y Colmena ARL, donde terminaban aceptando el dictamen. La tesis que se presentaba era ¿será que se suicidó o no? Casi nunca hay prueba de que la causa sea suicidio, entonces el sistema de riesgos sostiene que por tratarse de un suicidio, es una enfermedad común por cuenta de la depresión, en conclusión corresponde al Sistema General de Pensiones.

Pregunta: ¿Una adicción la atan a temas mentales?

R/: <<En nuestro Manual –Manuales médicos de la Asociación Médica Americana, drogadicción y farmacodependencia están previstas en un capítulo de enfermedad mental, no es que la ate, sino que es una enfermedad mental ya declarada>>.

Pregunta: ¿Y el alcoholismo también?

R/: <<Alcoholismo también, y da un valor, entonces que una incurra en esta conducta no quiere decir que tenga la intención de perjudicarse, eso está catalogado como una dependencia y como un trastorno y da un valor>>.

Pregunta: ¿Es decir que eso ni siquiera podría enmarcarse en intencional?

R/: <<No, incluso en el Sistema de Riesgos, no importa la causa por la que se hizo, alcoholismo, locura, etc. el Sistema debe cubrir sin importar quién tiene la culpa. La responsabilidad extracontractual es otra cosa, pero las ARLS no pueden negar ni objetar una atención, eso está en Colombia reglamentado>>.

Pregunta: ¿Y nosotros en el sistema general de pensiones?

R/: <<También>>.

Pregunta: ¿Conoce algún antecedente en vía judicial frente al tema de la intención?

R/: <<Pues acá lo hemos discutido en casos de riñas, para calificar accidente de trabajo. Un ejemplo es si un trabajador está sentado sin provocar a otro, recibe un golpe que le rompe la nariz, entonces ¿sería accidente? Eso no está en la Ley, sino que lo hemos ido construyendo con nuestra doctrina y nuestro actuar. Como pasa en los despachos judiciales, no todas las juntas deciden igual,

en mi Sala hemos tratado de que la agresión a otro sin provocación no sea calificada como accidente, pero hay otras salas que pueden decir si>>

Pregunta: *¿Quiere decir que ese estudio solo tiene antecedente para el tema de riñas?*

R/:<<Si para temas de riñas y para riesgo laboral o común, no para exonerar a la aseguradora sino para decir quién paga, es decir definir si es laboral o común>>.

Pregunta: *¿Lo han hecho para definir el estado de invalidez?*

R/:<<No, para invalidez jamás lo hacemos. No nos interesa por lo que se acabó de mencionar, esto es la enfermedad mental>>

6. REFLEXIONES

Los esfuerzos desde la legislación Ley 1566 de 2012 y Decreto 120 de 2010, estimulan la implementación de medidas para el consumo que comportan un problema de salud pública, que se perfila a través de programas de prevención y tratamiento, que conjuren el progreso de la enfermedad y propendan por el retorno a la sociedad y la familia con la consecuente mejora de la calidad de vida.

A la administradora competente le asiste (i) el deber de cumplir la ley, a través del reconocimiento prestacional, acatando el fundamento técnico-científico proferido por la Junta y proceder en consecuencia, cuando quiera que la situación fáctica se concilie con las previsiones señaladas en los artículos 39 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente y (ii) la labor de garante del cumplimiento de los postulados normativos.

En ese control del cumplimiento normativo se ha identificado la carencia de análisis en el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, que le incumbe a la Junta proferir, sobre la intencionalidad del actor relacionada con su invalidez; no obstante, la claridad con que la norma lo prevé y la aptitud de dicha condición para generar derechos patrimoniales.

La ausencia de una valoración atinente a la intencionalidad o responsabilidad del beneficiario en su condición de invalidez, pone de relieve un componente jurídicamente relevante que suele pasarse por alto. La hermenéutica de la Corte Suprema de Justicia, hace las veces de un examen de intención que debe dar cuenta de la manifestación de la voluntad del afectado, dirigida exclusivamente a defraudar el Sistema Pensional, un elemento de difícil consumación en sede administrativa y aun judicial, donde se

halla la necesidad urgente de un desarrollo normativo. Es necesario insistir en la necesidad de que se valore el estado de invalidez auto provocado, a la luz del propósito de velar por la debida utilización de los recursos depositados en un fondo común de naturaleza pública, que garanticen el pago de pensiones de sus afiliados cotizantes y de su grupo familiar.

De lo dicho, puede señalarse que:

- ◆ Los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, que por su circunstancia patológica producto de adicción a las drogas o el alcohol, alcanzan una condición de invalidez que les permite acceder al derecho generan un alto impacto al Sistema General de Pensiones y se materializa en contravía del precepto Constitucional de la primacía del interés general sobre el particular.
- ◆ Circunstancias como las descritas hacen imperiosa la necesidad de una mayor regulación normativa, que establezca parámetros en la pensión de sobrevivientes a hijos en condición de discapacidad, específicamente de aquellos que consolidan su invalidez producto de la adicción a la droga y el alcohol.
- ◆ Volver sobre la valoración de la intencionalidad en el estado de invalidez, demanda un esfuerzo de regulación normativa que como mínimo determine con claridad los responsables de dictaminarla y establezca los criterios objetivos para su análisis, ya que se trata de precepto normativo tradicionalmente desatendido.
- ◆ El Sistema de Salud debe responder con acciones pertinentes, conducentes e idóneas para superar las situaciones de invalidez auto provocada y no el Sistema Pensional, cuya orbita de acción se agota en el reconocimiento de prestaciones periódicas con las correlativas afectaciones de tipo económico y, la complicidad no necesaria de recursos públicos en situaciones de auto deterioro por consumo reiterado de alcohol y sustancias psicotrópicas, sin perspectiva de recuperación o mejora.

COMUNIDAD DE PRÁCTICA JURÍDICA:

- Francisco Álvaro Ramírez Rivera
- Lydia Edith Rivas Niño
- Vilma Leonor García Pabón
- Rogelio Andrés Giraldo González
- Alberto García Cifuentes
- Diana Carolina Ramírez Palacios
- Maria Consuelo González Pinto
- José Armando Rondón Reyes
- Andrés Felipe López González
- Cesar Enrique Sierra Lesmes
- Carolina Ávila Bustos
- Angélica María Parra Báez
- Luis Enrique Cortés Callejas
- Duvier Alfonso López Ortiz
- Julián David Mayorga Baquero
- Alejandra Medina Bermudez
- Sebastián Salazar Salazar
- Damaris Paola Sanz Fula
- Andrea Julieth Vargas Pava
- Rosa Mary Hernández Gonzalez

DIRECCIÓN

Carrera 10 No. 24 – 55 Piso 2 y 3
Edificio World Service
Bogotá D.C., Colombia

TELÉFONO:

571 3 41 55 66

CORREO ELECTRÓNICO

comunidadjuridica@fonprecon.gov.co

Visítenos en

www.fonprecon.gov.co

