

# EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

*Por: Byron David Tobón P.*

## INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva normativa, con la naturaleza de Estado Social de Derecho de Colombia, las condiciones en las que se gesta la convivencia social necesariamente tienen que estar demarcadas por un aspecto Constitucional en el que deben prevalecer los derechos fundamentales, y en los que ese Estado desde su gestión debe garantizar su efectividad material. En ese orden de ideas, se alude a la connotación práctica de derecho fundamental como soporte de la dignidad, equidad y justicia en un conglomerado que desde su organización política se precia de democrática.

Y a propósito de derechos fundamentales, se hace necesario, enfatizar en la expresión de Robert Alexy, cuando en lo referente al tema y a su formalización en la ley alude a la “...*filosofía práctica*...” (1993, p 21), sobre tres condicionantes en su eficacia como son: la dignidad humana, la igualdad y la libertad, los mismos que están sujetos a los parámetros de convivencia, instaurados por la institucionalidad, desde ese quehacer que le da sentido al Estado. Y si bien, no es factible abarcar la dimensión completa de dichos derechos, si es posible, centrar la atención en el derecho a la salud en su composición esencial, adjudicable a todos y cada uno de los ciudadanos colombianos y de todos aquellos que se encuentren el territorio Nacional.

Se alude en primera medida, al derecho a la salud, el que no sólo se encuentra positivizado en la Carta Política (art. 49), sino que su desarrollo jurisprudencial lo ha reconocido como derecho fundamental autónomo, después de una larga transición que partió

desde su consagración en el segundo grupo de derechos, donde posteriormente, evolucionó, hasta ampararse vía tutela por la conexidad que éste tenía con derechos fundamentales como la vida y la dignidad. Dentro de este acápite se identifican, además, las problemáticas que impiden un acceso efectivo al derecho a la salud, y que pueden consolidarse como fuente de responsabilidad.

Se discurre también, sobre el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia que, consiste esencialmente en esa garantía que les asiste a todos los ciudadanos de acudir al aparato jurisdiccional, bajo unas garantías establecidas, donde por parte de los operadores judiciales, se debe responder por sus derechos esenciales, resolver de fondo el asunto planteado en términos razonables, es un propósito relevante, en el caso materia de análisis, en tanto, es el derecho que se instrumentalizó a través del proceso como herramienta que permite la cristalización de las garantías esenciales.

Se hace referencia entonces, a la responsabilidad médica, la que inicialmente, tuvo una configuración muy incipiente desde su concepción general, hasta los regímenes aplicables que fueron posteriormente desarrollados por la jurisprudencia, sin embargo, pese a la disyuntiva que se tiene actualmente en el ámbito privado y público, si se advierte su evolución, en la que se ha fortalecido más el soporte necesario para acreditar la consolidación de dicha responsabilidad, por un hecho asociado a la práctica médica, lo que a su vez, se encuentra enmarcado en un sistema de salud altamente congestionado, donde priman las fallas administrativas en la prestación del servicio médico, lo que impide la adecuada atención. Así mismo, se analiza la responsabilidad de los profesionales de la salud y su diferencia con respecto a la responsabilidad institucional.

Cabe agregar, además, que, siendo la estructura del sistema de salud compleja, se evidencian diversos errores, que, a la luz de los operadores judiciales, pueden configurarse como una falla médica. Por lo tanto, se plantea si el sistema de responsabilidad médica imperante en ambas jurisdicciones (privada y pública), observan o salvaguardan los derechos fundamentales a la salud y al acceso efectivo a la administración de justicia, y si existe una coherencia entre los fallos proferidos por la Corte Constitucional, donde prevalecen estos derechos como ejes transversales, con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, quienes son los llamados al reconocimiento de las declaratorias de responsabilidad en sus respectivas jurisdicciones.

### **EL DERECHO A LA SALUD Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO EJES CENTRALES EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

En su orden, para hacer referencia a un derecho como el de la salud, es necesario aludir a un contexto en el que este se circunscribe en una necesidad básica que trasciende al individuo, a pesar de que es en él en quien se materializa. Es decir, se enfoca en la dignidad humana, como una premisa indiscutida, pero también en el interés común, como un privilegio que deviene en ese escenario democrático; de manera que abarca en su eficacia material un bienestar integral. En consecuencia, se manifiesta como un derecho legal por el privilegio ciudadano y natural, por la condición humana.

Su concepción, entonces, abarca una serie de principios y derechos constitucionales, donde no se deprecia su existencia aislada, sino que se correlaciona con las garantías esenciales que conforman el Estado Social de Derecho colombiano. Esa connotación de fundamental del derecho a la salud en el marco del Estado Social de Derecho implica que haya evolucionado, y, en consecuencia, se establezcan nuevas dimensiones que propenden

por su integralidad, en virtud de una suerte de premisa, en la que la formalidad es el único argumento para revestir de eficacia, las normas expedidas. En palabras de Vélez Arango (2007):

... que tienen en cuenta además de las acciones de conservación y restablecimiento de la salud parámetros de equidad, la perspectiva de capacidad como titulación básica y los conceptos de calidad de vida y mínimo vital; a los cuales subyace una noción de derecho a la salud como aspiración de justicia social fundada en el alcance de un nivel básico sustancial para todos los ciudadanos. (Vélez, 2007, p.64).

En principio el concepto de salud se ciñó a la relación salud- enfermedad, y se tuvo como acepción tradicional la ausencia de enfermedad. Pero, la legislación resultante de esa relación se abastecía en las condiciones que imponían los administradores, desde una perspectiva subjetiva y con base en ideologías que se alejaban de los postulados democráticos, determinando así las limitaciones discrecionales en los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, gracias a la Organización Mundial de la Salud, evolucionó esta definición a: “... *un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”. (OMS, 1946, P.1).

Y, en Colombia en particular, la concepción de una nueva Constitución marca un hito en lo que a los derechos integrales se refiere, adoptando políticas que ya venían desarrollándose en iniciativas internacionales. En consecuencia, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la salud adquiere mayor trascendencia y se convalida el art. 25 de este insumo:

... Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (Art. 25, numeral 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En ese orden, y desde el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), se precisa que las medidas adoptadas al interior de un estado miembro de esta organización (ONU), además de la cooperación de sus asociados, requiere de la disposición normativa pertinente y de manera implícita, de la voluntad política de los gobiernos, dando prioridad al bienestar y por tanto al interés general.

... Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (Art. 2, numeral 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Cabe aclarar, que los derechos en general y en particular los fundamentales, no cesan en los periodos políticos de los Estados, en los que una facción asume el poder de manera temporal. En tal sentido, los derechos adquieren la progresividad que garantiza, la

perpetuidad y la equidad, sin que haya excusa de ninguna índole que ocasione interrupción o peor aún, discriminación. Y al respecto, en la implementación de la Políticas necesarias para la materialización y efectivización de este derecho:

Al ratificar los tratados de derechos humanos, los Estados parte contraen la obligación de llevar a efecto esos derechos en el ámbito de su jurisdicción. Más concretamente, en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se subraya que los Estados tienen la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en él, lo cual supone un reconocimiento implícito de que los Estados poseen recursos limitados y que lleva tiempo aplicar las disposiciones de los tratados. (Organización Mundial de la Salud, 2008, p.41)

De suyo, cuando se habla de derechos en esa denominación especial de **fundamental**, también es importante adjudicar una responsabilidad perentoria en el Estado, para gestionar los mecanismos necesarios que garanticen el pleno uso y disfrute de tales derechos, porque, entre otras, es una de sus funciones y como agrega Echavarría (2015): *“En ese orden de ideas, siendo el derecho a la salud un derecho fundamental debe compartir con los demás derechos fundamentales de la Constitución de 1991 la esfera de garantía y de protección que ella les otorga”* (Echavarría, 2015, p.13).

El derecho a la salud desde su perspectiva constitucional, en palabras de Vélez Arango (2007) se fundamenta en: *“Tres principios de carácter constitucional orientan el derecho a la salud y a la seguridad social: “eficiencia, universalidad y solidaridad”* (Vélez, 2007, p.67). De lo anterior, es factible inferir que tal derecho no puede estar sometido a la

discrecionalidad de la hegemonía económica o de la parcialidad política, la Salud en esa connotación integral que incluye diversos elementos del ser humano y de su interacción social, se concibe como autónomo y fundamental, adicionalmente se le otorga la calidad de complejo, por su correlación inherentes a diversos aspectos de la existencia humana.

Así mismo, se ha establecido la necesidad de que su desarrollo instrumental, mediante el que se obtenga la materialización de estos derechos, observen los principios iusfundamentales y no se limiten a ser disposiciones programáticas. Como bien lo expone Gañan (2013):

El derecho a la salud se encuentra conectado directamente con los principios constitucionales colombianos por varias razones: por ser Colombia un Estado social de derecho, por contribuir a la materialización de la dignidad humana, por ser un derecho inalienable que en consecuencia goza de primacía, sin discriminación alguna, por ser la Constitución norma de normas y ser el derecho a la salud una disposición constitucional. (Gañán, 2013, p.12).

Se hace referencia a una estructura que es eficaz, solo si es sistemáticamente instrumental, en virtud de los elementos que implica, que es precisamente donde se establece la diferencia trascendental, con la relación salud- enfermedad, con la particularidad que puede significar, el hecho que se enmarque dentro de los derechos fundamentales, pero que también forme parte de otro nivel de derechos, de mayor amplitud. Al respecto la jurisprudencia constitucional, en relación con el contenido del derecho a la salud, ha precisado que:

... el derecho a la salud es un elemento estructural de la dignidad humana que reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, cuyo contenido ha sido definido y determinado por el legislador estatutario y por la jurisprudencia de esta Corte. (Corte Constitucional, 2020, T-012).

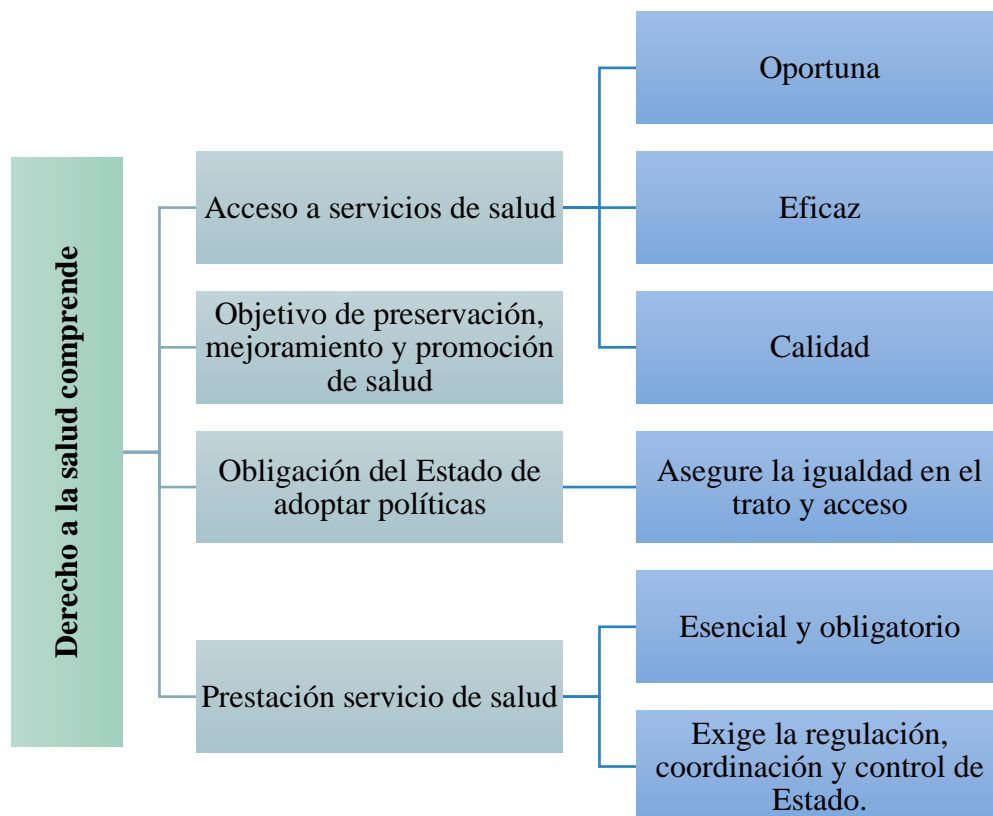
No obstante, para el caso colombiano en la alusión a la salud como **derecho integral**, se tienen en cuenta dos referentes esenciales, encabezados por la Constitución de 1991, en la que prevalecen los derechos individuales, cualquiera sea su nivel, a partir de la que se surte la Ley 100 de 1993, mediante la que se introdujo el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objeto corresponde: “... *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*” (Art. 1, Ley 100, 1993).

Posteriormente, mediante la Ley 1751 del 2015, se reguló especialmente el derecho a la salud, y se definió su naturaleza en los siguientes términos: “*El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo*” (Art. 2, Ley 1751, 2015). Esta norma reviste vital importancia, en tanto, fue la que le otorgó la connotación de fundamental al derecho a la salud. Nótese que, pese a su énfasis en el interés general, no predispone, la individualidad del ciudadano y su bienestar, esto indica una incidencia integral para cada una de las personas. Respecto a la exequibilidad de esta norma:

...la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que determinan las condiciones mediante las cuales las personas pueden llevar una vida sana, teniendo como punto de partida la inclusión implícita de todos los servicios y tecnologías, debiendo establecerse expresamente las exclusiones a la cobertura del

plan de beneficios en salud. A la luz de la jurisprudencia en cita, el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, ejerciendo una adecuada inspección, vigilancia y control a las EPS, de lo contrario se hace nugatoria la realización de este. (Corte Constitucional, 2021, T-195).

Gráfico 1: La salud como derecho integral.



Fuente: Elaboración Propia.

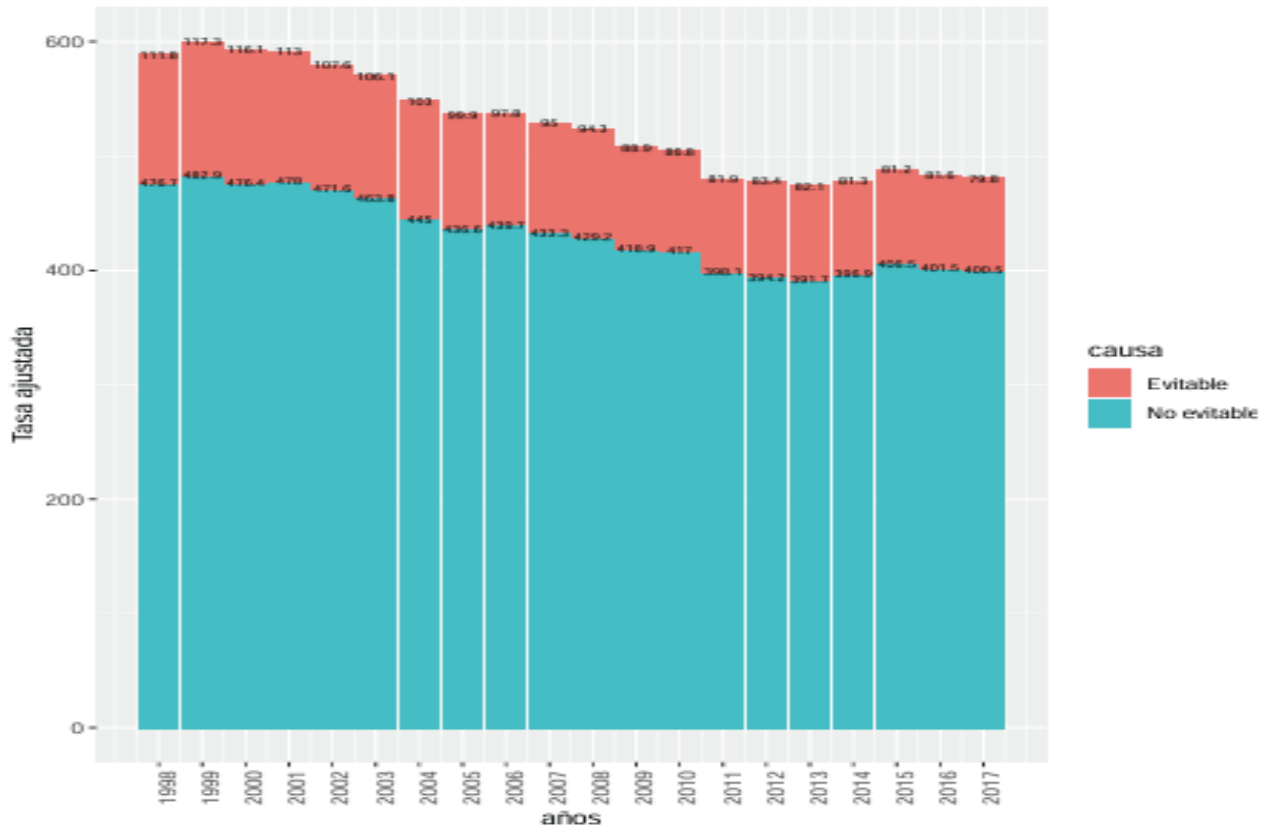
Sin embargo, a pesar de la concepción constitucional y su desarrollo normativo, en la praxis, existen múltiples factores que inciden directamente en la prestación eficiente del servicio de salud, lo que contraviene la efectivización de la garantía fundamental, tal como lo precisa el Instituto Nacional de Salud (2019):

La falta de médicos en los puestos de salud, la necesidad de desplazamiento por río y los costos asociados a estos, el cobro de servicios por falta de afiliación, la

ausencia de medicamentos, la presencia del conflicto armado y aspectos de orden cultural, son hechos que las notas resaltan y que revela distintas dimensiones del acceso a la salud y a los servicios de salud y lo que está detrás de la complejidad de su comprensión. (Instituto Nacional de salud, 2019, p.5).

La problemática alcanza tal magnitud, que aún en el país se reportan fallecimientos por enfermedades evitables, lo que indica la existencia de cuestiones estructurales del sistema que perturban el acceso y por ende el goce efectivo de esta garantía fundamental. No obstante, hay que considerar la responsabilidad de su cobertura, en quienes en representación del Estado fungen como autoridad en salud, hecho que lo obliga a concebir estrategias, para que esos obstáculos expuestos por el Instituto Nacional de Salud sean superados convenientemente.

Gráfico 1: Tasas de mortalidad evitable y o evitable atribuibles al sistema de salud ajustada por edad y sexo 1998-2017.



Fuente: Instituto Nacional de Salud, del equipo de trabajo DNS, a partir de Información DANE (2019, p. 140).

Lo anterior evidencia, las graves falencias a nivel estructural desde el punto de vista institucional que presenta el sistema de salud en el país, lo que se ve exacerbado debido a la problemática de desigualdad y poco desarrollo en algunas poblaciones, que a su vez se refleja en una infraestructura precaria, con escaso personal calificado y con recursos limitados. En relación con la accesibilidad, ésta se ha identificado como el factor de mayor problemática, debido a las barreras que persisten en la actualidad, aunado a las barreras administrativas como causa primigenia de esta problemática.

Las barreras administrativas han sido un factor común en todos los principios de la calidad según los estudios revisados del SOGC<sup>1</sup>, identificándose como la categoría de mayor relevancia que afecta la calidad de los servicios en salud, desde el ingreso a la institución, el proceso de atención y el resultado. (Vélez, 2021, p. 51).

Y es que, en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud definido en el Decreto 780 del 2016, como: “... *el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos del sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de servicios de salud del país*” (art. 2.5.1.1.3), se destaca la existencia de principios tales como la continuidad, pertinencia, seguridad, accesibilidad y oportunidad.

Ahora bien, en lo que atañe a la contratación, múltiples falencias se presentan lo que tiene una incidencia directa en la adecuada prestación del servicio de salud, verbigracia, a nivel del talento humano de las organizaciones lo que genera protestas, a nivel de proveedores lo que se traduce en carencia de elementos indispensables tales como medicamentos, a nivel de IPS lo que implica la no prestación de los servicios de salud. Y a pesar de que la Corte Constitucional, ha establecido en una línea jurisprudencial robusta, que los trámites administrativos no pueden prevalecer sobre la prestación efectiva del servicio de salud, los hechos demuestran lo contrario.

Una de las principales falencias, en materia de contratación pública, en el caso de las E.S.E, está asociada a la indebida planeación, lo que conlleva a un fracaso en la ejecución presupuestal, como lo exponen Alarcón y Laverde (2019):

---

<sup>1</sup> Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud.

Las entidades analizadas en esta investigación en ocasiones dejan todo a la improvisación, se concluye que no están realizando un análisis serio de los riesgos de la contratación, así como también estudios de mercado que nos permitan comprobar que lo que pensamos adquirir se encuentre acorde con las necesidades propias de la organización. (Alarcón y Laverde, 2019, p. 48).

Ahora bien, en relación con las relaciones contractuales en el sector privado, se denota una mayor problemática, y de ello dan cuenta las 13 EPS liquidadas y las intervenciones forzosas que debe realizar la Superintendencia Nacional de Salud, Hoyos y Pérez (2017), estudian los casos de las E.S.E, y refieren:

De acuerdo con Superintendencia Nacional de Salud (2017) y teniendo en cuenta los resultados obtenidos de las ESE en estudio en el aplicativo FENIX de seguimiento a las entidades intervenidas, se evidenció que el 100% de las ESE no cuentan con estados financieros razonables por falta de depuración, de provisión de contingencias y sobre estimación de cifras en cartera, lo cual se encuentra directamente relacionado con lo mencionado en párrafos anteriores en cuanto al comportamiento de la cartera. (Hoyos y Pérez, 2017, p.67).

En el estudio referido, una de las causas identificadas que desencadenaron en la intervención forzosa, es el desequilibrio presupuestal, en tanto los ingresos no eran suficientes para atender los gastos lo que las hacía financieramente inviables. A modo de reflexión, el factor identificado, tiene una repercusión en la prestación de los servicios de salud, siendo los usuarios la fase final de la cadena institucional que implica el engranaje del sistema de salud, quienes padecen las fallas y falencias de éste. Cabe destacar una de las

consideraciones para la elaboración del módulo de la “Responsabilidad médica en la especialidad civil” (2019), de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”:

En verdad, la medicina de hoy es tecnológicamente muy avanzada, pero a la vez bastante despersonalizada, el cambio en la relación personal médico-paciente ha sido opacada por la prestación médica colectiva. En consecuencia, las dificultades a las cuales tiene que enfrentarse el paciente-víctima de daños médicos son de una magnitud considerable, siendo principalmente de orden jurídico y técnico (Novoa, 2019, p.12)

Y paradójicamente es necesario, hacer hincapié en las condiciones mediante las que el proceso de salud opera, de la situación del recurso humano que vela por la salud de los colombianos, del acceso que se ve impedido por los obstáculos que pueden representar las condiciones geográficas, por topografía, clima y la incidencia del abandono por parte del Estado, como quiera que, eso ocasiona graves traumatismos en la prestación de un servicio esencial en el desarrollo tanto individual, como colectivo, que se complejiza aún más en la crisis de orden público y la corrupción que se perpetúa en las rotaciones de la administración pública.

De lo anterior, es factible inferir entonces, que al problema que plantea la disyuntiva jurídica de la responsabilidad desde las perspectivas pública y privada, hay que agregar factores adicionales asociados al acceso y calidad del servicio de salud, deficiencias en su infraestructura, falta de personal capacitado, recursos limitados, órganos de control (Público) funcionales y eficaces, sistema contractual, calidad y competencia en el servicio, regulación y autocontrol en las entidades privadas; categorías que definitivamente afectan la atención

médica en Colombia y que pueden conllevar a casos concretos de negligencia cuyo resultado obvio es un asunto de responsabilidad en sentido estricto, elementos que se pueden resumir en la calidad de la gestión por parte del Estado, para proteger un derecho, en el que se comprometen otros de igual o mayor importancia.

Y al respecto, se referencia a una concepción del Ministerio de Salud, puntualmente en lo tiene que ver con la dimensión de gestión, desde el rol dinamizador institucional, toda vez que en él convergen y de él dependen, la calidad en el servicio y la eficacia integral en su prestación; *“En este caso, por gestionar se hace referencia al proceso y flujo de recursos a través del cual el Estado garantiza que su población sea atendida oportunamente”* (Palacios, 2013, p 3). Y, hay que precisar en la población y en la atención oportuna, la discriminación que se suscita cuando el derecho se ve limitado por la incapacidad de instrumentalizarlo, superando los obstáculos mencionados con anterioridad, de hecho, porque la eficacia está supeditada a su capacidad de gestión.

Partiendo de las reflexiones anteriores, algunas consideraciones asociadas a la adjudicación de recursos, y que inciden poderosamente en la prestación del servicio, y lo más importante de la protección del derecho, con la vehemencia que se endilga a su condición de **fundamental**, está íntimamente ligada a las garantías de su acceso de todos y cada uno de los ciudadanos del país, sin que sus particularidades culturales o su ubicación geográfica sean un limitante imposible de superar. Se trata de lo que, en palabras de Paula Melisa Palacios Torres, cuando sostiene que *“...los gestores privados no se ven afectados directamente por los poderes locales, pero su ánimo de lucro -o cuando menos de sostenibilidad económica- genera incentivos perversos en pro del sistema financiero y en contra de la operación.”* (Palacios, 2013, p 3).

Sobre el particular, se plantea una disyuntiva en la administración y sobre todo en el control que es inherente a los propósitos en los gestores públicos y en los privados que difieren sustancialmente; en virtud del lucro que espera obtener la institución privada cuando asume una función que es competencia del Estado, habida cuenta de lo que esto pueda representar para sus intereses. Sumado a lo anterior, un hecho apenas obvio que condiciona la gestión de la institución privada, dado que ella funge como tal, cuando asume esta responsabilidad. Relación que es importante destacar cuando se tiene en cuenta la eficacia y la integralidad, en un derecho de los ciudadanos, esencial para el desarrollo.

Asimismo, se reconoce que los dineros de la salud no deben ser destinados a la generación de rentas particulares, ya que son del público en general. Paradójicamente, se destaca el hecho que la libertad de elección por parte del paciente no es una prioridad, es decir, la responsabilidad del Estado es garantizar un servicio de salud que respete unos determinados estándares de calidad. Aun así, ya si la persona desea otro servicio con diferente calidad o diferente costo, no es deber del Estado satisfacer esta necesidad particular ya que al garantizar una calidad preestablecida que satisfaga la necesidad de la persona, la libertad pasa de ser un asunto vital a un lujo particular. Adicionalmente, esta libertad puede atentar de forma directa contra la sostenibilidad del sistema. Por ende, promoviendo la sostenibilidad y el beneficio general, la libertad no se vuelve una prioridad. (Palacios, 2013, p 2).

Se parte del hecho, que la salud como derecho y como servicio, se decantan en un equilibrio físico, psicológico y social; que garantizan en un individuo su funcionalidad; es decir, es competencia del Estado, garantizar tal equilibrio, y tales garantías se dan cuando, la norma es pertinente para tal fin y sobre todo cuando en su instrumentalización, logra tal

propósito. Discusión diferente, es una delimitación de las condiciones en las que ese equilibrio se materializa, presumiendo que, desde los gestores de salud, se ofrecen alternativas que lo trascienden, de las que ya no puede ser responsable, ni el gestor, ni el Estado y menos aún el profesional de salud.

La cuestión aquí es que, en la salud, como derecho convergen factores adyacentes que condicionan el papel del individuo en su propio desarrollo y en la capacidad de aportar al colectivo; y cuando por alguna razón tal derecho es vulnerado; la justicia es el camino expedito para reivindicarlo.

No obstante, para que se garantice el disfrute o en su defecto el restablecimiento de tal derecho es indispensable tener la garantía de acceso a otro derecho que lo condiciona, sobre todo en aquellos casos en los que el primero se vulnere. Se trata pues, del **Acceso efectivo a la administración de justicia**, el que, siendo transversal a la dinámica social, desde las funciones de ese Estado garante, coadyuva para que sea posible su cristalización, de los que se despliegan en su papel, alternativas de acciones en procura de defender dichos derechos, en palabras de la Corte constitucional:

El derecho al acceso a la administración de justicia se manifiesta en el ordenamiento jurídico de diversas formas: (i) permite la existencia de diferentes acciones y recursos para la solución de los conflictos; (ii) garantiza la posibilidad de que las personas acudan a los jueces con el propósito de procurar la defensa de sus derechos o del orden jurídico; y (iii) asegura que a través de procedimientos adecuados e idóneos los conflictos sean decididos de fondo, en términos razonables,

sin dilaciones injustificadas, de acuerdo con las justas expectativas de quienes acuden a la jurisdicción para resolver sus conflictos. (Sentencia, 2008, C- 483).

Gráfico 2: Manifestaciones del derecho a la administración de Justicia.



Fuente: Elaboración Propia.

De tal función, se presume que es competencia en el marco de la administración pública, la concepción de estrategias que hagan posible el acceso a los ciudadanos de ese derecho, ya que, por mera inferencia lógica, su objeto es el bienestar de los miembros de ese conglomerado, según los parámetros dispuestos por la Carta Política, dentro de los que se advierte, que es el legislador, el llamado a establecer las condiciones del acceso, respetando por supuesto, el marco constitucional y convencional como criterios superiores.

En ese orden de ideas, la Nomoárquica, induce a presumir que, en el acceso a la administración de justicia se establecen todos los mecanismos mediante los que los derechos son transferibles a sus verdaderos destinatarios, habida cuenta de la facultad misional del Estado delegado por el constituyente primario. Y en ese obrar, las dimensiones de protección a través de organismos judiciales y su consecuente efectividad en las expectativas del usuario, sólo son posibles en los medios idóneos de ejecución.

En tal virtud, la Corte Constitucional ha establecido las dimensiones de este derecho, básicamente en dos, la primera asociada con la facultad de los ciudadanos de acudir al operador judicial (sea Magistrado o juez) reclamando protección; y la segunda, la connotación de efectividad de ese acceso, en ese sentido precisa: “... *al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución*” (Sentencia, 2019, T- 608). Finaliza, al referida Corporación precisando que la verificación de este derecho no se limita a la facultad de acudir a la vía judicial, sino que se debe obtener una: “... *solución de fondo pronta, cumplida y eficaz*” (Sentencia, 2019, T- 608).

De facto entonces, retomando, el enfoque en el que la salud adquiere una jerarquía fundamental autónoma, se evidencia, que ha tenido una evolución a tal grado, que la Corte Constitucional, en sede de tutela, abordó el principio de continuidad e integralidad en el servicio público de salud, lo que se resalta de esta providencia es la minuciosidad con la que esboza el deber ser del sistema, y como se materializa la prestación del servicio de salud de forma óptima, se expresa en la referida providencia: “... *las barreras administrativas como un desconocimiento de los principios de oportunidad y calidad en la prestación de los servicios médicos ...*” (Corte Constitucional, 2018, T- 069).

Y se configura, en los pronunciamientos sobre el derecho a la salud, el derecho al acceso a la justicia, cuando identifica los obstáculos que dificultan el goce y disfrute de ese derecho, y es que se destaca la enunciación de diferentes circunstancias, tales como:

“i) Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas soportar una espera prolongada para ser atendidas y recibir

tratamiento; ii) Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica; iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención efectiva; iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido”. (Corte Constitucional, 2018, T- 069).

Los argumentos esgrimidos por el máximo órgano constitucional, establecen un parámetro de protección que incluso podría ser extensible a las jurisdicciones ordinaria y administrativa en materia de responsabilidad médica, atendiendo el sistema normativo piramidal, donde hay una prevalencia constitucional, en virtud del denominado principio de primacía constitucional, el que de conformidad con lo expuesto en jurisprudencia constitucional tiene una función jerárquica de la que se derivan dos consecuencias: “... i) *imposibilidad de predicar en el orden jurídico normas que tenga un nivel superior a la constitución.* ii) *Sirve de parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico*” (Corte Constitucional, 2012, C- 415).

Lo anterior, comprende la validez formal y material, para el caso, incluso de los fallos judiciales. Ahora bien, el referido principio, también comprende una función directiva, que se deriva específicamente del Artículo 4 de la Constitución Política, sobre el particular la Corte Constitucional ha explicado que: “... *Es bajo esta perspectiva que autores como Robert Alexy diferencian entre dos estadios definidos de la interpretación jurídica: la tarea psíquica de descubrimiento del significado de la norma y la labor argumentativa de justificación*”

(Corte Constitucional, 2016, C- 054); es a partir de esta función que se establece el discernimiento adecuado de las normas para observar este postulado, máxime a la hora de establecer si se consolida o no la responsabilidad en materia médica.

Finalmente, cumple una función integradora del orden jurídico, puesto que es la Constitución la que marca la pauta al Estado Social de Derecho, por ende, los principios que emanan de la Carta Fundamental tienen una función central, en términos de la Corte: “... *son el fin último de la aplicación del derecho y la interpretación jurídica subyacente*” (Corte Constitucional, 2016, C- 054). Lo anterior, como punto de análisis obligatorio, en el caso expuesto en el presente artículo, en tanto, al final siempre confluye en el derecho a la salud.

En lo que compete a la administración de justicia, es preciso aclarar, que la misma no se materializa en los eventuales oficios litigiosos de aquellos que recurren a los estrados judiciales. Lo trascendental en la administración de justicia está en asegurar que, conforme a la Constitución y la ley, los derechos sean garantizados en respeto irrestricto a “...*la dignidad humana...*” y “...*en la prevalencia al interés general...*”; como lo indica el preámbulo de la Carta Política. Por si esto fuera poco, y en relación con el acceso a la administración de justicia, como derecho, la Corte Constitucional, respecto al margen de configuración legislativo, ha precisado:

Por un lado, debido al amplio margen de configuración con el que cuenta el legislador para diseñar los procesos que se surten en la Rama Judicial, el punto de partida del control constitucional es el reconocimiento de las potestades del legislador para regular los trámites que se surten en la Rama Judicial, y el entendimiento de la

norma en función de la finalidad que le otorga el propio Congreso a este tipo de medidas. (Corte Constitucional, 2019- C-443).

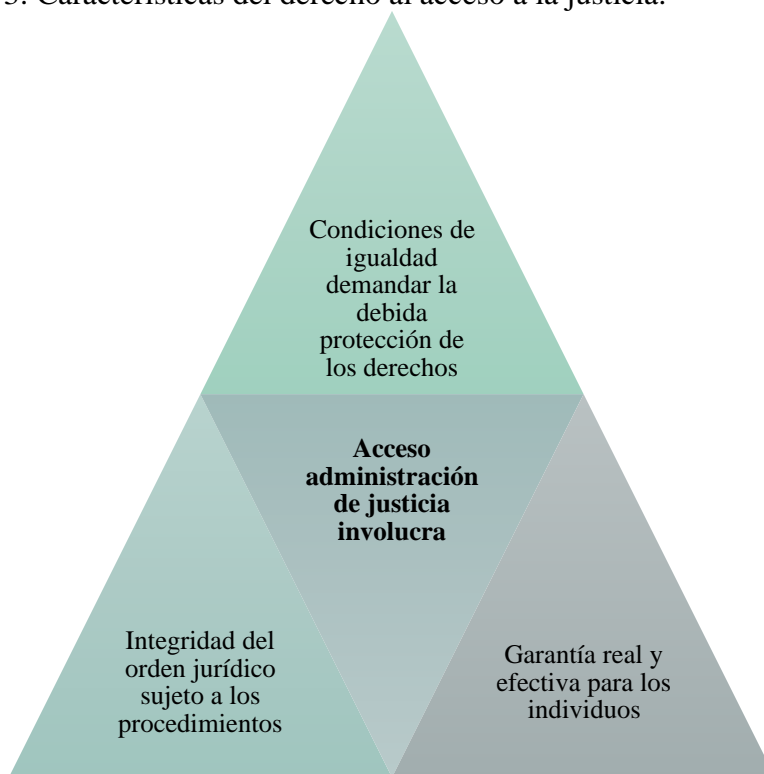
Sumado a lo anterior, se aduce que en la administración de justicia está implícito el derecho al debido proceso como una de las principales garantías de los ciudadanos, lo que indica, que las condiciones que medien una norma para que ésta se sujete a la eficacia necesaria, de manera que cumpla con su cometido en la convivencia social y se ajuste desde la praxis a su función genuina y, por tanto, a esa reinterpretación necesaria del debido proceso como derecho. Entre otras cosas porque, como derecho fundamental e integral, la operacionalización material.

En tal virtud, se ha establecido que el acceso a la administración de justicia comprende el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, adicionalmente, se ha determinado como una función pública, y la Corporación constitucional en jurisprudencia reiterada ha establecido que:

... debe ser eficaz, es decir, que debe garantizarse una administración de justicia pronta y cumplida, lo que se concreta en el principio de la celeridad, deducido del mismo artículo 228 superior, al establecer que ‘los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado’. Por lo anterior, (...) ha reconocido como derecho fundamental de las personas ‘tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos’, que se instituye en premisa básica de la efectividad del derecho a la administración de justicia (...)”. Adicionalmente, ha indicado que el *derecho de acceso a la justicia* “no es ilimitado y absoluto, pues la ley contempla ciertas restricciones legítimas en cuanto a las condiciones de modo, tiempo y lugar para

impulsar las actuaciones judiciales o administrativas. (Corte Constitucional, 2021- C-210).

Gráfico 3: Características del derecho al acceso a la justicia.



Fuente: Elaboración Propia.

Y a propósito del atributo de instrumentalización indispensable en la norma, para revestirla de eficacia, las altas corporaciones como vigías celosos, se han pronunciado al respecto, señalando que la mera nominación o el enunciado que agota su condición formal no basta para satisfacer su efectividad “... *La Corte ha subrayado la importancia de que el acceso a la justicia sea en sí mismo, no meramente nominal o enunciativo, sino efectivo ...*” (Corte Constitucional, 2021- C-210).

Así mismo, se ha indicado que el legislador goza de independencia en el desarrollo de su función, en tanto existe la presunción de que su fin último es la protección del derecho

sustancial. En la sentencia C- 099 del 2022, se observa, la discusión de la regulación legislativa en materia probatoria, la que se cataloga como un: “... *componente esencial de los procesos ...*” (Corte Constitucional, 2022- C-099), sin embargo, también se indica que ese componente tiene: “... *una cara “positiva y otra negativa: la necesidad de garantizar el cumplimiento de determinados propósitos u objetivos constitucionales y la prohibición de transgredir principios o derechos superiores ...*” (Corte Constitucional, 2022- C-099).

Lo anterior implica que se deje a la voluntad del legislador el señalamiento de: **(i)** los medios probatorios dentro del proceso, **(ii)** los requisitos y ritualidades de su práctica, **(iii)** las exigencias procesales para aportarlos y **(iv)** los principios a los cuales se somete su valoración, lo que no implica la concesión de un permiso para desconocer principios o normativa superior. (Corte Constitucional, 2022- C-099).

Se identifica entonces, que la Corte Constitucional, instrumentaliza la facultad de configuración legislativa para la materialización de los derechos fundamentales, en ese orden de ideas, se emparejan las cargas procesales, que fueron instituidas por la ley, las que demandan una conducta de quien acude al proceso, su connotación es facultativa, pues se han establecido en favor e interés del propio sujeto, ello implica que puede cumplirlas o no, sin embargo, su omisión acarrea consecuencias desfavorables.

Las cargas procesales implican un goce efectivo del derecho a la administración de justicia, si esta es excesiva y no cumple razonable y proporcionalmente, implica la vulneración de este derecho, en consecuencia, debe existir una correspondencia entre la carga procesal y la constitución. Dentro de estas cargas se enmarcan las pruebas, las que se rigen principalmente por el principio de “onus probandi incumbit actori”, que de acuerdo con la

jurisprudencia constitucional se ha definido como: “...*el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue ... existe una carga mínima probatoria en cabeza del accionante, que no se cumplió, sin haber justificación alguna*” (Corte Constitucional, 2021, T- 301).

El ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades (artículo 95-7 superior), razón por la cual, existen deberes de la persona y del ciudadano de “*colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia*”. Por ello los procesos judiciales incluyen regulaciones relativas al juez y también a las responsabilidades asignadas a las partes. (Corte Constitucional, 2022- C-099).

## **EL ACCESO A LA SALUD COMO CARACTERÍSTICA INHERENTE A LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO**

Para ilustrar sobre la situación de salud en Colombia, desde su eficacia por lo menos en la percepción de los ciudadanos, el racero que permite medir su calidad se define en la incidencia de las tutelas interpuestas para reclamar este derecho. Y es el Ministerio de Salud y Protección Social y su oficina de calidad que, en su orden trigésima, concerniente al cumplimiento de lo ordenado en Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional; sostiene que, en lo corrido del año 2023, se presentaron 197.767 tutelas, número que indica un incremento dramáticamente superior, con respecto al año inmediatamente anterior (26,4%).

De tales cifras se puede inferir, que el acceso al servicio se determina por la posibilidad del disfrute del derecho; es decir, la instauración de la acción de tutela indica

que, el acceso es limitado por la gestión de la que el Estado es responsable, no sólo por sus propias instituciones, sino por aquellas privadas que lo asumen, en consideración a ello, hay que tener en cuenta que, la cifra de tutelas evidencia, sólo el sector poblacional que a través de esta mecanismo accede a la justicia para reclamar la materialización de un derecho; no obstante en este análisis, habría que considerar, ese segmento poblacional, que desconoce los mecanismo o no cuenta con los recursos para recurrir a ella.

De manera que, en un ejercicio deductivo, se puede presumir que el profesional en salud es una parte del proceso implícita en el servicio y, por tanto, en la materialización del derecho, sin que el hecho de que su vinculación esté dada en el sector público o en el sector privado sea relevante en tal situación, tal apreciación tiene que ver incluso, con el acuerdo que se surte en el 2024, pero que surge de los compromisos adquiridos a raíz de la Ley Estatutaria en Salud 1751/2015, teniendo en cuenta que en las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional, el: “...*derecho a la salud y valorar sus implicaciones siempre con la finalidad de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho.*” (Sentencia T-760 de 2008). Sobre la competencia del tema que les incumbe, la observación de la providencia citada, no se exime en la discusión sobre la responsabilidad, al margen de que la misma se esgrima desde la perspectiva pública o privada.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio,

se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (Ley Estatutaria en Salud 1751, 2015, art. 2).

Hay que reiterar que, la responsabilidad médica tiene relación directa con la prestación de un servicio, que es en todo caso, un derecho fundamental; que para los fines compromete el desarrollo del individuo y de su medio de influencia, por las eventuales consecuencias de esa responsabilidad; en tal virtud, el análisis no debe limitarse a un asunto jurisdiccional, en el entendido que cualquier acción u omisión en la práctica médica, lo que incluye el papel de las instituciones, compromete el bienestar de usuarios. con esto, se reitera que el acceso tiene también relación con la idoneidad en el recurso humano, la disponibilidad en instalaciones, insumos y herramientas apropiadas, agilidad y oportunidad en los procesos.

Bien lo define el artículo 4 de la Ley Estatutaria en Salud 1751 del 2015; el sistema de salud es un: “...conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.” (Ley 1751, 2015, art. 4), y, al margen del vínculo contractual del profesional de la salud, su finalidad es en todo caso la “...materialización del **derecho fundamental de la salud.**” (Ley 1751, 2015, art. 4).

Por si fuera poco, el acceso incluye, la garantía en el recurso humano, el que debe cumplir con unas condiciones específicas enmarcadas en Artículo 6º, numeral d, de la Ley Estatutaria en Salud 1751, que alude concretamente a la idoneidad profesional: “Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad

*aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.” (Ley 1751, 2015, art. 6)*

## **EL DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO**

Como se expuso en líneas precedentes, la salud se trata de un derecho fundamental autónomo, cuyo núcleo esencial se asocia con elementos estructurantes tales como la dignidad, con una tendencia a una acepción cada vez más integral, donde ya no se concibe como la ausencia de enfermedad, sino que se propende por una multiplicidad de factores asociados al bienestar. De otro lado, el acceso a la administración de justicia ha tenido un gran desarrollo jurisprudencial, en el que se ha reconocido un sinnúmero de características que debe observar para su cumplimiento.

De ambos postulados, de acuerdo con el desarrollo constitucional, se evidencia, la necesidad de que los procedimientos estatuidos vía legislativa (en virtud de la amplia configuración otorgada), deben ceñirse a su observancia y respeto, es más, estos procedimientos siendo concebidos como la parte adjetiva, deben promover la satisfacción y materialización de los derechos esenciales de quienes acuden a los procesos buscando la protección y/o reparación de algún perjuicio sufrido.

Por tanto de la de la experticia da cuenta la calidad y la eficacia en las acciones y en lo que tiene que ver con la salud, esta premisa adquiere mayor relevancia en la declaratoria de derecho autónomo realizada por la Corte Constitucional, en virtud de lo que es de vital

importancia esbozar la integralidad del acto médico en sus medios y en sus fines, en particular porque dada su importancia, la concepción normativa, tiene que estar determinada en consecuencia; además es a partir de este que se gesta la habilitación para hablar de falla médica y de la responsabilidad subsecuente.

En tal sentido y según la jurisprudencia el acto médico descrito de forma general, para la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil, se ha entendido la praxis médica: “... *...en función de los principios de beneficencia y no maleficencia o primun non nocere del paciente. El desarrollo de las técnicas galénicas supone la experimentación y la investigación científica en favor de la población y de los futuros pacientes ...*” (Corte Suprema de Justicia, 2017, SC- 7110).

El Acto médico se ha definido como: “... *la actividad desplegada en orden a obtener el alivio o la curación del enfermo mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad y, de ser el caso la cirugía que se recomiende*” (Corte Suprema de Justicia, 2019, STC- 3297). Por su parte el Consejo de Estado, lo ha entendido como: “... *el diagnóstico y la extensión en su cubrimiento corresponde a la situación del paciente según su estado de salud y requerimientos de esta*” (Consejo de Estado, 2009, 14726).

De lo anterior debe advertirse que, de forma general, mediante la Ley 23 de 1981 se estableció la ética médica, de dicha norma se destacan los principios donde se indica: “...*es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades ... Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes*” (Ley 23, 1981, art. 1). Se evidencia que

el concepto de la profesión médica tiene un vínculo indisoluble con el planteamiento de la salud como derecho fundamental autónomo, cuya esencia tiene asidero en su protección irrestricta.

De otro lado, todo el contenido de esta ley sienta las bases de la Lex Artis, por lo menos, desde el punto de vista obligacional y de los parámetros básicos para la ejecución del Acto Médico. Por ello, en el sistema jurídico actual, tanto en el ámbito público como privado, se ha establecido la responsabilidad por las fallas médico-asistenciales, como lo plantea Ruíz:

Con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito. (Ruíz, 2004, p. 6).

Cabe destacar, que lo anterior, no se circunscribe única y exclusivamente a la actuación desplegada por los profesionales de la salud, sino que también le incumbe a todo el engranaje administrativo que tiene que ver con la prestación del servicio, cuyo énfasis reside en salvaguardar la vida y la salud del paciente bajo su egida. Sin embargo, en el ámbito privado, la responsabilidad médica se enfoca principalmente a una relación contractual entre médico- Institución y paciente, siendo claro el corte obligacional del negocio jurídico, lo anterior sin desestimar los vínculos extracontractuales que por extensión permea a los familiares y que los habilita para realizar la reclamación.

La primera relación atiende a la: “... *noción de cumplimiento del acto médico en sentido estricto ...*” (Corte Suprema de Justicia, 2019, STC 3297), el que se compone de 3 ejes fundamentales, uno asociado a las obligaciones establecidas por las partes, otro las que se derivan directamente del acuerdo y finalmente, las contenidas en la ley. Como lo expresa Acosta Madiedo:

... la Corte Suprema ha reconocido la existencia de excepciones: esto es, cuando con o sin contrato, surge siempre la misma obligación de indemnizar a causa de un hecho manifiestamente violatorio de derechos de terceros por haberse ejecutado con culpa. En estos casos, bastará con perseguir la culpa en el escenario más evidente de la misma. (Acosta, 2010, p. 6).

Cabe anotar que, en el ámbito privado de la salud, siempre que se habla de responsabilidad, se hace referencia a la culpa como elemento axiológico fundamental, al respecto ha planteado la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil: “... *lo que se califica es la conducta del demandado que se ve como reprochable- si se quiere apartada de la Lex Artis*” (Corte Suprema de Justicia, 2020, SC 5100).

En este ámbito, la responsabilidad médica se enfoca principalmente a una relación contractual entre médico- Institución y paciente, siendo claro el corte obligacional de negocio jurídico, lo anterior sin desestimar los vínculos extracontractuales que por extensión permea a los familiares y que los habilita para realizar la reclamación. La primera relación atiende a la; “... *noción de cumplimiento del acto médico en sentido estricto ...*” (Corte Suprema de Justicia, 2019, STC 3297), el que se compone de 3 ejes fundamentales, uno asociado a las

obligaciones establecidas por las partes, otras las que se derivan directamente del acuerdo y finalmente, las contenidas en la ley.

En el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad médica en el ámbito privado, se destaca mucho el deber de seguridad, obligación que se considera de resultado, por ende, sólo se exonera de responsabilidad la entidad, si demuestra una causa extraña o “... *un deber general de prudencia y diligencia* ...” (Corte Suprema de Justicia, 2019, STC 3297).

A diferencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado en el año 2014, realizó la unificación en la tasación de perjuicios mediante sentencia de unificación, sin embargo, en lo que tiene que ver con los regímenes de responsabilidad aplicables, no se ha consolidado una línea jurisprudencial sólida, a pesar de lo que podría denominarse como la constitucionalización de la protección a la salud en la categoría de daño antijurídica, realizado en pronunciamiento de unificación, donde se habilita la posibilidad de una tasación cualitativa del daño a la salud.

En dicha providencia, se justifica el cambio cuantitativo al cualitativo de este tipo de perjuicios, en tanto: “*Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad*” (Consejo de Estado, 2014, 28804). Previo a proferirse la sentencia de unificación aludida, esta Corporación en relación con el daño a la salud, había precisado:

.... el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones

iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista. (Consejo de Estado, 2015, 32.912).

Y es que la referida providencia estipula como concepto director, que la salud no es sólo ausencia de enfermedad, son que atiende más bien un criterio de bienestar psicofísico, lo que resulta totalmente acorde con la salud como derecho fundamental, al respecto refiere que: *“Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse”* (Consejo de Estado, 2014, 28804).

Y es que incluso, se reconoce como daño a la salud las complicaciones emocionales sufridas por el paciente. Pues esta Corporación adoptó la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud, entendida como: *“... Estado completo de bienestar físico, psíquico y social, no circunscrita a la ausencia de afecciones y enfermedades ...”* (Consejo de Estado, 2014, 28804). La sentencia referida reviste especial importancia en tanto, presenta una serie de variables de afectación del derecho a la salud que se constituyen como daño, siendo una visión más amplia que resulta más compatible con los preceptos constitucionales.

Por su parte, la responsabilidad estatal con ocasión de las actividades médico-asistenciales, tienen su asidero en el Artículo 90 de la Constitución Política, el que en palabras de Pabón Parra (2013): *“... es un instrumento de protección de derechos que se cumple con*

*posterioridad a su lesión ...” (Pabón, 2013, p. 99). En materia jurisprudencial se analiza bajo el régimen de la falla probada del servicio, después de haberse analizado bajo la falla presunta del servicio y la carga dinámica de la prueba, pues ha referido el Consejo de Estado que: “... volvió al régimen de falla probada, debido a la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan” (Consejo de Estado, 2014, 30166).*

En materia del derecho a la salud, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha evolucionado a la reparación más integral en lo asociado con la concepción del perjuicio a la salud, sus elementos estructurantes y su régimen de reparación. Esto se traduce en una medida, que observa no sólo los postulados a nivel interno (Constitución Política), sino las directrices convencionales, en tanto, es clara la obligación de los Estados de ir adaptando su ordenamiento interno a las nuevas pautas asociadas al derecho a la salud y todos sus elementos integrantes.

Dentro de todo el desarrollo jurisprudencial, la sentencia proferida en el 2014, citada en líneas anteriores, marca un punto de partida fundamental, en la concepción y en el tratamiento que comienza a darse al procedimiento, donde se discute la afectación a la salud, ampliando la discusión se amplía e introduce nuevos elementos que, de suyo, son fundamentales como vulneradores de este derecho, y que antes estaban excluidos.

Este régimen exige que además del daño, debe probarse la imputabilidad al demandado, la que comprende un aspecto jurídico, es decir que puedan establecerse las obligaciones legales a su cargo, y fáctica, que tiene relación sobre los hechos expuestos, los que deben tener relación con la entidad demandada. Sin embargo, jurisprudencialmente se

ha adicionado el nexo causal, el que conforme lo ha expuesto el Consejo de Estado puede acreditarse a través de indicios, la Corporación en esta jurisdicción en jurisprudencia reciente, ha indicado:

En este sentido quien demanda la responsabilidad médico asistencial, debe acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de esta; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos. (Consejo de Estado, 2022, 59776).

Como factor común, en ambas jurisdicciones se ha advertido la evolución probatoria, donde actualmente, en donde en la inmensa mayoría de los casos, se hace imprescindible el uso del dictamen pericial, en tanto, se ha reconocido expresamente la complejidad *per se* de este tipo de casos, lo que a su vez ha conllevado a una maximización de las exigencias para quienes acuden a la jurisdicción a reclamar un daño.

### **La responsabilidad de los profesionales de salud y la responsabilidad institucional.**

En la prestación del servicio de salud intervienen múltiples actores, para este análisis, se hace preciso realizar una distinción entre los prestadores institucionales y los prestadores personales (es decir, los profesionales de salud).

En relación con los profesionales de salud, esencialmente al asumir su profesión adquieren una responsabilidad ética, con el juramento Hipocrático, que en una parte dispone: “... *Haré uso del régimen en beneficio de los enfermos, según mi capacidad y mi recto entender y, si es para su daño e injusticia, lo impediré ...*”. Dada su naturaleza profesional, el régimen legal ha establecido como regla general, que se trata de una obligación de medio,

es decir, no se le adjudica al profesional la obtención de un resultado específico, sino que use todos los medios a su alcance en su leal saber y entender, como se refirió en líneas precedentes. Y se ha contemplado una excepción, donde la actividad médica adquiere obligaciones de resultado en casos muy específicos, por ejemplo, en los procedimientos estéticos.

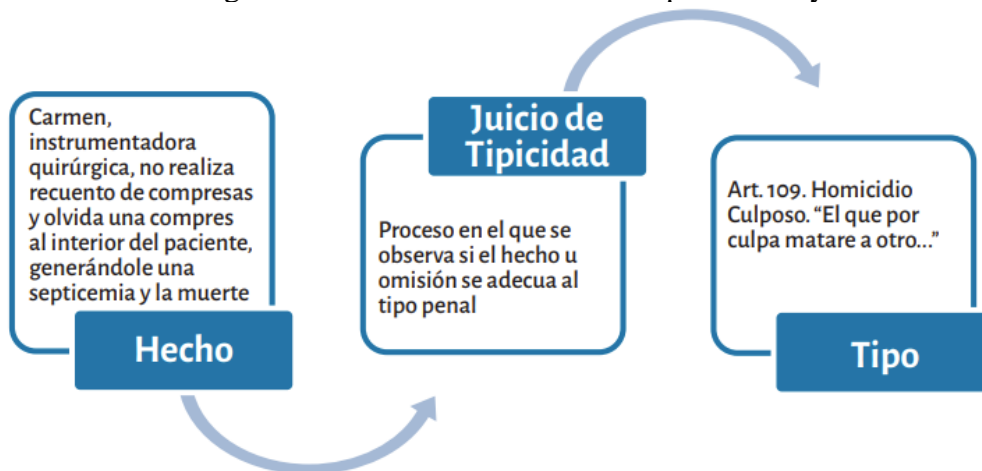
Desde el punto de vista personal, a los profesionales de salud les puede asistir una responsabilidad civil, fundamentada en el artículo 2341 del C.C, como lo precisa Ospino (2018): *“Lo que se traduce en que un incumplimiento de las obligaciones (medio y resultado) por parte del profesional de la salud puede causar una lesión y/o una afectación en los ámbitos físico, económico y psicológico del paciente y de su familia”* (Ospino, 2018, p. 30). Se dice en este aspecto que, ese incumplimiento de las obligaciones es la principal fuente de la responsabilidad., y al respecto gracias a la evolución médica sobre todo en la asistencia tecnológica que proporciona mayor exactitud, se advierte: *“... ya sea por la utilización indebida de acuerdo con el protocolo, por impericia en el uso correcto, o por falta de supervisión en el desarrollo del mecanismo”* (Ospino, 2018, p. 31).

O también, les puede asistir responsabilidad penal, cuya clasificación puede ser dolosa (intencional), o culposa (negligencia), al respecto Ospino (2018), indica:

... se evidencia entonces que un profesional de la salud puede ser juzgado penalmente por sus actuaciones u omisiones cuando estas no se ejecutan bajo los parámetros de la legalidad, pero no todos los tipos penales se adecúan al actuar común del profesional de la salud. (Ospino, 2018, p. 48).

A modo de ejemplo, para el caso:

Gráfico 2: Código Penal Colombiano. Juicio de tipicidad. Ley 599/2000.



Fuente: Ospino, 2018, p. 48.

Cuando se contempla la responsabilidad directa e indirecta de los profesionales de la salud, existe una mayor complejidad especialmente en materia probatoria, en tanto se dificulta la acreditación de la inobservancia de la *lex artis*, contrario a lo que sucede en el ámbito institucional, donde la acreditación de las fallas es susceptible de trazabilidad, en tanto está asociada a criterios administrativos.

Hay que destacar, que fue muy común que la relación médico- paciente de antaño, se circunscribía a una relación bilateral, es decir, mediaba un acuerdo de voluntades, y era el médico quien asumía la responsabilidad total en la atención y en los daños que generara la misma, se trató de la figura del "médico familiar" o el "médico de cabecera", quien generalmente establecía relaciones duraderas con un núcleo familiar y por varias generaciones, aquí se destacaba un ejercicio profesional independiente que propendía en el medio. Sin embargo, esta concepción trascendió con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, en la que se crea un Sistema, y comienza a fortalecerse esa visión Institucional, dejando a un lado la prestación personal e independiente de la actividad médica. Esto a su vez, tiene

una trascendencia en materia de responsabilidad médica, pues, en una sola atención son múltiples los profesionales que participan en la misma, y es, cuando el paciente identifica a la persona jurídica, como responsable principal de la atención.

A nivel institucional la gama de posibilidades respecto a la fuente de obligaciones es mucho más extensa, por ejemplo, existe un concepto de custodia y guarda en relación con los pacientes, lo que también es fuente de obligaciones, y, por lo tanto, deviene en responsabilidad en caso de incumplimiento. Así mismo, los procesos administrativos entre EPS e IPS, en los últimos años han sido la principal fuente de responsabilidad, en tanto, han impedido el acceso efectivo al derecho a la salud, representando retrasos por ejemplo en materia de autorizaciones que impiden remisiones efectivas a centros de mayor complejidad; o disponibilidad de materiales para cirugías de urgencias, que terminan representando complicaciones médicas a los pacientes, entre otras situaciones.

Es innegable, el hecho de que el sistema de salud es un engranaje de personas e instituciones o entidades, y, al respecto bien ha expresado la Corte Suprema de Justicia, cuando indicó:

La estructura establece una articulación entre todos sus elementos, los cuales están suficientemente bien diferenciados como para ser considerados unidades de análisis cuyas propiedades integrales y relaciones mutuas definen las características del sistema total. Las funciones de los elementos del sistema son diferenciables, pero no independientes o aisladas, por lo que cada uno de éstos se define en relación con los otros. El sistema, a su vez, está inmerso en una realidad más amplia con la cual

interactúa, y que influye en mayor o menor medida en el éxito de los procesos. (Corte Suprema de Justicia, 2016, SC 13925).

A modo de reflexión, la responsabilidad personal o individual de los profesionales de salud, presenta una mayor dificultad probatoria, dada la exigencia respecto a la acreditación de inobservancia de la *lex artis*, la naturaleza compleja de la labor desempeñada y la estructura del Sistema donde son varios los profesionales que se ven involucrados en el proceso de atención de un solo paciente; contrario a lo anterior, nivel Institucional, y desde un punto de vista comparativo a la referida responsabilidad profesional personal de los médicos, presenta menos dificultades probatorias, en tanto, permite una mayor trazabilidad de la información, la que cotejada con las obligaciones normativas y las responsabilidades de las Instituciones o entes encargados de la prestación del servicio de salud, acreditan la responsabilidad. Sin embargo, estas exigencias probatorias en la praxis judicial, especialmente en el ámbito público, han tenido variaciones importantes, como se abordará más adelante.

### **MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LO PÚBLICO Y LO PRIVADO**

Lo que se advierte en la evolución especialmente jurisprudencial de la responsabilidad médica en ambas jurisdicciones, ha sido el fortalecimiento de la exigencia procesal, especialmente para el demandante, quien tiene la carga de la prueba, al verse obligado a demostrar todos y cada uno de los elementos necesarios para constituir una falla médica y que por ende haya lugar a la declaratoria de responsabilidad. Y si bien lo anterior, deviene de forma inmediata en la coherencia con la premisa básica de que la actividad médica

es de medios y no de resultados, habida cuenta de las múltiples variables que entraña el acto médico, el que se destaca ha sido comprendido como complejo; no es menos cierto que la falla médica, no sólo comprende la praxis médica, sino que reúne toda la estructura del sistema de salud, que incluye el engranaje administrativo, que es, finalmente el que más muertes ocasiona.

Entonces, al analizar las exigencias, especialmente probatorias pretendidas en la praxis judicial, se encuentra que estas, pueden considerarse eventualmente muy gravosas, e incluso desproporcionadas, máxime cuando las entidades demandadas siempre están en mejores condiciones para asumir cargas probatorias técnicas, tales como allegar historia clínica, protocolos de la institución, e incluso testimonios técnicos que aporten a la Litis que conforme al principio de comunidad de la prueba que pertenecen al proceso. Se identifica entonces, una tensión, entre esos regímenes de responsabilidad actuales, donde se ha derribado la carga dinámica de la prueba.

Por ende, en relación con las posturas jurisprudenciales de las Altas Corporaciones, al momento de analizar el daño a la salud, se ha ampliado el espectro en aras de salvaguardar y proteger efectivamente este derecho constitucional, advirtiendo todas las variables que trascienden incluso las evidencias materiales y se encaminan más por los aspectos inmateriales, es decir, se ha contemplado no sólo el daño a la salud entendido únicamente como la afectación física o la muerte, sino la afectación por las demoras, como quiera que debido a ellas también se producen dichas afectaciones. En la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia), la carga probatoria recae como lo ha expresado esta Corporación:

Estas reglas ofrecen al juez una escala de medición para enfrentarse en retrospectiva (valoración de lo realizado) a la conducta que el ordenamiento habría esperado (confía) que el sujeto adoptara. Únicamente si se prueba en el proceso la existencia de tales pautas de conducta y que el demandado las infringió habiendo tenido la posibilidad de actuar conforme a lo que el ordenamiento esperaba de él, es posible imputar culpabilidad. (Corte Suprema de Justicia, 2016, SC 13925).

Así mismo se ha expuesto: *“Esa hipótesis reprensible, presume la relación entre la culpa y el daño y, por tanto, choca frontalmente con el postulado de carga de la prueba en obligaciones de medio en donde corresponde al acreedor probar todos sus elementos estructurantes”* (Corte Suprema de Justicia, 2021, STC-2836). De hecho, desde la jurisdicción civil los postulados Constitucionales, sin ser arquetípicos, son bienes jurídicos tutelables, en virtud de lo que goza de protección plena e integral, para que su coherencia normativa, es susceptible de acarrear sanciones de tipo pecuniario por parte del Estado.

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad (exigible en los casos de responsabilidad por culpabilidad), no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (imputatio facti), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (imputatio iuris). (Corte Suprema de Justicia, 2016, SC 13925).

Se vislumbra en las observaciones anteriores, la incidencia en el marco del modelo privado; por la protección irrestricta a las garantías fundamentales, donde éstas se convierten en preceptos directores, en tanto se convierten en un fin en sí mismos. Razón por la que, el Consejo de Estado, ha establecido que la carga de la prueba, que se centra principalmente en

el nexo causal, para establecer la falla en el servicio, que recae principalmente en el demandante. La jurisprudencia ha precisado:

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. (...) La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. (Consejo de Estado, 2014, 31182).

En dicha providencia se reconoce, las dificultades que puede enfrentar el demandante a la hora de asumir esa carga probatoria (de demostrar el nexo causal), y por ello, se instituyeron reglas probatorias, a través del sistema de la sana crítica y las reglas de la experiencia, para que el proceso, se convirtiera en una garantía instrumentalizable de los derechos fundamentales, este sistema dio mucha validez a la prueba indiciaria:

... deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho

daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima. (Consejo de Estado, 2014, 31182).

En relación con el derecho a la salud la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que: “... *lo primero que conviene decir es que el artículo 49 de la Constitución Política consagra este derecho como una garantía a favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado*” (Consejo de Estado, 2014, AC). De lo anterior se puede colegir entonces que una respuesta tajante con respecto a la eficacia instrumental de los regímenes de salud y del acceso efectivo a la administración de justicia, pues se advierten tensiones que muchas veces lo imposibilitan, pero también pronunciamientos que han sido hito en la materia y que han propendido por la protección efectiva, especialmente por su protección.

Sin embargo, de acuerdo con esa disparidad referencial, que es lo que ha predominado en los últimos años, atentando además con el principio de seguridad jurídica, la problemática confluye y queda en manos de cada operador judicial, el que con base en el sistema de libre valoración probatoria que acude a la sana crítica y a las reglas de la experiencia. Resulta procedente incluso, la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, como herramienta que dota de mayor validez la motivación de la providencia.

En lo que tiene que ver con la proporcionalidad se realiza una ponderación entre los principios constitucionales, como lo precisó la Corte Constitucional: “*Cuando dos principios*

*entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada a la luz de la instancia del principio afectado”* (Sentencia, 1996, C- 022). En consecuencia, se mantienen en una balanza los beneficios de una medida y los costos que representa, a efectos de evidenciar si está ajustado a los preceptos constitucionales.

Para el caso en cuestión, entrarían en colisión el derecho al debido proceso, cuyo elemento esencial atiende todo el sistema probatorio versus el derecho a la salud y el acceso efectivo a la administración de justicia. Por su parte, el principio de razonabilidad se aplica únicamente si se concreta en otro más específico, lo que es posible determinarlo a partir de la aplicación del test de proporcionalidad. Es decir, existe una correlación indivisible entre ambos, como método hermenéutico, éste responde dos planteamientos esenciales, como lo expuso la Corte Constitucional: *“¿Cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual?, ¿Es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”* (Sentencia, 1996, C-022)

Los métodos mencionados, a la luz de la realidad judicial actual, son necesarios, en tanto, no existe un precedente judicial sólido en ninguna de las jurisdicciones, lo que imposibilita acudir al mismo para concretar una conclusión, y se circunscribe a este echando de menos los otros métodos a nivel probatorio, pues el planteamiento gira en torno a cuestiones constitucionales de derechos fundamentales. En todo caso, la responsabilidad médica en el ámbito privado se circunscribe a un modelo más tradicional de responsabilidad, que no deja de lado toda su base obligacional del acuerdo en lo que tiene que ver con el paciente; y respecto a la familia de este un fundamento en la llamada responsabilidad aquiliana.

Mientras que, en el ámbito público, si se advierten cambios de posturas en el análisis que se han marcado jurisprudencialmente, donde el fundamento reposa en la cláusula general de responsabilidad estatal, las variaciones se evidencian en los elementos constitutivos de la falla médico asistencial, que finalmente repercute en la carga de la prueba para la parte demandante, ya no hay presunciones que cobijen los planteamientos de la falla, ni tampoco un sistema dinámico de la prueba, que atribuya obligaciones a las demandadas, sino que se hace menester que sea el demandante quien asuma en su integridad todo el engranaje probatorio para la declaratoria de dicha falla. Como factor común en ambas jurisdicciones, la ciencia médica comprende un riesgo inherente, de ello, que siempre se describa como una obligación de medio y no de resultados, cuyo análisis exige de múltiples elementos, para consolidarla. Con base en lo anterior se ha precisado que:

En principio, la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos implican obligaciones de medio, por cuanto suele existir incertidumbre frente a los resultados, cuyos riesgos asume en cada caso el paciente que ha manifestado su consentimiento informado para el tratamiento o intervención. (Acosta, 2010, p.11).

Se trata entonces de parámetros difusos, en los que la norma parece constituirse sobre la base de vacíos legales, delegando con ello la responsabilidad que le corresponde de la protección de los derechos fundamentales, en manos de interpretaciones discrecionales, como quiera que esto se constituye en una amenaza contra el statu quo. A la luz del derecho fundamental a la salud y al del acceso a la administración de justicia, se evidencia que las cargas procesales, encuentra divergencia, especialmente en la jurisprudencia establecida por

el Consejo de Estado, donde se ha endurecido más ésta, para la parte demandante, a contrario sensu, en la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia).

En tal virtud, se identifica una exigencia que se encuentra en armonía con los principios constitucionales y la protección de los derechos fundamentales. No sólo el derrotero, lo marcan los diferentes regímenes de responsabilidad desarrollados en ambas jurisdicciones, sino especialmente, los parámetros que a nivel probatorio se han establecido vía jurisprudencial, las restricciones y el endurecimiento de los requisitos, podrían considerarse incluso como obstáculos para materializar los derechos fundamentales.

En relación con la administración de justicia, se advierten falencias por la inestabilidad de los criterios para declarar la responsabilidad médica, como se advirtió en los acápites anteriores, si bien, la construcción jurisprudencial es dinámica, lo relevante por ejemplo, en la jurisdicción contencioso administrativa es que las providencias entran en contradicción por la divergencia de criterios, pues en algunos fallos se admite la carga dinámica de la prueba; y en otros, se adoptó el criterio más reciente de una de las salas del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, en la que dicha figura se relegó en materia de responsabilidad administrativa.

Lo anterior, impone una mayor carga al demandante, quien, por regla general, debe asumir la carga probatoria, sin embargo, debe reflexionarse sobre las capacidades técnicas y operativas en este tipo de proceso, ¿quién está en mejor y mayor capacidad para aportar elementos probatorios al proceso? Finalmente, esa es la razón de ser de la carga dinámica de la prueba, pues en el sistema procesal vigente, y bajo el principio de unidad probatoria, las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, lo que permite mayor efectividad del derecho

de acceso a la justicia. Entonces, la praxis judicial, contrario a fortalecer las condiciones procesales que propendan por la materialización de los derechos de quienes acuden a ésta, comienza a adoptar posturas, que obstaculizan el acceso, y que desvirtúan la naturaleza de los medios de control creados como instrumentos para la protección de bienes jurídicamente tutelados, o para el caso, para su resarcimiento.

La nueva visión desde el punto de vista probatorio en materia de responsabilidad médica, han generado una ruptura a nivel de capacidad de las partes, lo que a su vez trae consecuencias para el proceso, porque se limita ostensiblemente el recaudo probatorio, que al final es la base de este. La capacidad técnica y de acceso de las demandadas y mucho mayor al de la parte demandante, y haber eliminado el criterio de la carga dinámica de la prueba, genera para el caso, una vulneración al acceso efectivo a la administración de justicia y al derecho a la salud. Finalmente, la parte demandante (que se compone de pacientes o usuarios del sistema) se consolida como la parte débil.

### **CONCLUSIONES.**

- Existe una clara distinción entre la responsabilidad personal del profesional de la salud y la responsabilidad institucional, conforme a lo anotado, dicha responsabilidad tiene una connotación especial delimitada especialmente, por la *lex artis*, lo que, a su vez en el ámbito procesal, hace más exigente el acervo probatorio. Sin embargo, también se advierte mayor preponderancia en la responsabilidad institucional, por la transición y el cambio con la implementación del Sistema de Salud a través de la Ley 100 de 1993, donde se disminuyó ostensiblemente la práctica independiente médica. Así mismo, en los procesos de responsabilidad médica, la vinculación particular e individual de los

profesionales de la salud, se vuelve cada vez más complejo, por la alta rotación y la multiplicidad de personas que hacen parte de la atención de un solo paciente.

- En materia de responsabilidad médica en el ámbito procesal, existe una diferencia en el énfasis y la causa determinante para declarar la responsabilidad, entre la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia) y la jurisdicción Administrativa (Consejo de Estado), en tanto, para esta primera, el análisis recae en la culpa, donde se estructura la responsabilidad; por otra parte, para la segunda, el énfasis se circunscribe al nexo causal, donde tiene asidero la vocación de prosperidad de las pretensiones.
- Para ello, en materia de cargas procesales relativa a las pruebas, se ha identificado una mayor exigencia en la jurisdicción Administrativa, para el demandante, en tanto, a lo largo desde desarrollo jurisprudencial, se ha eliminado por ejemplo la carga dinámica de la prueba, lo que robustece en gran medida esta carga procesal para el demandante. A contrario sensu, en la jurisdicción ordinaria, el abordaje sin ser totalmente laxo, a nivel comparativo con el ya referido, si es mucho más amplio, puesto que no impone una carga probatoria tan grande.
- Ahora bien, referente al abordaje del daño a la salud, como categoría independiente en materia de reconocimiento de perjuicios, si ha sido la jurisdicción contencioso administrativa, la que se destaca por observar un concepto integral, que permite mayores garantías respecto al restablecimiento y/o indemnización de la salud, se advirtió en el presente escrito sobre la nueva concepción cualitativa en relación a su tasación, de otro lado, en la jurisdicción ordinaria no se tienen avances tan concretos, en tanto, la tasación de perjuicios de un lado no se encuentra estandarizada como en la

jurisdicción administrativa, y de otro lado; no se ha esbozado, ni desarrollado una categoría contundente en relación con el daño a la salud.

- Bajo las premisas anteriores, y respecto a los derechos fundamentales a la salud y al acceso a la administración de justicia, puede concluirse, que, a ambas jurisdicciones por razones diferentes, les falta una compaginación correcta entre los instrumentos desarrollados para la protección y/o indemnización en responsabilidad médica y la materialización de los referidos derechos.
- Lo anterior, por cuanto, una excesiva carga procesal en materia probatoria puede impedir, el reconocimiento y la satisfacción de ambos derechos (que es el caso del Consejo de Estado); y un inadecuado desarrollo conceptual relativo a su concepción como categoría independiente y su tasación, puede impedir que se satisfagan estos derechos.
- La evolución de la responsabilidad médica ha fortalecido diferentes regímenes de responsabilidad, sin embargo, ese fortalecimiento que se advierte principalmente en materia probatoria, no se traduce en una efectivización de los derechos fundamentales, sino que se vuelve un arma de doble filo, que limita el acceso a la administración de justicia, y que se consolida, en la inobservancia al derecho fundamental a la salud.
- La eliminación de instituciones procesales como la carga dinámica de la prueba han generado una ruptura evidente entre las partes, y, por consiguiente, han tenido redundancia en el acopio probatorio allegado al proceso, lo que disminuye las posibilidades para el operador judicial de obtener la verdad real que le permita adoptar una decisión ajustada a derecho.

- La responsabilidad médica, administrada desde la praxis judicial de forma adecuada, mediante la incorporación de elementos procesales que faciliten el recaudo probatorio y propendan por la materialización de la igualdad entre las partes, puede erigirse como un instrumento de efectivización de los derechos fundamentales a la salud y al acceso a la administración de justicia. Lo anterior, admitiendo la diferencia ostensible de las jurisdicciones, cuyos regímenes tienen características muy diferentes desde la concepción y fundamento de la responsabilidad, como en los elementos que deben ser acreditados dentro del proceso para declarar la misma. Sin embargo, se admite, la confluencia esencial en el objetivo que persiguen.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Academia Nacional de Medicina. (2024) Acuerdos fundamentales de los aspectos que, como mínimo, deberá contener el desarrollo integral de la Ley Estatutaria en Salud 1751/2015. (actualizado abril 2024). Grupo de Acuerdos Fundamentales. Bogotá. <https://acuerdosfundamentales.com/wp-content/uploads/2024/04/compromiso-con-el-sistema-de-salud.pdf>
- Acosta, Madiedo, C.D. (2010). “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. Revista de derecho privado. Universidad de los Andes. Bogotá D.C. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>
- Arbeláez, Rudas, M. (2006). “La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. Artículo. Revista Derecho y Salud. Vol. 14, Núm. 2. <file:///D:/WORKGROUP/Downloads/Dialnet-LaProteccionConstitucionalDelDerechoALaSalud-2165046.pdf>

Castaño, Duque, C.X; Duque, Sabogal, S; Gil Jaramillo D. (2016). “Evolución jurisprudencial respecto a la responsabilidad del estado colombiano por falla médica”. Trabajo de grado. Especialización derecho administrativo, cohorte 38. Universidad Libre- Seccional Derecho. Facultad de Derecho. Pereira. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16798/EVOLUCION%20JURISPRUDENCIAL%20RESPECTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Congreso de la República. (1981). Ley 23. “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”. Bogotá D.C. [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=68760](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=68760)

Congreso de la República. (1993). Ley 100. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C. [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=5248](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=5248)

Congreso de la República. (2011). Ley 1438. “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C. [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=41355](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=41355)

Congreso de la República. (2015). Ley 1751. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C. [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf)

Consejo de Estado. (2009). Expediente: 16700. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 50001-23-31-000-1992-

03589-01. Bogotá D.C.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/50001-23-31-000-1992-03589-01\(16700\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/50001-23-31-000-1992-03589-01(16700).pdf)

Consejo de Estado. (2009). Expediente: 14726. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. C.P: Miryan Guerrero de Escobar. Radicado: 54001-23-31-000-1993-08025-01. Bogotá D.C.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1993-08025-01\(14726\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1993-08025-01(14726).pdf)

Consejo de Estado. (2011). AC. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta. C.P: Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Radicado: 13001-23-31000-2011-00081-01- Bogotá D.C.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/13001-23-31-000-2011-00081-01\(AC\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/13001-23-31-000-2011-00081-01(AC).pdf)

Consejo de Estado. (2014). “Documento Final aprobado mediante acta del 28 de agosto del 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Bogotá D.C. <https://adwa.co/wp-content/uploads/2015/04/Reparacion-De-Perjuicios-Inmateriales-Consejo-De-Estado-.pdf>

Consejo de Estado. (2014). Expediente: 32.988. Sala de los Contencioso Administrativo- Sala Plena- Sección Tercera. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicado: 05001-23-25-000-1999-01063-01. Bogotá D.C.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/05001-23-25-000-1999-01063-01\(32988\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).pdf)

Consejo de Estado. (2014). Expediente: 30.166. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C. C.P: Olga Mélida Valle de la Hoz. Radicado: 25000-23-26-000-2001-01792-01. Bogotá D.C.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/157/S3/25000-23-26-000-2001-01792-01\(30166\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/157/S3/25000-23-26-000-2001-01792-01(30166).pdf)

Consejo de Estado. (2014). Expediente: 28.804. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sala Plena- Sección Tercera. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo. Radicado: 23001-23-31-000-2001-00278-01. Bogotá D.C.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=82665>

Consejo de Estado. (2014). Expediente: 31182. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección B. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicado: 05001-23-31-000-1999-03218-01. Bogotá D.C.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1999-03218-01\(31182\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1999-03218-01(31182).pdf)

Consejo de Estado. (2014). AC. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta. C.P: Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Radicado: 11001-0315-0002014-02989-00. Bogotá D.C.

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/11001031500020140298900.pdf>

Consejo de Estado. (2015). Expediente: 32.912. Sala de lo Contencioso Administrativo-  
Sección Tercera- Subsección C. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado:  
05-001-23-31-000-2002-02387-01. Bogotá D.C.  
<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>

Consejo de Estado. (2016). Expediente: 40057. Sala de lo Contencioso Administrativo-  
Sección Tercera- Subsección B. C.P: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado: 05001-23-  
31-000-1999-02059-01. Bogotá D.C.  
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1999-02059-01\(40057\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1999-02059-01(40057).pdf)

Consejo de Estado. (2022). Expediente: 59.776. Sala de lo Contencioso Administrativo-  
Sección Tercera- Subsección A. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Radicado:  
05001-23-31-000-2011-00091-01. Bogotá D.C.  
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/266/15\\_050012331000201100091011SENTENCIA20221215123541.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/266/15_050012331000201100091011SENTENCIA20221215123541.pdf)

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C- 022. M.P: Carlos Gaviria Díaz. Referencia  
Expediente: D- 1008. Bogotá D.C.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

Corte Constitucional. (2008). Sentencia C- 483. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Referencia  
Expediente: D- 6935. Bogotá D.C.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-483->

08.htm#:~:text=El%20derecho%20al%20acceso%20a,prop%C3%B3sito%20de%20  
procurar%20la%20defensa

Corte Constitucional. (2008). Sentencia No T-760 de 2008. Sala Segunda de Revisión. M. P.

Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

<https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Documents/Sentencia%20T-760/SENTENCIA%20T760%20-2008.pdf>

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C- 415. M.P: Mauricio González Cuervo. Referencia

Expediente: D- 8820. Bogotá D.C.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm>

Corte Constitucional. (2015). Sentencia C- 144. M.P: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Referencia Expediente: D- 10347. Bogotá D.C.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-144-15.htm>

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C- 054. M.P: Luís Ernesto Vargas Silva. Referencia

Expediente: D- 10888. Bogotá D.C.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>

Corte Constitucional. (2019). Sentencia T- 608. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia

Expediente: T- 7.185.421. Bogotá D.C.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-608-19.htm>

Corte Constitucional. (2019). C- 443. M.P: Luís Guillermo Guerrero Pérez. Referencia

Expediente: D- 12981. Bogotá D.C.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-443-19.htm>

Corte Constitucional. (2020). T- 012. M.P: Diana Fajardo Rivera. Referencia Expediente: T- 7.470.381. Bogotá D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-012-20.htm>

Corte Constitucional. (2021). T- 195. M.P: José Fernando Reyes Cuartas, Referencia Expediente: T- 8.048.007. Bogotá D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-195-21.htm>

Corte Constitucional. (2021). C-210. M.P: José Fernando Reyes Cuartas. Referencia Expediente: D- 13796. Bogotá D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-210-21.htm>

Corte Constitucional. (2021). T- 301. M.P: Cristina Pardo Schlesinger. Referencia Expediente: T- 8.146.186. Bogotá D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-301-21.htm>

Corte Constitucional. (2022). C- 099. M.P: Karena Caselles Hernández. Referencia Expediente: D- 14274. Bogotá D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-099-22.htm>

Corte Suprema de Justicia. (2016). SC- 13925. Sala de Casación Civil. M.P: Ariel Salazar Ramírez. Radicado: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Bogotá D.C. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/11/SC13925-2016.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2017). SC 7110- 2017. Sala de Casación Civil. M.P: Luís Armando Tolosa Villabona. Radicado: 05001-31-03-012-2006-00234-01. Bogotá

D.C. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/SC7110.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2019). STC 3297- 2019. Sala de Casación Civil. M.P: Álvaro Fernando García Restrepo. Radicado: 1100102030002019-00586-00. Bogotá D.C. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAY2019/FICHA%20STC3297-2019.docx>

Corte Suprema de Justicia. (2020). SC 5100- 2020. Sala de Casación Civil. M.P: Francisco Ternera Barrios. Radicado: 11001-31-03-003-2010-00740-01. Bogotá D.C. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/12/SC5100-2020-2010-00740-01.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2021). “Responsabilidad médica. Algunos estudios contemporáneos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema Justicia de Justicia de Colombia”. Relatoría Sala de Casación Civil. Bogotá D.C. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNOS-ESTUDIOS-CONTEMPOR%C3%81NEOS-RES.-M%C3%89DICA.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2021). STC-2836. Sala de Casación Civil y Agraria. Tutela. M.P: Luís Armando Tolosa Villabona. Radicado: 1100102030002021-00562-00. Bogotá D.C. <https://gmhabogados.com.co/wp-content/uploads/2021/05/STC2836-2021-Nexo-causal-forma-de-establecerlo-elementos-facticos-y-juridicos.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2023). “Principales reglas de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Colombia”. Centro de estudios en Derechos Humanos. Bogotá

D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Obra-reglas-jurisprudenciales-del-derecho-a-la-salud-en-Colombia.pdf>

Echavarría, Gañán, J. L. (2015). “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”. Superintendencia Nacional de Salud. Número 3. Artículo. Monitor estratégico. Bogotá D.C.

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/natural-eza-juridica-derecho-salud-colombia.pdf>

Fernández, Muñoz, M.L. (2019). “La responsabilidad médica en la especialidad civil”. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá D.C. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>

Gañán, Echavarría, Jaime León. (2013). “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”. Superintendencia Nacional de Salud. Artículo. Monitor estratégico. N° 3. Bogotá D.C. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/natural-eza-juridica-derecho-salud-colombia.pdf>

Guzmán, Gil, J.S. (2018). “Evolución de la salud como derecho fundamental en Colombia. Derecho a la salud su transformación de conexo a fundamental en el ámbito jurisdiccional”. Trabajo de grado. Universidad La Gran Colombia- Facultad de Derecho. Bogotá D.C. [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4936/Evoluci%25c3%25b3n\\_salud\\_derecho\\_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4936/Evoluci%25c3%25b3n_salud_derecho_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Instituto Nacional de Salud. (2019). “Acceso a servicios de salud en Colombia”. Informe Técnico 11. Observatorio Nacional de Salud. Bogotá D.C.  
<https://www.ins.gov.co/Direcciones/ONS/Informes/11.%20Acceso%20a%20servicios%20de%20salud%20en%20Colombia.pdf>

Ministerio de la Salud y Protección Social. (2013). Estudio sobre el modo de gestionar la salud en Colombia. Resumen Ejecutivo. Bogotá.  
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/AS/gestionar%20la%20salud%20en%20Colombia.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social (2016). Decreto 780. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”. Bogotá D.C.  
[https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf)

Ministerio de Salud y Protección Social. (2024). Informe de Tutelas en Salud 2023 Orden Trigésima Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional Ministerio de Salud y Protección Social Oficina de Calidad. Bogotá.  
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/informe-tutelas-salud-2023-orden-trigesima-sentencia-T-760-2008.pdf>

Organización Mundial de la Salud. (1946). “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”. Nueva York.  
<https://www3.paho.org/gut/dmdocuments/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la%20Salud.pdf>

Organización Mundial de la Salud. (2008). “El derecho a la salud”. Folleto Informativo N°

31. Organización de las Naciones Unidas Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1948). “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Washington D.C.

[https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (1966). “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Washington D.C.

[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)

Pabón, Parra, P.A. (2013). “Constitución Política de Colombia esquemática 22 años de la Carta Política 1991- 2013”. Libro. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Edición conmemorativa. Bogotá D.C.

Parra, Vera, O. (2003). “El derecho a la salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos Internacionales”. Defensoría del Pueblo. Bogotá D.C.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>

Procuraduría General de la Nación. (2008). “El derecho a la salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en materia de quejas en salud”. De Justicia Centro de estudios de derecho, justicia y

sociedad. Bogotá D.C. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2008/07/El-derecho-a-la-salud.pdf>

Ruíz, W. (2004). “La responsabilidad médica en Colombia”. Artículo. Revista Criterio Jurídico V. 4. Santiago de Cali. <https://core.ac.uk/download/pdf/52201831.pdf>

Sarmiento Blanco, S.E. (2021). La oportunidad en el acceso a la salud en Colombia. Una visión de corresponsabilidad. Universidad de los Andes. Bogotá. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/1af93d95-0373-4f76-8f61-5721e2cee281/content>

Vélez, Arango, A.L. (2007). “Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el Estado Social de Derecho”. Artículo. Revista Hacia la Promoción de la Salud. Vol. 12, N° 1. Bogotá D.C. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-75772007000100006](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-75772007000100006)

Vélez Ramírez, S; González Valencia, Y. (2021). “Calidad de la atención de los servicios de salud Colombia en los últimos diez años”. Trabajo de grado. Universidad de Antioquia. Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”. Medellín. [https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/21060/6/VelezSusan\\_GonzalezYolima\\_2021\\_CalidadAtenci%C3%B3nServiciosSalud.pdf](https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/21060/6/VelezSusan_GonzalezYolima_2021_CalidadAtenci%C3%B3nServiciosSalud.pdf)