



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**RESPONSABILIDAD ESTATAL COLOMBIANA POR FALLA EN EL SISTEMA
DE SALUD**

Estudiante:

Angela Marcela Gómez Sanclemente

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

2021

**RESPONSABILIDAD ESTATAL COLOMBIANA POR FALLA EN EL SISTEMA
DE SALUD**

Estudiante:

Angela Marcela Gómez Sanclemente

Director del trabajo de grado:

Luis Freddyur Tovar

Trabajo de grado para optar por el título de abogada

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

2021

ARTÍCULO 23 de la Resolución No. 13 de 1946 de la Pontificia Universidad Javeriana: “La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque la tesis no contenga ataques personales contra persona alguna, antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de investigación culmina una época de gran aprendizaje y da comienzo a otra nueva. Agradezco a mi director Luis Freddyur Tovar quien ha hecho parte desde el comienzo de este camino, por ser maestro de vida y luz guía para mi, por enseñarme dentro y fuera de las aulas de clase, por dejarme como legado la curiosidad por el conocimiento y principalmente por permitirme estar tantos años a su lado como estudiante, monitora, prohijada y amiga.

A mis padres por darme el mejor regalo que alguien puede dar, la educación, especialmente a mi madre quien, desde que yo era pequeña, vio gran potencial en mi y me acompañó siempre en las épocas mas difíciles. A mi hermana por heredarme la pasión de alcanzar sueños, por enseñarme a luchar por lo que quiero y a hacer siempre todas las cosas con amor.

Por último, quiero agradecer a mis compañeros quienes, incondicionalmente, me han brindado su apoyo y más que nadie saben lo difícil que ha sido llegar hasta acá. A todos, gracias por permitirme ser la persona que soy hoy.

RESUMEN

En Colombia, el Estado ha sido objeto de reproche de responsabilidad médica a lo largo de la historia en cuanto se configuren los elementos que, desarrollados jurisprudencialmente, dan lugar a ello. Sin embargo, dicha imputación se realiza, categóricamente, de manera subjetiva, es decir cuando la afectación es producida en virtud de la actuación directa de un agente del Estado y no cuando se deriva de una falla del sistema.

El presente escrito es la reflexión sobre la investigación de los títulos bajo los cuales se le imputa responsabilidad médica objetiva al Estado por fallas en el sistema de salud, en su calidad de garante, según se desprende de los artículos 365, 6 y 90 de la Constitución colombiana de 1991. Por esta razón, el análisis conceptual discurre en una triple perspectiva: como un derecho, un servicio público y un sistema. Lo anterior significa disertar sobre la tensión existente entre la prestación del servicio de la salud como un derecho individual y como un sistema.

Palabras clave: Salud, sistema, responsabilidad médica, responsabilidad estatal, títulos de imputación.

ABSTRACT

Historically, the State of Colombia has been object of criticism regarding medical liability, when the elements established by court decisions prompt to it. Nonetheless, said imputation has been done, categorically, in a subjective way. That means, when an affectation has been produced by direct action of a state agent and not when it comes from a system failure.

This paper is a reflection on the imputation titles of the State's objective medical liability due to failures in the health system. This, taking the State as a guarantor and according to articles 365, 6 and 90 of the 1991 Colombian's constitution. Thus, the concept analysis develops in a three way perspective: as a right, as a public service, and as a system. This opens a

discussion about the tension between the provision of the health service as an individual right and the provision of the health service as a system.

Key words: Health, system, medical liability, state liability, imputation titles.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	11
EL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA	11
1. EL SISTEMA TÉCNICO SEGÚN LUHMANN	11
2. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE LA SALUD EN COLOMBIA .	12
2.1 Configuración histórica del sistema desde la normatividad	13
2.2 El agente prestador del servicio a la salud: EPS	15
2.3 El usuario del servicio de la salud	16
3. DIFICULTADES PRÁCTICAS DEL SERVICIO A LA SALUD COMO UN SISTEMA	19
CAPÍTULO II	21
LA SALUD COMO UN DERECHO HUMANO	21
1. EL DERECHO INDIVIDUAL A LA SALUD COMO UN DERECHO AUTÓNOMO	21
2. EL DERECHO A LA SALUD Y LA DIGNIDAD HUMANA	23
3. EL DERECHO A LA SALUD COMO UN SERVICIO PÚBLICO	24
4. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DEL DERECHO A LA SALUD Y DEL SISTEMA GENERAL A LA SALUD	27
CAPÍTULO III	31
LA RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD EN COLOMBIA. TENSIONES Y DESACUERDOS	31
1. EL DERECHO INDIVIDUAL A LA SALUD Y EL SISTEMA GENERAL DE LA SALUD: ¿DILEMA INSALVABLE EN COLOMBIA?	31
2. RESPONSABILIDAD MÉDICA INDIVIDUAL POR EL TRATAMIENTO PRACTICADO .	35
3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR EL RETARDO, OMISIÓN O NEGACIÓN DEL TRATAMIENTO ORDENADO	36
4. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	38
4.1 Personal del médico	40
4.2 Institucional de la entidad prestadora del servicio	41
4.3 Responsabilidad estatal por la prestación del servicio de la salud: el legislador, el gobierno y el controlador. Imputabilidad por el mal funcionamiento del sistema	42
CONCLUSIONES	47
BILIOGRAFÍA	49

INTRODUCCIÓN

Como quiera que el servicio a la salud es prestado por las entidades privadas promotoras de salud, éstas son las llamadas a responder por la protección efectiva de los derechos de particulares bajo el argumento de que la salud como derecho y servicio público debe garantizarse a todas las personas por igual. Raramente se tiene en cuenta que la salud en Colombia se establece como un sistema, y que su creación se genera no solo para cumplir con el principio de eficiencia sino también con el de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

La responsabilidad médica, tema novedoso en las cuestiones investigativas que atañen a los juristas debido a la poca o nula reglamentación normativa que existe al respecto, adquiere mayor connotación por lo expuesto líneas arriba. Esto no ha sido obstáculo para que jurisprudencialmente se desarrolle el concepto, llenando así el vacío normativo existente. Esta especial circunstancia hace de la figura en estudio un concepto ampliamente dinámico, o sea que constantemente se está renovando para ajustarse a las exigencias propias del desarrollo jurisprudencial del siglo XXI.

Ahora bien, desde otra perspectiva, el concepto de responsabilidad médica estatal, no solo es apasionante en sí mismo, sino altamente complejo. En efecto, la causa originaria de ella es la práctica de un agente al servicio del Estado, pero actualmente y como consecuencia de la configuración de la salud como un sistema, podría afirmarse quedaría excluido de tal reproche por la prestación del servicio; no obstante, la situación no es tan simple y, también puede inferirse la obligación de responder por tal actividad. En efecto, constitucionalmente, según el artículo 365 de la Constitución Política, la organización jurídico-política ocupa el lugar de garante de la eficiente prestación del servicio público de la salud lo cual significa que puede, y debe ser, sujeto pasivo de tal vinculación.

En el anterior sentido, el criterio que cobra mayor relevancia dentro de esta temática corresponde al estudio de la imputación de la responsabilidad extracontractual frente al daño antijurídico con ocasión de la deficiente o precaria praxis médica.

De lo anterior se colige la necesidad de evaluar la prestación del servicio de salud como un sistema operativo cuyos factores permitan que se pruebe la ineficiencia de la prestación del servicio, y a su vez que se establezca la responsabilidad médica correspondiente al Estado.

Es por esto que éste trabajo de grado pretende dar solución al siguiente cuestionamiento: *¿Bajo que título de imputación puede derivarse responsabilidad estatal por la prestación individual del servicio de salud, por ser concebido este como un sistema?*

Para tal fin, establecí como objetivo general el siguiente: *Determinar el título de imputación mediante el cual se puede derivar la responsabilidad estatal por la prestación individual del servicio de salud, por ser concebido este como un sistema.*

Ahora bien, para llevar a feliz término la investigación, la anterior afirmación la desarrollé en tres objetivos específicos, de los cuales construí sendos capítulos, que paso a describir.

El primer capítulo, que materializa el primer objetivo *Explicar la salud como un sistema operativo*, titulado *El sistema de salud en Colombia*, consiste en la descripción teórica de la consagración constitucional de la salud como un sistema complejo dentro de la realidad nacional; es decir que, a partir de la Carta Política de 1991, se presenta el dualismo conceptual de la salud *como un sistema*, además de *como un derecho humano*.

El segundo capítulo titulado *La salud como un derecho humano*, que desarrolla el objetivo específico *Revisar las implicaciones normativas que se derivan para el Estado por la prestación del servicio de salud como un derecho humano y un sistema operativo*, es la reflexión teórica de las consecuencias de considerar la consagración constitucional en esta doble dimensión: como un sistema y como un derecho humano.

Finalmente, el tercer capítulo denominado *La responsabilidad por la prestación del servicio de salud en Colombia. Tensiones y desacuerdos*, materializa el tercer objetivo *Interpretar los modos jurídicos en que se puede imputar responsabilidad al Estado por la prestación del servicio de salud como un sistema*, y constituye la reflexión normativa que permite derivar

responsabilidad al Estado como uno de los actores vinculados en la prestación del servicio de salud en Colombia.

Desde el punto de vista metodológico, la siguiente monografía se desarrolla como un estudio teórico de tipo revisión normativa, lo cual implica el uso del método hermenéutico del material jurídico base utilizado.

CAPÍTULO I

EL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA

El presente capítulo tiene por finalidad desarrollar el objetivo específico *Explicar la salud como un sistema operativo*. Con fundamento en lo anterior, metodológicamente el texto trata los siguientes apartes: 1) El sistema técnico según Luhmann; 2) Consagración constitucional del sistema de la salud en Colombia; 3) Dificultades prácticas del servicio a la salud como un sistema.

Metodológicamente en este capítulo utilizo, en términos generales, la revisión de textos normativos para describir el sistema de la salud en Colombia (puntos uno y dos) y, en el tercer ítem empleo la técnica de la reflexión crítica.

1. EL SISTEMA TÉCNICO SEGÚN LUHMANN

Niklas Luhmann consideró la sociedad como un sistema general, en el cual se encuentran subsistemas. Parte de la base que el sistema significa una técnica de comunicación, la cual debe ser entendida como una red interna de integración entre los elementos constitutivos de ella. La teoría de los sistemas de Luhmann busca comprender el comportamiento de una organización considerando sus metas, procesos y relación con el medio ambiente al cual debe adaptarse, pues los sistemas surgen y se reproducen en la medida en la que sus operaciones den lugar a otras (1984).

Luhmann estructura el concepto de Sistema Técnico asimilándolo con una caja de resonancia cuyo interior contiene las siguientes características: procesabilidad, complejidad, constrictión racional y autopoiesis, con lo cual da a entender que todo sistema técnico al interior es una unidad de procesamiento de información, cuya complejidad consiste en que se presenta una autoadaptación de la información ingresada y con una función límite; que se presenta interconexión entre ellos y por tanto condicionan el resultado y, finalmente que el resultado es autorreferente y que no existe comunicabilidad extra sistema. Al respecto, asegura Luhmann, es mediante la observación que se construye el Sistema Técnico, pues es a partir de ella que se crea la información que genera las condiciones necesarias para que

exista y que, sus funciones se han de ver limitadas no sólo por ésta sino también por la comunicación, pues es ésta aquella que *“produce y reproduce la sociedad”* (2007).

2. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE LA SALUD EN COLOMBIA

Con fundamento en el artículo 49 Constitucional se puede afirmar categóricamente que la salud en Colombia es un Sistema que, por sus características pudiera catalogarse de técnico. En efecto, el mencionado artículo estipula que *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.”*

Lo anterior significa que dicho sistema tiene los siguientes elementos: a) una fuente de la información: el Congreso de la República, el Gobierno central, las autoridades de control, las empresas prestadoras de salud EPS y finalmente, el usuario que requiere el servicio; b) la información ingresada: leyes, decretos, resoluciones, instructivos-guías y, finalmente, el requerimiento de los usuarios; c) recursos aplicables: ingresos públicos e ingresos particulares; unos aseguradores del servicio: las EPS; y, finalmente, unos prestadores efectivos del servicio: las IPS.

La anterior descripción muestra por si sola la complejidad constitucional del sistema, el cual tiene como finalidad garantizar el servicio de la salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De otra parte, la Ley Estatutaria de la Salud N. 1751 de 2015 en su artículo 4 estipula que el Sistema de Salud corresponde a *“el 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". Lo anterior implica que el Sistema de Salud en Colombia se configura como una unidad de carácter dinámico y autosuficiente, constituida por unos elementos que al interrelacionarse y comunicarse entre sí permiten que ésta se autoadapte gracias a la información que ingresa a ella a partir de la observación.

Pasaré a describir, a grandes rasgos, lo técnico del sistema que, no es cosa diferente a la normatividad que lo rige.

2.1 Configuración histórica del sistema desde la normatividad

El sistema de salud colombiano ha sufrido una serie de transformaciones a lo largo de los años, las cuales han cambiado de forma sustancial la prestación del servicio de salud en el país. En este sentido se pueden identificar periodos clave dándose la principal inflexión con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar debemos remitirnos a la situación del Sistema de Salud antes de 1945 en donde se aplicaba el llamado "modelo higienista", el cual se caracterizaba por una participación extremadamente limitada del Estado en el Sistema de Salud, recayendo únicamente sobre aspectos netamente sanitarios. La atención preventiva y curativa en salud debía ser asumida directamente por los usuarios a partir de sus propios recursos, o en algunos casos, gracias a entidades de caridad (Orozco, 2006)

El segundo momento se da a partir de mediados del siglo XX, a partir de la creación de la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL), y el Instituto Colombiano del Seguro Social, que se encargarían de la atención en salud de los trabajadores del sector público y privado respectivamente (Orozco, 2006). De manera complementaria, en 1968, se expediría el decreto 2470 de 1968, el cual crearía el Sistema Nacional de Salud. En este se diseña el esquema general para la prestación del servicio de salud pública, teniendo como eje el

financiamiento y funcionamiento de distintas entidades encargadas de la prestación, regulación y vigilancia para la prestación de este servicio.

El Sistema Nacional sufriría una serie de reformas entre 1975 y 1984 con el fin de mejorar la eficiencia, y ampliar la prestación del servicio de salud. Como características propias de este modelo, se encuentra la financiación por parte de la Rama Ejecutiva a la red hospitalaria pública, descartando la posibilidad de agentes privados de participar en la prestación del sistema; la carencia de cobertura universal del sistema, siendo los únicos protegidos aquellos trabajadores formales del sector público y privado, excluyendo del sistema a una porción considerable de la población que carecía de este tipo de vinculación.

El modelo anteriormente descrito perduraría hasta 1989, cuando dos normas sentarían las bases para la prestación del servicio de salud a futuro. La primera de ellas sería la ley 10 de 1990, la cual elevaría al rango de servicio público la prestación del servicio de salud. La segunda norma, y de mayor relevancia sería la Constitución Política de 1991.

La nueva Constitución traería una serie de cambios fundamentales respecto al entendimiento de la prestación del servicio de salud. El primero de estos fue el cambio de la concepción del Estado colombiano, al pasar de ser un “Estado de Derecho” a definirse como un “Estado Social de Derecho”, lo cual implica entre otras cosas, que tiene el deber de garantizar el goce de los derechos fundamentales de las personas. A esto se suma lo contenido en el artículo 48 constitucional, el cual eleva a la seguridad social al estatus de un “servicio público de carácter obligatorio”, y cuya prestación podrá estar a cargo tanto de entidades públicas como privadas. Así mismo, el artículo 49 de la misma obra que establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”. Esta nueva concepción dotaba a la prestación del servicio de salud de una importancia notoria.

Con estos precedentes, se expide la ley 100 de 1993, la cual se encargaría de la creación del Sistema de Seguridad Social Integral, y dentro de este el Sistema de Seguridad Social General en Salud (SSSGS), el cual supuso una reestructuración profunda en la prestación del servicio de salud; y si bien el modelo planteado en la ley 100 se encuentra mayormente

vigente en la actualidad, este ha sufrido una serie de reformas que han modificado el funcionamiento del sistema de salud, aunque sin representar una alteración total al sistema.

Primeramente, la ley 1438 de 2011 adoptó medidas tendientes a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. Por su parte, la ley 1751 de 2015, también conocida como la Ley Estatutaria de Salud, reconoce el derecho a la salud como un derecho individual autónomo, ampliando la perspectiva meramente prestacional de la ley 100. Adicionalmente elimina el POS, y establece un sistema prestacional basado en exclusiones, lo que significa que se presume que un procedimiento médico o medicamento debe ser cubierto por el sistema de salud, a menos que se encuentre en un listado taxativo de no autorizaciones de servicios, actualizada anualmente por el Ministerio de Salud, como son los tratamientos experimentales, o los procedimientos estéticos no reconstructivos.

2.2 El agente prestador del servicio a la salud: EPS

El primer gran cambio que introdujo la ley 100 fue el establecimiento de una serie de principios básicos que alterarían de manera sustancial la prestación del servicio, siendo los más relevantes el principio de universalidad, el cual contempla que el sistema cubre a todas las personas independiente de su situación social, laboral o económica; el principio de solidaridad, lo cual implica que el sistema se financiaría a partir de los aportes de los afiliados al sistema, así como de sus empleadores; y el principio de calidad, que significa la adopción de estándares y mecanismos de control por parte de las entidades para garantizar una correcta prestación del servicio.

El segundo cambio fundamental sería el establecimiento de dos grandes regímenes para la prestación del servicio de salud. El primero de ellos, el régimen contributivo, al cual estarían afiliadas aquellas personas que tuvieran capacidad de pago, es decir, que devengaran al menos un salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV). El segundo, el régimen subsidiado, cobijaría a aquellas personas que carecieran de capacidad de pago con el fin de garantizar la cobertura en salud de toda la población.

Otro de los cambios cruciales fue la desconcentración de la prestación del servicio de salud a las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Las primeras se encargarían de la afiliación de los usuarios al sistema, del recaudo de las cotizaciones hechas por el régimen contributivo, y de generar convenios con las IPS para la prestación del servicio a los afiliados. Las IPS por su parte serían las encargadas de la prestación directa del servicio de salud.

Finalmente, la ley 100 estableció el Plan Obligatorio de Salud, el cual agrupaba una serie de medicamentos y procedimientos médicos a los cuales todos los afiliados, sin importar su régimen tendrían acceso sin incurrir en gastos adicionales.

2.3 El usuario del servicio de la salud

La ley 100 de 1993 trajo consigo la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que, entre otras cosas, significó un viraje en cuanto al manejo que se tenía anteriormente en Colombia y de la prestación del servicio, dado que se incorporaron elementos propios del mercado a partir de la regulación del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, con miras a establecer un sistema de amplia cobertura y mayores facilidades respecto de su acceso.

Lo anterior, a partir de lo establecido en el artículo 48 constitucional, en el cual se definió la Seguridad Social en la siguiente forma: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Como lo señala Vélez (2014), la ley 100 de 1993, apegándose a los propósitos del constituyente de 1991, estableció un concepto de seguridad social orientado a conseguir la cobertura universal y crear un ambiente desmonopolizado que propicie la libre competencia y elección, por parte del usuario, en la prestación del servicio de salud.

Ahora bien, el sistema de salud colombiano es descentralizado y sus fuentes de financiación son numerosas y, principalmente, recaen en el Sistema General de Participaciones, los aportes de empleadores y trabajadores, quienes hacen parte del régimen contributivo y las rentas territoriales, particularmente los recursos obtenidos en los juegos de azar, licores y tabaco, estos últimos se regulan a través de leyes como la 223 de 1995, 788 de 2002 y la 1393 de 2010, en los cuales se establecen recursos con destinación específica al sistema de salud. Respecto de la distribución de lo recaudado, Santa María, García, Prada, Uribe y Vásquez (2008) señalan que el Fondo de Seguridad y Garantía (FOSYGA) actúa como ‘recaudador y distribuidor último de los recursos del sistema’ de salud, ya que a partir del aporte individual de cada contribuyente se realiza una compensación para las EPS y ARS, entidades que reciben una Unidad de Pago por Capitación (UPC) por afiliado.

Como se apreció anteriormente, gran parte del sistema de salud en Colombia se financia a partir de las contribuciones que quienes se encuentran laboralmente activos realizan por concepto de cotización a salud, lo que evidencia la materialización del principio de solidaridad, pilar de la ley 100 de 1993.

Con esta reforma y con la creación de los dos regímenes, se tuvo una significativa ampliación de la cobertura del servicio de salud, dado que quienes no tenían capacidad económica para acceder a diferentes servicios de salud, sí lo pueden hacer bajo la lógica de la ley 100, pues la pertenencia a un régimen u otro no afecta el acceso a servicios médicos, tales como medicamentos o procedimientos médicos, etc. Lo anterior es resultado, principalmente, del desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha hecho, particularmente a través de la sentencia T-760 de 2008, mediante la cual se ordenó la igualdad de beneficios entre ambos regímenes, pero, también, del desarrollo de los principios de eficacia y competencia, los cuales han sido claves para el aumento de la salud y de la cobertura de servicios médicos.

En cuanto a los actores e intervinientes del Sistema de Salud en Colombia, es preciso indicar que se ven involucrados los siguientes: Ministerio de Salud y Protección Social, la

Superintendencia de Servicios de Salud, las EPS, IPS, Secretarías de Salud, etc. Y cada una juega un papel en cuanto al diseño, elaboración, seguimiento, regulación, etc.

Por su parte, el Ministerio de Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud (CRES) se encargan de regular el Sistema en sí y de desarrollar la política pública en lo concerniente al sector salud. Sin embargo, en términos de salud pública, los gobernadores y alcaldes tienen un papel de suma relevancia en cuanto a las decisiones y planes por implementar en cada una de sus respectivas jurisdicciones.

Continuando con los actores, hacen parte también del Sistema de Salud las denominadas Entidades Promotoras de Salud (EPS), las cuales se encargan, conforme a la ley 100, de desarrollar los objetivos dispuestos por el Ministerio de Salud y Protección Social, y, así mismo, afiliar y administrar la prestación de los servicios de las IPS, con la finalidad última de garantizar el acceso a los servicios de salud de sus afiliados. La calidad de EPS es definida por parte de la Superintendencia de Salud.

Así mismo, confluyen en este sistema los Administradores de Riesgos Laborales (ARL), que son las entidades responsables de hacerse cargo en aquellos eventos en que se han presentado riesgos o afectaciones derivadas de actividades laborales, tales como enfermedades o accidentes.

En cuanto al desarrollo de la ley 100 propiamente, esta ha experimentado diferentes fases en las cuales se ha evidenciado lo traumático del cambio pero, aún así, los gobiernos de turno han implementado una serie de normas que han destrabado un poco el asunto, tal como sucedió con la ley 715 de 2001, mediante la cual se reorganizó la distribución de recursos entre la nación y las entidades territoriales, lo que trajo consigo un mayor control y manejo por parte de los gobernadores y alcaldes. En igual sentido, mediante la ley 1122 de 2007 y la conformación de un Plan Nacional de Salud Pública, respecto de las cuales se hablará adelante, se reformó la ley 100, pues mediante dicho plan se establecieron las responsabilidades de todos los actores del Sistema de Salud en Colombia y se enfatizaron en 5 ejes:

- Promoción de la salud y la calidad de vida;
- Prevención de los riesgos;
- Recuperación y superación de los daños en la salud;
- Vigilancia en salud y gestión del conocimiento, y;
- Gestión integral para el desarrollo operativo y funcional del Plan Nacional de Salud Pública.

3. DIFICULTADES PRÁCTICAS DEL SERVICIO A LA SALUD COMO UN SISTEMA

Según lo estudiado, existe una inconsistencia lógica entre la salud como derecho humano y su valoración como un sistema técnico, lo que dificulta no tanto su apreciación sino la eficacia del mismo.

En efecto, la teoría de los sistemas implica que la unidad técnica construida procese la información introducida para que produzca los efectos, es decir, la fluidez del sistema, y por tanto la eficacia en los resultados esperados. La inconsistencia en el tema planteado equivale a lo siguiente: de una parte, son fuente de la información para el sistema las autoridades públicas (congreso de la república y gobierno central) cuya finalidad consiste en describir, consolidar y proyectar la salud como un sistema; de otra, también ingresan información al sistema las autoridades de control (Supersalud, contraloría y, eventualmente, la procuraduría). Como si fuera poco también son fuente de información los jueces de la república a través de sus fallos judiciales, especialmente vía tutela y los médicos tratantes que proponen soluciones a la patología consultada, pero esta vez los mensajes (de los jueces y los médicos) rompen la lógica sistémica porque la finalidad es responder a una necesidad específica y particular de un usuario.

¿Qué conclusión se puede inferir de lo anterior?, la única respuesta razonable es la de que el sistema es más formal que real, porque materialmente los jueces y los médicos pretenden solucionar concretamente las expectativas de salud del usuario.

Lo anterior significa que la “filosofía del sistema” se ve abruptamente entorpecida por el interés particular del usuario y defendido por los médicos y los jueces, cuando la lógica del sistema técnico de la salud es ofrecer soluciones colectivas, que incluyen las particulares mas no intereses individuales específicos; es decir, el sistema pretende, en razón de los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, potencializar la salud como concepto macro y su prestación integrada colectivo-particular (materialización de los principios), lo que implica concebir la salud desde lo preventivo y no de lo curativo; sin embargo, la práctica nos muestra, paradójicamente, la negación de tal pretensión, porque la prestación del servicio satisface patologías individualizadas, desconectadas del sistema, fracturando este, lo que significa que la salud como concepto macro, general y su filosofía, se sacrifica en el altar individualista de interés egoísta. Esta contradicción requeriría una reformulación del concepto de salud en Colombia.

CAPÍTULO II

LA SALUD COMO UN DERECHO HUMANO

El siguiente capítulo tiene por finalidad desarrollar el objetivo específico *Revisar las implicaciones normativas que se derivan para el Estado por la prestación del servicio de salud como un derecho humano y un sistema operativo*. Con fundamento en lo anterior, metodológicamente el texto trata los siguientes apartes: 1) El derecho individual a la salud como un derecho autónomo; 2) El derecho a la salud y la dignidad humana; 3) El derecho a la salud como un servicio público; 4) El papel del juez constitucional colombiano como el guardián del derecho a la salud y del sistema general a la salud.

Metodológicamente en los primeros tres ítems de este capítulo utilizo la revisión de la Carta Política para referenciar la configuración constitucional de la salud en Colombia. En el cuarto ítem realizo una reflexión acerca de la coexistencia del derecho individual de salud y el sistema general de salud y su interpretación judicial.

1. EL DERECHO INDIVIDUAL A LA SALUD COMO UN DERECHO AUTÓNOMO

Desde 1948 el mundo tuvo la necesidad de plasmar en papel, para su reconocimiento y protección, los denominados Derechos Humanos, documento que fue adoptado en París por la Organización de Naciones Unidas aprobado y proclamado por su Asamblea General, en donde quedarían plasmados las pretensiones morales a las que todo ser humano puede aspirar. En su introducción, la Declaración de los Derechos Humanos establece que:

promete a todas las personas unos derechos económicos, sociales, políticos, culturales y cívicos que sustenten una vida sin miseria y sin temor. No son una recompensa por un buen comportamiento. No son específicos de un país concreto, ni exclusivos de una determinada era o grupo social. Son los derechos inalienables de todas las personas, en todo momento y en todo lugar: de personas de todos los colores, de todas las razas y etnias, discapacitados o no, ciudadanos o migrantes, sin importar su sexo, clase, casta, creencia religiosa, edad u orientación sexual.

Para Pérez Luño los Derechos Humanos “*aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los*

ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (1984), dentro de este grupo o categorización de derechos podemos encontrar los derechos fundamentales descritos por la RAE como aquellos derechos declarados por la constitución que gozan máximo nivel de protección, es decir que se tratan de derechos alienables, inviolables e irrenunciables, la diferencia con los primeros radica en que los derechos fundamentales son reconocidos de manera especial por cada país incluyéndolos dentro de su propia Carta Magna configurándose como salvaguardas para todos en cada territorio, por su parte los derechos humanos al ser conceptualizados de manera universal no tienen una limitación territorial, son atributos pertenecientes a todas las personas del mundo por el solo hecho de ser personas.

Es importante para esta investigación tener en cuenta esta distinción debido a que la salud se constituye tanto dentro de la categoría general de derecho humano a nivel universal y como, de manera especial, dentro de la categoría de derecho fundamental en Colombia. Así, la Declaración de DDHH en su artículo 25 establece que:

Artículo 25: 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, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social

En Colombia el derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 de la Constitución Política y si bien, formalmente no hace parte de los treinta y un artículos pertenecientes al capítulo uno: *De los Derechos Fundamentales*, jurisprudencialmente se ha interpretado este derecho en dos sentidos. Inicialmente se le ha otorgado el amparo mediante acción de tutela por su conexidad con el derecho a la vida, por ende jurídicamente existe el mismo mecanismo para su protección igualando el nivel de importancia para su exigibilidad, así en la sentencia T-395 de 1998, la Corte sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, pronunciándose de la siguiente forma:

Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la

persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable", en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.

Sin embargo, posteriormente en el año 2001, admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo, disponiendo en la sentencia T- 1081 que:

El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.

2. EL DERECHO A LA SALUD Y LA DIGNIDAD HUMANA

De acuerdo a lo anterior podemos afirmar que mediante la interpretación judicial, el concepto de la salud evolucionó dándosele hoy en día un trato especial como derecho fundamental aún así literalmente no estuviera establecido como tal, ampliando la tesis del concepto y contemplando que dichos derechos deben estar revestidos de los valores y principios del Estado Social de Derecho y no ser identificados unicamente por su positivización o designación expresa por el legislador. Para tales efectos Colombia se configura como un Estado cuyo principio fundante es la dignidad humana, referente sobre el cual deben girar todas aquellas estipulaciones que se pretendan hacer valer dentro del ordenamiento jurídico y cuyo concepto se ha desarrollado jurisprudencialmente al comprender tan amplio campo de acción. De esta manera la sentencia T-881 de 2002 realiza una buena síntesis de la configuración jurisprudencial de la expresión dignidad humana aduciendo que:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Es acertado reconocer, entonces, que el mal estado de salud de las personas impacta directamente el tercer lineamiento planteado, puesto que no se vería concretado el objetivo de mantener la integridad física de las mismas, ya que esta implica el cuidado de todas las partes y tejidos del cuerpo. A su vez el primer lineamiento, correspondiente a la posibilidad de diseñar el plan de vida, se ve interrumpido, pues se ven limitadas las opciones que para éste se contemplaban inicialmente al depender del estado en que se encuentre la persona para ejercer acciones. Es por todo esto que desligar el concepto de salud de la dignidad humana, como principio fundante constitucional, resulta inconcebible además de errado.

Por su parte la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, refuerza esta teoría afirmando que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y que el mismo incluye el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente.

3. EL DERECHO A LA SALUD COMO UN SERVICIO PÚBLICO

La concepción de servicio público resulta ser una definición en crisis puesto que ningún texto establece específicamente una conceptualización del mismo, sin embargo la constitución junto con la ley, la doctrina y la jurisprudencia plantean las condiciones bajo las cuales debe desarrollarse.

Doctrinalmente la concepción de servicio público surge en Francia. Duguit (1927) explica que corresponde la expresión servicio público a *toda actividad en la cual su cumplimiento debe estar asegurado por los gobernantes, porque es tal su naturaleza que sólo puede ser realizada completamente por la intervención de la fuerza gobernante*. Al respecto Jacques Chevallier (1991) sostiene que “[...] *no es solamente una noción que, por su doble dimensión*

ideológica y jurídica constituye uno de los pilares de la teoría del Estado; incluye también una realidad sociopolítica concreta: el servicio público es un conjunto de actividades, de órganos y de agentes que ocupan un lugar importante en la vida social.

En Colombia el artículo 365 y 366 constitucional consagran los principios o las características principales del concepto de servicio público haciendo referencia a que:

1. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, con incidencia en la calidad de vida y la dignidad de las personas.
2. Es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, lo que implica que dicha prestación sea general, regular y continua.
3. Los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.
4. El Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.
5. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.
6. Y por último se debe priorizar el gasto público tendiente a solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, agua potable y saneamiento ambiental.

De estos principios el código sustantivo del trabajo hace una aproximación referente al concepto de servicio público de la siguiente manera:

ARTÍCULO 430.- Subrogado. D.E. 753/56, art. 1º. Prohibición de huelga en los servicios públicos. De conformidad con la Constitución Nacional está prohibida la huelga en los servicios públicos:

Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;

- d) Las de establecimientos de asistencia social de caridad y de beneficencia;
- e) [Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados^[26]];
- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;
- g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;
- h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno;
- i) [Derogado. Ley 48/68, art. 3º, num. 4º]”. (Resaltado fuera de texto).

Por su parte la sentencia C-075 de 1997 explica que la definición de servicio público posee un carácter dinámico por estar en permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado y analiza que se puede entender tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinario como *aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda.*

De lo anterior podemos concluir que sin importar la procedencia, en conjunto la definición de servicio público hace alusión a dos elementos esenciales:

1. Interés general: la actividad debe tender a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente la de uno o varios individuos.
2. Participación de la administración: en el criterio clásico esa participación era casi exclusivamente directa, pues la actividad de servicio público era una actividad de la administración ejercida por ella misma. En la actualidad esa participación puede ser directa o indirecta, directa cuando la administración misma desarrolla la actividad e indirecta cuando la administración permite que lo presten los particulares, pero con influencia permanente de ella. La forma clásica de prestación de servicios públicos por parte de los particulares se realiza por medio de la figura de la concesión, que consiste en que una persona pública, llamada concedente, en virtud de un convenio, encarga a un particular, persona natural o jurídica, llamada concesionario, al cuidado de hacer funcionar un servicio público, a su costa y riesgo, permitiéndole obtener una remuneración que la toma de las tarifas o tasas recibidas de los usuarios.

Teniendo en cuenta esto la Constitución Política califica expresamente como servicios públicos la seguridad social, la atención de la salud, el saneamiento ambiental, la educación y la actividad de notariado y registro.

Ahora bien, en concordancia con todo lo anteriormente estipulado, podemos decir que constitucionalmente la salud posee una doble connotación, como derecho y como servicio público. Es necesario traer a colación el artículo 49 de la Carta Política analizado en el capítulo anterior, pues el mismo contempla una conceptualización amplia y algo confusa sobre lo que la salud representa. Inicialmente el artículo expresamente define la salud como un servicio público sin dejar mayor duda en la interpretación de la oración que así lo establece, como segundo se estipula que el acceso a éste es/debe ser garantizado por el Estado con lo cual se configura en doble sentido una obligación para el Estado y un derecho para el usuario, y como tercero se plantea que debe existir un régimen jurídico especial, es decir que el Estado al regular el servicio público debe fijar la política aplicable, las condiciones de prestación (tanto técnicas como de calidad), el régimen de inspección vigilancia y control, los organismos o entidades específicas en su estructura para ejercer estas actividades e indicar el régimen tarifario del servicio.

Según lo anterior la salud como servicio público debe atenerse entonces a los principios que trae la ley 142 de 1994, la cual regula las estipulaciones básicas de los servicios públicos y desarrolla el régimen aplicable a los servicios públicos domiciliarios, tales como la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio; la ampliación de la cobertura; la garantía frente a la calidad del servicio, a su acceso y participación en la gestión y fiscalización; la libertad de competencia y por último el régimen tarifario proporcional a aplicar.

4. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DEL DERECHO A LA SALUD Y DEL SISTEMA GENERAL A LA SALUD

Con la constitución de 1991 se dio paso a un nuevo Estado Social de Derecho de carácter primordialmente constitucional. Con la creación de la acción de tutela, la Carta Política

estableció que los derechos fundamentales debían, procesalmente, tener prioridad cuando han sido violentados o han sido objeto de amenaza de vulneración por parte de una autoridad pública o de un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública en circunstancias de subordinación (Artículo 86). De esta manera, se modificó la forma en la que se venían protegiendo los derechos sociales, entre ellos el de la salud puesto que por primera vez se habla acerca de la conexidad entre derechos y su prioritaria protección derivada de la misma.

Jurisprudencialmente se introdujo el concepto de *Derechos fundamentales por conexidad*, indicando que corresponden a aquellos derechos que, aunque no estén denominados como tal en nuestra Constitución, se les da el tratamiento o se les califica así debido a la estrecha relación que guardan con los derechos fundamentales de tal manera que, su vulneración afecta directamente a estos últimos. Es así como al verse vulnerado el derecho a la seguridad social, al tiempo, se ve vulnerado el derecho al trabajo puesto que, entre ambos, existe una relación directa e indisoluble (Sentencia T 491 de 1992). La salud, como se mencionó anteriormente, se relaciona con el derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, entre otros, y de esta manera se convierte en objeto del mecanismo constitucional de tutela.

De los principios constitucionales y fundantes de nuestro ordenamiento se pueden desprender innumerables relaciones con otros derechos de la misma carta sin embargo, se debe tener en cuenta tanto la naturaleza del derecho como las circunstancias específicas de cada caso, es decir que cada una de estas definirá si el derecho en cuestión podrá ser sujeto de protección del mecanismo constitucional, ya sea por prevención o reparación, por lo que la conexidad del mismo estará supeditada a que las consecuencias de su vulneración afecten de igual manera al derecho fundamental. Es por esto que el carácter de los derechos fundamentales por conexidad es temporal y no se considera el cambiar su naturaleza.

Ahora bien, la acción de tutela se ha desarrollado como un medio eficaz para lograr la protección del derecho a la salud, en principio en un rango de diez días desde la solicitud el juez al que por reparto le fue asignada la misma, deberá expedir y notificar el fallo que dé respuesta a la situación en cuestión, sin embargo, este mecanismo constitucional permite

solicitar que como medida provisional se de solución anticipada por la inminente vulneración del derecho.

El artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece que el juez constitucional cuando lo considere necesario y urgente para proteger un derecho fundamental “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere” y, dicha suspensión puede ser ordenada de oficio o a petición de parte. Ésta facultad adicionalmente le da el poder al juez para que dicte cualquier medida que considere va encaminada a la conservación, seguridad o protección del derecho acorde a las circunstancias específicas del caso.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que las medidas provisionales pueden ser adoptadas en los siguientes casos: “(i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa¹”. Es por esto que lo que se pretende a través del decreto de la medida provisional es que se adopten las medidas pertinentes para evitar la generación de un perjuicio irremediable.

El máximo tribunal constitucional colombiano mediante Sentencia T-225 de 1993 indicó mediante jurisprudencia reiterada lo que se entendía por perjuicio irremediable, de manera que se debía tener en cuenta varios elementos que constituyen el concepto. La inminencia se configura como el primero, seguido de la exigencia de medidas inmediatas, gravedad seria del perjuicio y como consecuencia de todo lo anterior, la impostergabilidad de la tutela como mecanismo de protección. Al concurrir todos estos elementos se pone en evidencia para el juez la situación fáctica que legitima la acción de tutela como un mecanismo idóneo que garantiza el amparo de los derechos fundamentales vulnerados o en vía de vulneración.

¹ Al respecto, ver entre otros, los Autos A-040A de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), A-049 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz), A-041A de 1995 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y A-031 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

Ahora bien, lo anterior hace referencia al estudio que debe hacer el juez cuando en su poder tiene la obligación de fallar una tutela, el punto de inflexión consiste en la consideración acerca de si dicho estudio se hace en una esfera personal teniendo en cuenta únicamente las circunstancias que rodean al sujeto de derechos o si bien dicha esfera también debe ser analizada en su relación con el ordenamiento social y jurídico.

Partiendo del hecho de que todos los jueces, sin importar su especialidad, son jueces constitucionales y por tanto pueden y deben darle trámite a las tutelas interpuestas por los ciudadanos, podemos decir que el verdadero papel del juez, en términos de practicidad, consiste en realizar un análisis sobre la situación fáctica del tutelante limitado a la mera adecuación de requisitos legales establecidos al interior del ordenamiento jurídico para considerarse legitimado de accionar. Es por esto que, aun considerando que todos los jueces deben poseer un mínimo conocimiento acerca del funcionamiento de los distintos órganos que componen la estructura del Estado, las decisiones tomadas en relación a la protección del derecho de la salud desarrollan el ámbito subjetivo del mismo y no su proyección a la protección del sistema.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD EN COLOMBIA. TENSIONES Y DESACUERDOS

El presente y último capítulo tiene por finalidad desarrollar el objetivo específico *Interpretar los modos jurídicos en que se puede imputar responsabilidad al Estado por la prestación del servicio de salud como un sistema*. Con fundamento en lo anterior, metodológicamente el texto trata los siguientes apartes: 1) El Derecho individual a la salud y el sistema general de la salud: ¿Dilema insalvable en Colombia?; 2) Responsabilidad médica individual por el tratamiento practicado; 3) Responsabilidad administrativa por el retardo, omisión o negación del tratamiento ordenado; 4) Títulos de imputación de responsabilidad.

Este capítulo se configura como un apartado reflexivo en el cual, mediante el análisis normativo y jurisprudencial, se pretende derivar responsabilidad a los actores que prestan el servicio de salud en Colombia.

1. EL DERECHO INDIVIDUAL A LA SALUD Y EL SISTEMA GENERAL DE LA SALUD: ¿DILEMA INSALVABLE EN COLOMBIA?

La ley 1122 de 2007 estableció lineamientos dirigidos a la Política Nacional de Prestación de Servicios de Salud la cual, básicamente, se encarga de reglamentar la prestación de este servicio a partir de unos presupuestos esenciales, tales como la garantía de acceso y calidad de los servicios.

Esta política es el resultado del papel de rectoría del Ministerio de Salud y Protección Social, pues a partir de ahí se establecieron los lineamientos propios de la prestación de los servicios de salud en Colombia, teniendo como referencias los objetivos de la ley 100 de 1993 y las estrategias trazadas por el gobierno de turno; esta tiene como propósito: "garantizar el acceso, optimizar el uso de los recursos y mejorar la calidad de los servicios que se prestan a la población". Además, reiteró los tres ejes de la ley 100, a saber, acceso, calidad y eficiencia.

Al margen de lo anterior, tal como lo señala Pereira (2007), la prestación del servicio de salud en Colombia presenta unas ‘tensiones particulares que son efecto del andamiaje institucional

creado en 1993.’ Por lo anterior, en el sistema de salud colombiano confluyen los intereses de sus actores, al punto que ‘el derecho a la salud constitucionalmente consagrado se diluye en la lógica del mercado que convierte la salud en un servicio y a los ciudadanos en clientes.’

La ley 100 estableció, en su artículo 154 la forma en como el Estado intervendrá ‘en el servicio público de Seguridad Social en Salud’, señalando que esta se haría buscando el logro de una serie de fines, tales como ‘Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia’, desarrollando ‘las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud’ y buscando evitar que ‘los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes’.

De acuerdo con lo anterior, el papel del Estado no puede, ni debe ser, el de simple espectador que se limita a la permisividad del libre mercado, particularmente en lo concerniente a la prestación de servicios en salud. En este punto, y de acuerdo con Flórez (2008), diferentes sectores:

apoyan la premisa que el Estado debe brindar directamente todos los servicios, incluidos los de salud, que satisfagan un nivel básico de necesidades; otros, sin embargo, creen que las capacidades del Estado son limitadas, por lo cual sólo debe ocuparse de establecer las condiciones necesarias para que la misma sociedad se provea de manera libre todos aquellos bienes y servicios que necesita para existir. (Flórez, 2008, s.p)

La permisividad mencionada, tendiente a la privatización de la prestación de servicios de salud, conlleva al desconocimiento del papel que la Constitución y la ley le han conferido al Estado respecto de este sistema. Como lo señala Lechner (2002), ‘el estado, al ceder la prestación de servicios que garantiza como derechos, pierde la capacidad de ejercer dicho papel’.

En lo que tiene que ver con el mejoramiento continuo de la prestación del servicio, se han proferido Decretos como el 1011 de abril 3 de 2006, mediante el cual se estableció el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPSS), el cual se recogía en el Sistema de Garantía de Calidad. Así mismo, leyes como la 1122 de 2007, la cual constituye uno de los

intentos más importantes, como se mencionó anteriormente, para solucionar varios de los problemas que se venían presentando, particularmente los que se relacionaban con la financiación de los hospitales públicos. Así mismo, se estableció la facultad de la Superintendencia Nacional de Salud para la imposición de sanciones.

De igual forma, con la creación de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), se buscó, a través de ella, regular lo concerniente a la unidad de pago por capitación (UPC), el listado de medicamentos esenciales y genéricos del plan de beneficios, la asignación de cuotas moderadoras, el reconocimiento y pago de incapacidades, así como lo concerniente a la elaboración y/o desarrollo de proyectos de ley o de decretos reglamentarios.

Como lo reconocen Rodríguez, Díaz y Rago (2008), ‘el gobierno nacional, a través del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud’ han generado, a lo largo de los años, herramientas necesarias que ‘permiten la inspección, vigilancia y control, a fin de intervenir con éxito en situaciones de desviación de recursos, inoportuna entrega, corrupción, mejoramiento de la calidad, prestación oportuna de servicios’, entre otras.

Por tanto, como se ve, el Estado, aun cuando mínimamente, ha sido encargado de establecer las reglas del juego y definir las directrices, a pesar de las problemáticas que en desarrollo de ello se han dado, que de acuerdo con lo dicho por Restrepo (2000), se evidencian en ‘ausencia de sensibilidad a las necesidades del usuario y desigualdades originadas por el otorgamiento de poderes y privilegios que propician la falta de equidad y la corrupción’. Aunque, vale la pena precisarlo, estas problemáticas se hacen mucho más evidentes en el régimen subsidiado, en donde, de acuerdo a Flórez (2008), ‘se ha caracterizado por alta burocratización e ineficiencia administrativa. Este problema se expresa en que a pesar de aumentar de manera progresiva el gasto en salud, las coberturas no cumplen sus objetivos iniciales de universalidad’.

Sin embargo, como se verá, ha sido necesario que la Corte Constitucional, a través de sus sentencias, le de desarrollo al derecho de salud, no como servicio, sino como derecho

fundamental, equilibrando un poco la balanza ante los constantes abusos de las EPS y el intento privatizador de la salud en Colombia. A través de sentencias como la C-089 de 1998 y T-611 de 2014, se ha señalado, respecto de las cuotas moderadoras, que éstas ‘no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio bajo ninguna circunstancia’, básicamente porque algunos usuarios no disponen, al momento de requerirlo, de los recursos económicos para pagarlas. Llama la atención esto último, ya que se ha dicho que aunque el respeto de las condiciones básicas de mercado se consagra hasta en los preceptos constitucionales, el mismo debe verse regulado, pues, ante todo existen unas obligaciones constitucionales sobre las personas, que no pueden vulnerarse en la prestación del servicio de salud. Continuando con esta línea, la Corte estableció:

los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. (Corte Constitucional, Sentencia T-154, 2014)

El nivel alto de calidad inmerso en la prestación de servicios de salud debe ser una prioridad continua que debe aplicarse sin discriminación de sexo, edad, raza o capacidad económica. Para lo anterior es imprescindible la planificación política que permita lograr tales fines a partir de la fijación y cumplimiento de objetivos específicos. Al respecto, estos deben asignarse a partir de las peculiaridades de cada uno de los actores que se involucran en el sistema de salud colombiano.

A pesar de lo anterior, la participación de cada actor involucrado se caracteriza por los intereses particulares, lo que conlleva a que no exista un punto de encuentro. Por un lado, las EPS e IPS le apuntan a beneficiarse a sí mismo a partir de la apropiación de recursos públicos, llevándolos a beneficiar solo a aquellos que tienen la capacidad económica de adquirir sus servicios y, frente a las entidades públicas, ya se ha demostrado que subsisten falencias que obstaculizan su correcto funcionamiento.

Las falencias mencionadas, tienen solución, no invalidan el hecho de que debe ser el Estado quien asuma los roles verdaderamente trascendentales en el sistema de salud público, específicamente en lo concerniente con la financiación, llevándolo a, entre otras cosas,

ofrecer una mejor prestación del servicio, dando cumplimiento a los fines de la ley 100 de 1993 y a los fines constitucionales.

2. RESPONSABILIDAD MÉDICA INDIVIDUAL POR EL TRATAMIENTO PRACTICADO

La responsabilidad por tratamientos practicados recae directamente en los médicos tratantes o partícipes en el procedimiento, la cual se persigue, generalmente, a título de mala praxis. En cuanto a la figura empleada, usualmente se presentan demandas por responsabilidad civil contractual, dependiendo del caso en particular. Sin embargo, suele existir una alta complejidad en este tipo de demandas, pues son títulos de imputación que poco han sido abordados de forma teórica o doctrinaria, generando dificultades.

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia ha realizado un barrido frente a los conceptos respecto de los cuales se puede derivar responsabilidad al personal médico por el ejercicio de su profesión. En sentencia SC17-2020 ésta estipula que:

La atención sistémica e integral de la salud, sin embargo, no es ajena a los errores, sean excusables o inexcusables. En el ámbito de estos últimos, con repercusiones jurídicas, aparecen los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado. Al ser injustificados, son susceptibles de ser reparados integralmente "in natura" o por equivalente, no así los primeros. Por esto, causada una lesión o menoscabo, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos integradores de la responsabilidad médica, la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad (subjettiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado).

El Artículo 104 Ley 1438 de 2011 establece, que la prestación de la salud genera una obligación de medios, más no de resultados, entendiéndose en tal sentido que cualquier tratamiento, que se ejecute a un paciente está supeditado a las reacciones biológicas y/o complicaciones médicas que pueden derivar del procedimiento, externas a las capacidades y a la intervención del profesional. Esto implica que, le corresponde al accionante, del eventual proceso de responsabilidad civil, determinar el comportamiento culpable del profesional de salud probando la relación causal entre el daño y la culpa toda vez que no es posible garantizar un resultado (Corte Suprema de Justicia – Sala Civil 7110-2017 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Frente a la mala praxis, la doctrina ha definido esta como una situación de negligencia en términos profesionales y de práctica médica, ocasionándose un resultado adverso que era objetivamente previsible. En lo anterior se sustenta, en parte, la acción jurídica a presentar, dado que como era una situación objetivamente previsible y al recaer el resultado en el actuar del galeno, se persigue la responsabilidad frente a él como médico practicante y no, precisamente, contra la institución.

3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR EL RETARDO, OMISIÓN O NEGACIÓN DEL TRATAMIENTO ORDENADO

En cuanto a derecho y obligaciones, es necesario traer a colación el artículo 49 constitucional citado anteriormente, dada su explicitud en cuanto a la materia. Inicialmente se consideró que este derecho era de naturaleza prestacional, de inferior jerarquía que los denominados ‘derechos fundamentales’. Sin embargo, la Corte Constitucional en su trabajo interpretativo estableció que la salud es ‘derecho fundamental por conexidad’, dado que, ante su negativa, podría causarse una vulneración esencial al titular.

Con la ley estatutaria 1751 de 2015 se establecieron las obligaciones del Estado en tanto la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; fijando una serie de prácticas, por ejemplo:

- Abstenerse de afectar directa o indirectamente el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que impidan su goce pleno, y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;
- Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;
- Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;

- Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;
- Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso y asegurar la calidad de los mismos.

Las obligaciones surgen también en virtud del bloque de constitucionalidad, toda vez que diferentes tratados y convenios ratificados por Colombia han consagrado el derecho a la salud. Uno de estos instrumentos internacionales es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que estableció como derecho, en su artículo 12, ‘al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, sumado al amplio análisis que realizó la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). En esta observación, además, se señala que la salud es ‘un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos’ pero, también, se precisan las obligaciones del Estado, como adelante se verá.

Estas obligaciones, que se convierten en parte del ordenamiento interno y, además en normas de obligatorio cumplimiento en virtud del bloque de constitucionalidad, se clasifican en obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, de respeto, protección y cumplimiento.

Las obligaciones que corresponden a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad constituyen los elementos esenciales del derecho a la salud. En cuanto a las de respeto, protección y cumplimiento, hacen referencia al deber que tiene el Estado de abstenerse de obstaculizar el disfrute del derecho a la salud, y de impedir y/o evitar que terceros hagan lo mismo.

Por último, las obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento conllevan la obligación de adoptar medidas de diferente índole, bien sea administrativa, legislativa o judicial, para poder ofrecer plena efectividad al derecho a la salud y a la prestación de servicios médicos.

Como se dijo en líneas anteriores, el Estado debe asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental y esta prestación se materializa a través del funcionamiento de los hospitales públicos, también llamados Empresas Sociales del Estado o de las IPS de igual naturaleza, a través de las cuales se hacen efectivas las obligaciones constitucionales y se cumple con el mandato, lo que da paso al siguiente tema objeto de análisis.

4. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Constitucionalmente el artículo 90 establece los parámetros de la responsabilidad pública en Colombia en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Lo anterior significa, que para que exista la responsabilidad debe surgir un hecho dañoso, una acción humana y el nexo de causalidad. Si estos requisitos aparecen es factible imputarle responsabilidad al Estado, la cual es de origen jurisprudencial y no normativa, y ha tenido la siguiente evolución: en primer lugar se habló de responsabilidad subjetiva típica, es decir, que existió la necesidad de probar la culpa del agente y el nexo inexorable de causalidad, la cual admitió varias manifestaciones, una de las cuales fue la responsabilidad médica por la prestación del servicio de salud; en segundo término, sobretudo a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, se instaura en Colombia el concepto de responsabilidad objetiva, en la cual no debe probarse la culpa del agente en el hecho dañoso pero sí la relación de causalidad entre la administración pública y el evento perjudicial a un bien jurídico tutelado. La diferencia esencial entre estos dos tipos de responsabilidad consiste básicamente en que el actor que pretende la responsabilidad por el hecho dañoso, jurisprudencialmente hoy, no tiene la carga probatoria de comprobar la culpa del agente, aunque este si tiene la obligación de demostrar que el resultado perjudicial al bien jurídico tutelado no es consecuencia directa de su actuación.

Establecido el concepto de responsabilidad, lo que surge en el campo normativo colombiano es la figura del título de imputación a través del cual se vincula, a una persona natural o al ente público como infractor a la protección de un bien jurídicamente tutelado. En este sentido, jurisprudencialmente se establece que la imputación, en términos generales, admite los siguientes calificativos: falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional².

El título de imputación de falla del servicio es típicamente de la responsabilidad subjetiva. Surge por la existencia de un error e implica la necesidad de reclamo, tal como lo señala Guecha (2012), pues esta es el resultado de una actividad irregular, luego entonces es “reprochable no solo social sino jurídicamente; la cual se identifica, con la culpabilidad, por cuanto en esta se evidencian las formas de actuación irregular de la administración a la que se ha hecho referencia”.

Jurisprudencialmente el Consejo de Estado ha desarrollado este último título en tres momentos. Para ilustrar lo anterior, es preciso señalar que esta alta corte ha hecho uso de las tesis de *falla probada*, *falla presunta* y *cargas dinámicas de la prueba*. Inicialmente se optó por el régimen general probatorio, en donde es el demandante el encargado de demostrar la existencia de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad (daño, falla del servicio y nexo causal), denominando ésta situación como *falla del servicio probada*. Al tener en cuenta la complejidad que podía presentarse respecto de los elementos tecnológicos y científicos de la recolección de pruebas, se dio un segundo momento el cual fue denominado *falla del servicio presunta*, en donde era el demandado el encargado de demostrar que su actuar se ejecutó de manera diligente y cuidadosa y que por lo tanto, no se generó falla alguna. Sin embargo, dicha complejidad no se presentaba en todos los casos, en el tercer y último momento se evaluó si la necesidad de invertir la carga de la prueba debía aplicarse de forma permanente, llegando a *la teoría de las cargas dinámicas de la prueba*, la

² Al respecto ver CE 3: 19 de junio de 2008, CE 3: 25 de agosto 2011, Exp. 21.883; CE 3: 5 de julio de 2012, Exp. 23.643, Exp. 15.752.

cual implica un análisis de fondo de la situación en particular³. A partir del 2006, el Consejo de Estado retomó, con algunas particularidades, la falla probada del servicio como su tesis.

Los dos siguientes títulos hacen referencia a la responsabilidad objetiva, básicamente enrostrable al Estado. Frente al daño especial, este se utiliza cuando se genera un daño que desborda el equilibrio entre las cargas que deben soportar los particulares, específicamente cuando el daño ocurre como resultado del cumplimiento de deberes legales.

Respecto del riesgo excepcional, este se presenta cuando a un particular se le ocasiona un daño como resultado del despliegue de actividades peligrosas, tal como puede ser un atentado terrorista.

4.1 Personal del médico

En los procesos donde se desea demostrar que existe responsabilidad médica es el demandante quien debe probar la acción o la omisión del agente, toda vez que como se dijo anteriormente, la actividad médica es de medios y no de resultados, y, en desarrollo de estas actividades, se presentan circunstancias en donde no se consigue el resultado esperado debido a que existe un riesgo inherente.

De acuerdo a lo anterior, el título de imputación aplicable en estos casos correspondería entonces al de falla del servicio de modo que, para eximirse de responsabilidad, el personal médico debe demostrar la debida diligencia y cuidado en su actuar. Así como lo señala el Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2005 dentro del Expediente No. 14170, este título suele emplearse en el reclamo que se hace por un mal servicio médico que desquebraja el principio de confianza legítima que tiene el médico tratante para con el paciente y se hace en la modalidad de culpa probada.

³ CE 3: 30 de julio 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897, CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp 11878. CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Carrea Palacio. Exp. 15722.

En sentencia del 13 de septiembre de 1991, expediente 6253, dicha corporación fijó los criterios correspondientes haciendo referencia a que en este caso la falla del servicio corresponde a:

una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo. (Consejo de Estado, 1991, Exp 6253).

Es por esto que, la imputación al personal médico siempre se hará buscando la responsabilidad subjetiva del mismo, excluyendo completamente cualquier tipo de imputación que se realice objetivamente.

4.2 Institucional de la entidad prestadora del servicio

La ley 100 de 1993 establece que las EPS tienen una función básica de organizar, asegurar y garantizar, directa o indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio a sus afiliados, por lo que son imputables a estas los daños producidos a los usuarios con ocasión de la prestación del servicio de salud por parte de un vinculado a ellas o, cuando dicha entidad retarda o niega sin fundamento la autorización de la prestación del servicio.

La responsabilidad imputable a las entidades prestadoras del servicio se genera cuando se demuestra que los daños sufridos por un paciente se originan en los servicios prestados por la EPS como obra suya. Al confluir todos los elementos que configuran la responsabilidad civil y, al ser estos probados al interior de un proceso, se deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados, para esto dicha lesión a la integridad personal debe ser atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a las EPS (Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-139252016 05001310300320050017401, sep. 30/16).

Ahora bien, la actuación de las ESE o IPS públicas son la manifestación directa de la prestación de servicios médicos por parte del Estado, de forma que en consonancia con lo dicho por Esguerra (2013), le surge la obligación de hacerse responsable por los daños o

perjuicios que sufran las personas con ocasión del servicio prestados por de estos a través del personal médico vinculado a ellos.

El artículo 185 de la Ley 100 impone a las IPS ser las guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que en un principio existe una responsabilidad solidaria como persona jurídica si se llegan a configurar todos los elementos de la misma.

Es por lo anterior que, al existir una dependencia directa del médico con la IPS, y presentarse éste como un subordinado que presta el servicio, se configura una responsabilidad objetiva por parte de la institución como garante de dicha prestación. A pesar de no tener una incidencia directa en el daño antijurídico generado, el garante es responsable objetivamente en virtud de la relación laboral por los hechos de sus agentes.

4.3 Responsabilidad estatal por la prestación del servicio de la salud: el legislador, el gobierno y el controlador. Imputabilidad por el mal funcionamiento del sistema

Se puede establecer, en principio, que el Estado se comporta al interior del sistema de salud como un doble agente. Primero, como prestador directo del servicio a través de las instituciones públicas, y segundo, como garante de la prestación del servicio. *A priori*, en ambas circunstancias es sujeto pasivo de imputación por responsabilidad objetiva. Veamos:

Al actuar como prestador directo del servicio, le es aplicable responsabilidad lo expuesto para las EPS e IPS. Sin embargo, en su posición de garante, éste no parece ser objeto de responsabilidad alguna por parte de la Jurisprudencia colombiana, por lo que, respecto de lo que nos merece en este escrito, es menester establecer que ésta sí existe.

La posición de garante se encuentra establecida desde 1873 en su expresión mas básica al interior del Código Civil, en donde se normativiza la responsabilidad derivada de la relación existente entre padres e hijos (artículo 2348) y entre los dueños y sus mascotas (artículo 2353). Dichas situaciones manifiestan que en virtud de una relación de dependencia, el sujeto

a cargo se comporta como garante de los actos que realicen los agentes que se encuentren bajo su protección y cuidado.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-1184 de 2008 referencia la posición de garante como aquella *situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable*, y afirma categóricamente que *se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido*.

Adicionalmente esta corporación indica que dicha posición se puede entender en un doble sentido, uno estricto y uno amplio. En el sentido estricto indica que *viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido*.

En el sentido amplio, asegura que hace referencia a *la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad*, y que por ende *es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas*.

En este caso en específico, la posición de garante del Estado se debe entender en el sentido estricto, toda vez que la obligación que se le impone, en referencia a su actuar, es de origen constitucional.

Antes de ser el Consejo de Estado el encargado de imputar responsabilidad al Estado, la Corte Suprema de Justicia ocupaba este lugar y al respecto manifestaba que (30 de junio de 1962):

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las “fallas del servicio público” o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, la consecución de sus fines. (...) De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daño, es el Estado quien debe responder por ellos, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o de algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido. (...) La noción de culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado.

De lo anterior se puede concluir que, la tesis manejada por esta corporación desligaba la responsabilidad estatal de la actuación directa y principal del Estado, es decir culpa subjetiva; sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución Política colombiana de 1991, es válido afirmar que de las voces del artículo 90 Superior, integrado a los artículos 6 y 365 ejusdem, es factible y razonable predicar su participación en juicios de esta naturaleza por ser el último garante de la prestación del servicio de salud e incurrir en una desatención de sus obligaciones sistemáticas.

Como quiera que los títulos de imputación de responsabilidad son usados actualmente por el Consejo de Estado para endilgar responsabilidad individual derivada de la prestación del servicio de salud, no pretenden o no buscan responsabilizar al Estado por las fallas que se presentan en el ejercicio de la misma teniendo en cuenta su sistematización. En efecto, dicho tribunal se ha pronunciado al respecto indicando que:

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio.

La teoría que plantea ésta corporación no pretende el reproche al Estado como agente general de la prestación del servicio de salud, y mucho menos tiene en cuenta a la salud como un sistema. Al establecerse la falla del servicio por culpa probada como el título bajo el cual podría llegar a declararse responsabilidad al Estado, se ve limitada la misma a las circunstancias específicas del caso, por lo tanto se excluyen las acciones u omisiones que generan daños antijurídicos a nivel del sistema de salud.

En 2006 se descartó la teoría de la culpa presunta bajo el entendido de que *cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones públicas, hacen*

muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa (CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772).

En dicha afirmación se establece en sentido literal que la prestación del servicio de salud está compuesto por una multiplicidad de actos, que provienen o están a cargo de una variedad de agentes y, de paso, se infiere de la misma que sobre ese hecho es válido no presumir que existe responsabilidad por parte del Estado, incluso siendo éste el garante principal.

Sin embargo, la apreciación se queda corta. Las fallas no se presentan exclusivamente en la prestación directa que realiza el personal médico, ergo, la responsabilidad no debería imputarse exclusivamente a éste, sino también a otros agentes, dentro de los cuales se encuentra el Estado, en cabeza de cualquiera de las autoridades mencionadas en el título de este acápite, no solo cuando el escenario se configura en una institución pública, sino también con una entidad privada.

En efecto, en las fallas sistémicas y estructurales de la salud, es viable afirmar que diferentes autoridades públicas tienen responsabilidad. Veamos: el legislador, el gobierno y el contralador son protagonistas del sistema integral puesto que constantemente lo están alimentando con información (desde la determinación del modelo de salud a aplicar, hasta las políticas tendientes a desarrollarlo y la vigilancia y control de los recursos utilizados para hacerlo) por lo tanto, tienen incidencia directa en las fallas que al interior del mismo se puedan presentar, y por ende son responsables de las mismas.

En este punto, es bueno volver a recalcar que el Estado, al decir del artículo 365 Superior, puede delegar la prestación del servicio, aún a los particulares, pero como quiera que tal actividad *es inherente a la finalidad social del Estado,...*, *tiene el deber de asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes*. Así, cuando entrega a agentes privados su ejercicio, se reserva la regulación, control y vigilancia del servicio. Lógicamente, ¿qué puede deducirse de lo anterior? Que el Estado funge como garante de la prestación del servicio, luego es válido imputarle reproche judicial, a título de responsabilidad objetiva, como último responsable de dicho servicio.

La desatención histórica y prolongada en el tiempo por parte del Estado, sumada a la ineficencia de la administración de los recursos en salud, a pesar de tener destinación específica, no son más que ejemplos de las muchas fallas atribuibles directamente al estado pues no se avizora intención alguna de dar respuesta a las necesidades que se requieren, por el contrario se han dilucidado como resultado de practicas corruptas que afectan las arcas públicas.

A lo anterior se suman las necesidades locales, las cuales han sido obviadas ante una serie de regulaciones que desconocen las particularidades de los territorios, lo que se ha evidenciado en la destinación de recursos económicos, en donde las principales ciudades se han robustecido mientras que los municipios pequeños carecen de los instrumentos más básicos para atención.

En igual sentido, el papel de los jueces de tutela como integrantes del sistema de salud, ha contribuido a generar un desequilibrio gigantesco, pues a través de los fallos que emiten se ordenan tratamientos y procedimientos que no tienen en cuenta los gastos en que deben incurrir las EPS para dar cumplimiento a esto, priorizando el derecho individual de las personas por encima de la protección del sistema.

CONCLUSIONES

Es claro que desde la Carta Política de 1991 la salud se configura en Colombia como un derecho y un servicio público cuya protección se encuentra a cargo del Estado. Con la Ley 100 de 1993 se agrega de manera expresa y precisa un nuevo concepto en donde la salud se configura también como un sistema.

La sistematización de la salud implica que en ella existan múltiples relaciones tendientes a lograr objetivos, provenientes de agentes quienes constantemente están aportando información al interior. De esta manera confluyen las actuaciones de los usuarios, las entidades e instituciones prestadoras del servicio de salud y los múltiples organismos estatales cuyo objeto consiste en la creación, aplicación, y control de las políticas que desarrollan el sistema.

En Colombia, a lo largo de la historia, se ha imputado responsabilidad a los agentes intervinientes teniendo en cuenta la configuración de elementos jurisprudencialmente desarrollados. Los procesos de responsabilidad civil extracontractual son el actual medio para declarar la responsabilidad imputable a los médicos y su personal en su actuar al interior de la prestación del servicio de salud, en estos casos se busca configurar la culpa subjetiva del agente dada la incidencia directa en el daño antijurídico causado. Es por esto que la debida diligencia y cuidado en la prestación se configura como el eximente de responsabilidad por excelencia.

La responsabilidad institucional de las entidades prestadoras del servicio de salud se predica objetivamente desde el actuar de un agente suyo con incidencia directa en el hecho dañoso, y por la posición de garante respecto de la relación de subordinación con el agente que materializa la prestación del servicio.

El Estado sin embargo, se configura como sujeto de responsabilidad cuando se demuestra su actuar culpable al ostentar la calidad de prestador del servicio mediante las instituciones públicas. Pareciera que la corporación encargada de la imputación se olvida de la posición

de garante que tiene al constituirse la salud como un derecho, un servicio público y un sistema.

Constitucionalmente el Estado tiene el deber de garantizar la protección y cuidado de los derechos fundamentales de los ciudadanos (artículo 2 CP), tiene la obligación de velar por la eficiente prestación del servicio de salud y es el encargado de validar el efectivo cumplimiento de las políticas que desarrollan el sistema de salud (artículo 365 CP).

Extraño es entonces que estas últimas calidades no se tengan en cuenta al momento de imputar responsabilidad la cual, teniendo en cuenta lo considerado en el tenor de este escrito, no se puede concluir cosa distinta a que debe hacerse bajo el título de responsabilidad objetiva.

BILIOGRAFÍA

- Auto A-049 de 1995. (1995, 23 de noviembre) Corte Constitucional de Colombia (Carlos Gaviria Díaz, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/1995/A049-95.htm>
- Auto A-041A de 1995. (1995, 29 de agosto) Corte Constitucional de Colombia (Alejandro Martínez Caballero, M.S)
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/1995/A041A-95.htm>
- Auto A-031 de 1995. (1995, 13 de junio) Corte Constitucional de Colombia (Carlos Gaviria Díaz, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/1995/A031-95.htm>
- Auto A-040A de 2001. (2001, 31 de enero) Corte Constitucional de Colombia (Eduardo Montealgre Lynett, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2001/A040A-01.htm>
- Chevallier, J. (1991). *Le service public*. Paris: PUF, p. 47. En: Plata, A.M. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 178.
- Constitución Política de Colombia. (1991, 7 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Colombia.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de noviembre, 1948
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Diccionario de la lengua española (s.f). Real Academia Española.
<https://dle.rae.es/>
- Duguit, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, Citado por Alberto Montaña Plata, en: El concepto de servicio público en el derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 141.

- Flórez, K., (2008). *Prestación de servicios de salud en Colombia: dilema entre el Estado y el mercado*. En: *Iustitia*, No. 6. Pp 163-182.
- Forero de Saade, M.T. (1996). *El Sistema de Seguridad Social en Colombia*. En: *La seguridad social en América Latina: seis experiencias diferentes*. Buenos Aires, República Argentina: Konrad-Adenauer-Stiftung, CIEDLA ., p. 218-219, 233-235.
- García, F.; Prada, C. F.; Santa María, M; Uribe, M. J., & Vásquez, T. (2008). *El sector salud en Colombia: impacto del SGSSS después de más de una década de la reforma*.
- Lechner, N. (2002). *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*. LOM Ediciones.
- Ley 84 de 1873, Código Civil. (1873, 31 de mayo). Congreso de la República. Diario oficial No 2.867.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

- Ley 7 de 1951, Código Sustantivo del Trabajo. (1951, 7 de junio). Congreso de la República. Diario oficial No 27.622.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

- Ley 100 de 1993. (1993, 23 de diciembre). Congreso de la República. Diario oficial No 41.148.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

- Ley 142 de 1994. (1994, 11 de julio). Congreso de la República. Diario oficial No 41.433.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html

- Ley 1438 de 2011. (2011, 19 de enero). Congreso de la República. Diario oficial No 47.957.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html

- Ley 1751 de 2015. (2015, 16 de febrero). Congreso de la República. Diario oficial No 49.427.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html

- Luhmann, N. (1984) *Soziale Systeme. Grundriss einer Allgemeinen Theorie*, Ed. Suhrkamp.

- Luhmann, N. (1998/2007). *La sociedad de la sociedad*. Editorial Herder. Pag. 964.
- Organización Mundial de la Salud (2017, diciembre 29). *Salud y Derechos Humanos*.

<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20de%20la%20OMS,de%20salud%20de%20calidad%20suficiente>.
- Orozco, J. M. (2006). *Caracterización del mercado del aseguramiento en salud para el régimen contributivo en Colombia*. Pag. 23.
- Pereira Arana, M. I. (2007). *Instituto de Investigación y Debate sobre Gobernanza*. Recuperado el 7 de Septiembre de 2017.

<http://www.institutgouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-276.html>
- Pérez , A. (1984). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos.
- Restrepo, M. (2000). *La reforma de la seguridad en salud en Colombia y la teoría de la competencia regulada. Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud*. Los casos de Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile y Colombia. Vol. II. CEPAL.
- Rodríguez, E. C., Rocca, L. H. D., & Murillo, R. R. (2008). *Avances del Proceso de Calidad en la Presentación de los Servicios de Salud en Colombia*. En: Duazary, 5(2), 161-166.
- Sentencia T-491 de 1992. (1992, agosto 13) Corte Constitucional de Colombia (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491-92.htm>
- Sentencia T-225 de 1993. (1993, 15 de junio) Corte Constitucional de Colombia (Vladimiro Naranjo Mesa M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-225-93.htm>
- Sentencia T-395 de 1998. (1998, 3 de agosto) Corte Constitucional de Colombia (Alejandro Martínez Caballero, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-395-98.htm>
- Sentencia C-089 de 1998. (1998, 18 de marzo) Corte Constitucional de Colombia (José Gregorio Hernández Galindo, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-089-98.htm>

- Sentencia T-1081 de 2001. (2001, 11 de octubre) Corte Constitucional de Colombia (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1081-01.htm>

- Sentencia T-881 de 2002. (2002, 17 de octubre) Corte Constitucional de Colombia (Eduardo Montealegre Lynett, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

- Sentencia C-1184 de 2008. (2008, 3 de diciembre) Corte Constitucional de Colombia (Nilson Pinilla Pinilla, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1184-08.htm>

- Sentencia T-154 de 2014. (2014, 14 de marzo) Corte Constitucional de Colombia (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M.P).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-154-14.htm>

- Sentencia del Expediente No. 6253. (1991, 13 de septiembre) Consejo de Estado (Carlos Betancur Jaramillo, M.P).
- Sentencia del Expediente No. 14170. (2005, 24 de febrero) Consejo de Estado (Ramiro Saavedra Becerra, M.P).
- Sentencia del Expediente No. 15772. (2006, 31 de agosto) Consejo de Estado (Ruth Stella Correa Palacio, M.P).
- Sentencia del expediente 7110-2017. (2017, 24 de mayo) Corte Suprema de Justicia (Luis Armando Tolosa Villabona, M.P).

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

- Vélez, M. (2016). *La salud en Colombia: pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*. Colombia: Penguin Random House.