

**“Responsabilidad por el Hecho del Legislador ante la falta de regulación normativa
en materia de Telemedicina”**

Karol Viviana Rondón Rodríguez

Yuly Andrea Sánchez Portilla

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá D.C.

132017

**“Responsabilidad por el Hecho del Legislador ante la falta de regulación normativa
en materia de Telemedicina”**

Karol Viviana Rondón Rodríguez

C.C1.024.566556 de Bogotá

karolaine995@hotmail.com

3138799878

Yuly Andrea Sánchez Portilla

C.C 1013632297

yulyandrea.sp@hotmail.com

3214564111

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Línea Primaria de investigación: Derecho Constitucional

Bogotá D.C.

2017

RESUMEN

El uso de la telemedicina se viene gestando en el país como una modalidad complementaria en la prestación del servicio de la salud, en tal medida, se hizo necesario indagar sobre los aspectos legales y éticos de la misma, como quiera que en ella interrelacionan diferentes disciplinas, modificando sustancialmente la relación médico- paciente y cuya implementación no es ajena a los riesgos que genera toda actividad médica. Sin embargo, como la telemedicina es una fusión entre la ciencia médica y la de las telecomunicaciones, su regulación está basada en la legislación propia de cada especialidad y en una reglamentación incipiente que trata aspectos relacionados con la tecnología de punta y de cobertura de atención, dejando de lado aspectos éticos y humanísticos que influirán en la protección ante daños eventuales de los pacientes - usuarios. Es decir, no existe un marco regulador (Ley especial) que le de trascendencia al sistema como la herramienta que apoyará la solución a las problemáticas de Salud existentes en el país. Tal omisión puede convertirse en una fuente generadora del daño a cargo del Estado, pues en ellas no es evidente aspectos como: La responsabilidad, la seguridad, la confidencialidad y los principios de la ética profesional. Para el presente proyecto de la mano con el método investigativo, se pretende un método analítico propositivo, que permite advertir la responsabilidad del Estado por tal omisión, al mismo tiempo dar paso a la proposición de soluciones.

Palabras Claves: Salud, Telemedicina, Implementación, Regulación, Normatividad.

ABSTRACT

As the implementation of telemedicine has been developing in the country as a complementary modality in the provision of health service, it became necessary to investigate the legal and ethical of the same, as the same that it interrelates different disciplines, Modifying substantially The doctor-patient relationship and with the implementation is not alien to the risks generated by all medical activity. Al though, as telemedicine is a fusion between medical science and telecommunications, its regulation is based on the legislation of each specialty and a regulation that involves something related to the latest technology and coverage of care, Leaving aside static and human factors that influence protection against eventual damages of patients. That is to say, there is no regulatory framework (Special Law) that transcends the system as the tool that supports the solution to health problems in the country. Such an omission can transform a burden of the State into a source of harm, since it is not evident as: Responsibility, security, confidentiality and the principles of professional ethics. For the present project hand in hand with the investigative method, an analytical method is proposed, which allows to announce the responsibility of the State for such omission, at the same time give way to the proposition of solutions.

KeyWords:

Health, Telemedicine, Implementation, Regulation, Normativity.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	6
EL DERECHO A LA SALUD - UNA OBLIGACION A CARGO DEL ESTADO	6
Marco legal Colombiano para proteger el derecho a la Salud	8
Marco Jurídico Internacional para la Salud	12
La salud como Derecho Económico y social	17
Derecho de los Pacientes.....	21
Conceptualización del derecho de los pacientes	21
Aspectos de la relación médico-paciente	26
CAPITULO II	32
LAS COMUNICACIONES AL SERVICIO DE LA SALUD	32
Origen y desarrollo de la telemedicina.....	32
Definición de la telemedicina	37
Evolución de la telemedicina en el mundo	39
Telemedicina como un componente del modelo de Atención en Salud en el país.....	47
La telemedicina – el acto médico.....	49
Marco normativo existente en materia de Telemedicina.....	51
Políticas Públicas en materia de TICS.....	54
CAPITULO III.....	62
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	62
Responsabilidad del Estado	62
Elementos de la Responsabilidad.....	63
Teorías de la Responsabilidad.....	68
La Responsabilidad subjetiva.....	68
La Responsabilidad Objetiva	69
Responsabilidad Contractual.....	72
Responsabilidad Extracontractual.....	74
Responsabilidad estatal por el hecho del legislador.....	76
La Responsabilidad derivada por hechos médicos.....	80
CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFIA	91
ANEXOS.....	100
Noticias.....	100
Propuesta.....	104

INTRODUCCIÓN

En el mundo se ha venido gestando un proceso revolucionario en materia de tecnologías de la información y la comunicación que se ha convertido en un fenómeno de enormes dimensiones, va de la mano de la investigación, el desarrollo y fundamentalmente, la concurrencia de las TIC alrededor del mundo globalizado (Fundación tripartita para la formación en el empleo, 2005)

Colombia no es un país que escape a la influencia de tal realidad, es así como desde la década de los 90, ha presentado avances significativos que convierten al país en líder para la implementación de e-Government, ocupando el puesto 31 entre 192 países alrededor del mundo, de acuerdo al índice de desarrollo e-Government y en el segundo país de América Latina, después de Brasil, que más utiliza internet con fines informativos. (Portafolio, 2011)

Colombia hacia el año 2000 suscribió junto con otras 189 naciones los Objetivos del Milenio, entre los cuales están los propósitos de comprometer al sector privado y al Estado, para el desarrollo de infraestructura que permita el acceso y aprovechamiento de las nuevas tecnologías. En el marco de tales compromisos el crecimiento tecnológico ha generado un cambio de cultura impactando la vida de las personas, de modo tal que las tecnologías de la información y la comunicación son un instrumento transversal a todas las actividades de la sociedad y del mismo Estado quien se ha servido de tales herramientas para garantizar la prestación de servicios público de manera directa e indirecta.

Uno de los servicios que ha sido necesariamente impactado es el de salud y considerando que Colombia pese a su división política es un Estado centralizado que no siempre llega a todas las regiones del país, los usos de las TIC en los servicios de salud se han convertido en un instrumento que permite parcialmente superar algunas barreras de acceso.

La política de implementación de herramientas tecnológicas en la prestación de los servicios de salud ha involucrado el término de Telemedicina, en documentos CONPES, Agenda de conectividad y Planes de Desarrollo con el único objetivo de mejorar los servicios de salud y la accesibilidad a la consulta especializada para la población atendida, en especial a la que vive en lugares remotos, apartados y aislados de la geografía colombiana y de las instituciones de salud de mediana y alta complejidad, enfocados principalmente en las personas en condiciones de vulnerabilidad social y económica.

No obstante el interés evidenciado en los distintos instrumentos jurídicos frente a la implementación de la Telemedicina las disposiciones normativas solo se convierten en instrumento para la implementación de la política, no considerando la necesidad de creación de instrumentos normativos que regulen el uso y aplicación de la telemedicina, tal y como se ha recomendado en los distintos encuentros internacionales de salud es necesaria la formulación de marcos normativos que otorguen validez médica y legal, tanto al registro médico electrónico, como a las acciones de telemedicina (Fatima A. y Fernández A., 2013)

Su práctica, entonces, no escapa a los riesgos tradicionales de toda práctica médica. No obstante, esas responsabilidades legales son más amplias como quiera que en

ella su factor determinante es la introducción de nuevas tecnologías, lo que supone más riesgos porque intervienen elementos incontrolados, o muy difíciles de controlar, que pueden quebrantar o alterar los diagnósticos médicos que afecten la salud y los derechos del paciente, tales como: errores de diagnóstico, cumplimiento defectuoso o incumplimiento del deber de información, vulneración del deber de confidencialidad y la manipulación de historias clínicas.

En Colombia en desarrollo de la Ley 100 de 1993 existe un marco normativo entre Decretos reglamentarios, resoluciones, acuerdos entre otros superando en su totalidad más de 100 disposiciones normativas que componen el tema de la salud, lo que hace difícil su conocimiento; no obstante la existencia del marco normativo que sigue pareciendo insuficiente y aunque no se conoce un estudio que evidencie la totalidad de los casos demandados por responsabilidad médica, Tamara LM mostró que los especialistas más a menudo implicados en demandas médico-legales son, en su orden, los ginecoobstetras, los ortopedistas, los cirujanos generales, los oftalmólogos, los cirujanos plásticos, los anestesiólogos, los otorrinolaringólogos, los neurocirujanos y los pediatras.

Considerando el hecho de existencia de regulación normativa en la prestación de servicios personales y presenciales donde hay prácticas, procedimientos, diagnósticos inadecuados que han concluido en falla del servicio y como consecuencia procesos de responsabilidad en cabeza del Estado, y que actualmente existen 195 prestadores públicos conectados por fibra óptica (Ministerio de Salud, 2013) con un 37,68% puntos de atención con servicios de telemedicina del total de los servicios habilitados, en cuyo evento ya no se trata de una prestación de servicio que implica una responsabilidad de manera directa sino a través de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación,

considerando los criterios descritos es necesario cuestionar si ¿es suficiente el marco normativo existente en materia de Telemedicina en Colombia?

El referido cuestionamiento conlleva a la hipótesis según la cual ante una práctica que involucra la fusión entre la ciencia médica y la de las telecomunicaciones, donde su regulación está basada en la legislación propia de cada especialidad y en una reglamentación incipiente que trata aspectos relacionados con la tecnología de punta y de cobertura de atención, se hace no solo evidente sino necesaria la implementación de disposiciones normativas suficientes que permitan en gran medida apuntar y asegurar herramientas jurídicas como prevención del daño antijurídico.

Establecer si es suficiente o no el marco normativo que regula la telemedicina en Colombia conlleva el cumplimiento de los siguientes objetivos: General, Analizar si el marco normativo en Colombia es suficiente para regular la práctica de la telemedicina en Colombia. Como objetivos específicos se propone identificar cual es el contexto en el que se encuentra la salud en Colombia, establecer el marco jurídico legal existente en salud, desde una perspectiva de protección al derecho fundamental y como servicio a cargo del Estado y la relación de los sujetos interactuantes, especialmente relación médico paciente, Analizar el contexto de las telecomunicaciones al servicio de la salud en Colombia y resultados de experiencias exitosas en otros países. Identificar el marco normativo existente en materia de telemedicina. Analizar el régimen de responsabilidad especialmente en los casos médicos y establecer la relación con el servicio de telemedicina y sus posibles riesgos en que se incurre con este avance tecnológico.

Para el cumplimiento de los anteriores propósitos se aplicara el método cualitativo, en las cuales las fuentes de información a utilizar son fuentes primarias y secundarias del siguiente tipo: Legislación y Jurisprudencia, Informes de entidades del Estado, Investigaciones y análisis de políticas de organismos del Estado, Investigación y análisis de políticas públicas por parte de Organismos de Control, posiciones de organismos especializados de carácter internacional que hagan mención al tema en Colombia y finalmente el universo de estudio, será, Gobierno electrónico, Comunicaciones-TICS.

CAPITULO I.

EL DERECHO A LA SALUD - UNA OBLIGACION A CARGO DEL ESTADO

El Derecho fundamental a la Salud

El derecho a la salud fue reconocido a través de la Ley estatutaria 1751 de 2015 como derecho fundamental, el cual fue regulado e identificado de manera autónoma, irrenunciable de interés particular y general. Esta Ley se encargó trazar los mecanismos que comprende el derecho a la salud, como lo es la atención integral a ella, teniendo en cuenta que es un objetivo del Estado brindar garantía y acceso en la prestación de salud puesto que es un servicio público esencial y obligatorio en todo el territorio Colombiano, siendo esta la perspectiva constitucional como lo establece el Artículo 49 en donde se vincula la importancia de la atención en salud por parte del Estado.

El derecho a la salud ha sido conceptuado constitucional y jurisprudencialmente como aquel derecho que tienen todas las personas del Estado Colombiano, sin importar sexo, raza, ni condición socioeconómica, el cual lo emite el Estado a través de sus políticas públicas y demás de instituciones y programas que de forma conjunta se pretende garantizar la atención y la eficacia a través de diversos sistemas para un acceso oportuno y eficiente a los servicios de salud ya sea para prevención, tratamiento, diagnóstico, rehabilitación y paliación de los pacientes. Que enmarca a su vez la responsabilidad penal y disciplinariamente que adquieren aquellas instituciones que llegaren a negar el servicio a este derecho fundamental.

A su vez el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental autónomo ha sido un proceso por parte de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde ha

señalado que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica que todos los aspectos cobijados por este son tutelables, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional y porque y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela son cuestiones diferentes y separables (Colombia, Corte Constitucional (2008, Julio), " Sentencia C-760", M.P Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá.)

En ese marco, la acción de tutela se ha convertido en el mecanismo por excelencia para la protección del derecho, estableciendo en reiteradas oportunidades que el amparo por vía de tutela del derecho a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios. (Colombia, Corte Constitucional (1993, Octubre), " Sentencia T-494", M.P Naranjo Mesa, V., Bogotá.)

El reconocimiento del Derecho a la Salud como un derecho prioritario tiene grandes acepciones en términos de la Corte Constitucional, lo “identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las

personas equivale a atentar contra su propia vida.”(Colombia, Corte Constitucional (1992, Julio), " Sentencia C-429", M.P Angarita Barón, C., Bogotá.)

No obstante, la Corte Constitucional le otorga al derecho a la Salud una doble connotación la cual consta de ser un derecho fundamental, pero a la vez un servicio público; En donde señala que “La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible.”.(Colombia, Corte Constitucional (2015, Marzo), " Sentencia T-121", M.P Guerrero Pérez, L., Bogotá.)

De esta manera, la salud viene gozando de especial protección como Derecho fundamental, mediante órdenes concretas y perentorias a los integrantes del sistema de salud (Ministerio, Direcciones territoriales, EPS, IPS, etc.) no porque se esté legislando en las altas Cortes Judiciales, sino con el ánimo de recomponer el orden de las prioridades, para cumplir con las obligaciones constitucionales sobre la efectividad del derecho a la salud.

Marco legal Colombiano para proteger el derecho a la Salud

La Constitución Política Nacional a través del artículo 48 y el acto legislativo 02 de 2009, dispone que 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...” (Artículo 48), lo anterior comporta la obligación de garantizar la salud como derecho fundamental establecido por conexidad con el derecho a la vida, en términos de la Corte Constitucional quien así lo ha reconocido.(Colombia, Corte Constitucional (1998, Octubre " Sentencia T-597", M.P Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.)

En tal contexto, el Estado Colombiano después de 1993 se ha encontrado en un proceso de reorganización, implementación y ajustes al sistema de seguridad social, su primer alcance fue dado con la sanción de la Ley 100 de 1993 donde se buscó integrar la segmentación e integrar la prestación del servicio, donde se crean las empresas solidarias en salud, EPS, Entidades Territoriales como EPS transitorias, liquidación de los servicios de salud de las cajas de compensación familiar, cajas municipales y departamentales de salud e inicio de la reestructuración de hospitales.

Se implementaron dos sistemas de aseguramiento donde existen diferencias en sus beneficios, sistema de precios y esquemas regulatorios (Ruiz, 2009), hecho que, con el paso del tiempo y producto de decisiones por parte de la Corte Constitucional, fueron creando criterios igualitarios en torno a la unificación del Plan Obligatorio de Salud. El propósito durante ese periodo fue la búsqueda y alcance de mejores condiciones en la prestación del servicio atendiendo los principios de eficiencia, equidad y calidad de los servicios, acompañado lo anterior al cumplimiento de los objetivos principales que describía la Ley 100 de 1993, y que se integraban a lograr una cobertura universal del aseguramiento, garantizar el acceso de los grupos más pobres de la población a los servicios de salud y mejorar la eficiencia y calidad en la provisión de tales servicios. (Leguizamón, 2007)

Luego viene un periodo de reajuste al sistema, constituido bajo la reforma a la Ley 100 de 1993 a través de la cual se introduce el concepto de subsidio parcial a la contribución y da autonomía a la entidad reguladora (CRES) siendo esta una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de la Protección Social, que dicha figura fue creada por medio de la Ley 1122 de 2007, la cual tenía como objetivo primordial hacer modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, promoviendo las políticas públicas y demás programas de salud con el fin de mejorar la prestación de los servicios en busca de una cobertura universal lo que significó un incremento de la afiliación esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había una cobertura de un 16% (Yepes 1990) y se pasa a un 81%. (Ruiz, 2008)

Finalmente se implementa el contenido de la Ley 1438 de 2011 que constituye un periodo donde las funciones de inspección, vigilancia y control se concentran en la Superintendencia Nacional de Salud, se autoriza a las EPS a operar indistintamente en el régimen contributivo y subsidiado, y se disminuye el rol de las entidades territoriales en la rectoría sanitaria.

En el mismo sentido se ha dispuesto un marco normativo respecto de la destinación y uso de los recursos públicos de la salud, los cuales tienen un ámbito de protección de nivel constitucional específicamente el contenido de los artículos 356, 357 y 358 de la Carta Política. Los citados artículos disponen que los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios tendrán una destinación específica, dando prioridad al servicio de salud, educación y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

El marco normativo que desarrolla los citados artículos constitucionales entre otros están la Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Decreto 1542 de 1998, Ley 788 de 2002, Ley 1393 de 2010, Ley 1797 de 2016, entre otros, además de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional¹ y el Consejo de Estado².

Otro rasgo de este tema está expuesto en de la Ley 1751 de 2015, la cual sustenta la garantía al derecho fundamental a la salud, expresando la naturaleza de éste, en el sentido de que es un derecho autónomo e irrenunciable para las personas, comprendiendo una prestación en los servicios de manera eficaz y oportuna e integral por medio de profesionales con calidad, a su vez mostrando las políticas de implementación que tiene el estado para mejorar el acceso y la protección de esta contingencia tan necesaria para la comunidad, lo anterior concorde al artículo 49 de la Constitución Política, refiriéndose a su pilar de aplicación como servicio público por medio de todos los accesos requeridos para la población puesto que es de manera obligatoria de lo contrario sería irrespetar y obstaculizar el derecho a la salud.

Se debe agregar que estas políticas van cogiendo aguje a raíz de la participación ciudadana por medio del cumplimiento de sus derechos y deberes para un buen aprovechamiento de los servicios, acorde con esto, dicha disposición enmarca por medio de tecnologías una conjunta prestación a la salud sin perjuicios al principio de integralidad.

De la misma manera se hace procedente traer en este momento la norma expresa acerca de los derechos y deberes que tienen los usuarios, puesto que ella nos ayuda a enmarcar la importancia y el significado agradecido de una buena prestación en salud y de las obligaciones que tienen las Entidades Promotoras de Salud (EPS) independientemente del régimen al que se encuentren afiliados los usuarios. Teniendo ello como justificación

de lineamientos otorgados por la jurisprudencia y por la Ley; como lo es la Resolución 4343 de 2012, la cual dispone de forma oportuna, la entrega de la carta al usuario al momento de su afiliación, con los derechos y deberes por parte de los regímenes contributivos y subsidiados para instruir al usuario de forma oportuna las cualidades contenidas al momento de acceder y solicitar la prestación del servicio, sin importar el caso que sea, todo en pro al derecho a la salud.

Marco Jurídico Internacional para la Salud

La construcción de una sociedad civil, política y administrativa implica la creación de instrumentos necesarios para responder a las necesidades y retos de una sociedad globalizada y una ciudadanía participativa. De ahí que el establecimiento de prerrogativas básicas de protección a sus ciudadanos, se convierten en derechos positivos, inherentes a la propia naturaleza del ser humano, que bajo ningún concepto deben ser desconocidos, cuestionados, protegidos y de goce eficaz.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas en 1948 definió unos derechos considerados como básicos y fundamentales del Ser humano, categorizando el derecho a la salud como fundamental y básico, sin él cual “Es difícil o imposible acceder a otros derechos más complejos como es el social y el político (Asamblea General de las Naciones Unidas I- sesión 10 de diciembre de 1948)”

En dicha declaración, el Derecho a la Salud derecho viene desarrollado en el 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.”, dispone igualmente el derecho de toda persona,, a un nivel de vida adecuado que le asegure “a ella y a su familia la salud y el bienestar”; la maternidad y a la infancia se protegen especialmente.

Los Convenios de Ginebra, de 1949, se enfocan en *consagrar y proteger* el derecho a la salud en el contexto de los conflictos armados, siendo considerados como los “primeros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos bajo circunstancias de guerra, esto es, bajo circunstancias extremas”. En estos Convenios se regula “expresa y claramente” el derecho a la salud, otorgándole carácter de irrenunciables a algunos de sus ámbitos de protección, así como a algunos derechos derivados de esta. Colombia, Corte Constitucional (2008, Julio), " Sentencia C-760", M.P Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá.

En 1966 se adoptaron los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que desarrollan la Declaración Universal de 1948. De un lado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se acordó en 1966 y entró en vigencia en enero de 1976. Dispone en el artículo 10 numeral 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y de manera especial contempla que se debe proteger “Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud...” el artículo 12 numeral primero dispone que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”(Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12.19 de diciembre de 1966)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) también se acordó en 1966 y entró en vigencia en marzo de 1976., este pacto dispone en el artículo 12 numeral tercero “Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.”

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo

ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 (2000) donde de manera clara y categórica se establece que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965: art. 5 e iv), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979: arts. 11 1) f), 12 y 14 2) b), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990: arts. 28, 43 e) y 45 c), Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006: art. 25.

La Declaración de los Derechos del Niño (1989), considerando su falta de madurez física y mental necesitan protección y cuidados especiales, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó diez principios orientados a este fin, entre los cuales se protegen diversos derechos económicos, sociales y culturales.³ Se reconoce que todo niño tendrá derecho a “gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal”.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)⁴, instrumento en el que se reconoció que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate” (artículo 28). “La Convención señala expresamente que “esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”. (Artículo 28) Además, reitera la estrecha relación que existe

entre el derecho a la salud y la dignidad humana (artículo 70)”

Muchas conferencias y es, por ejemplo la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud (en la que se aprobó la Declaración de Alma-Ata) (Declaración de Alma-Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, septiembre de 1978.) la Declaración del Milenio y los objetivos de desarrollo del milenio y la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, (Resolución S-26/2 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2001) también han contribuido a esclarecer diversos aspectos de la salud pública relacionados con el derecho a la salud y a reafirmar los compromisos para con su realización.

De otro lado, también se reconoce el derecho a la salud en varios instrumentos regionales, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales, denominado Protocolo de San Salvador (1988), y la Carta Social Europea (1961, revisada en 1996). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).

De igual modo se le confiere el derecho a la salud un reconocimiento de carácter fundamental en el ámbito internacional en donde “se ha destacado que este derecho implica que se les asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “más alto nivel posible de salud física y mental”. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se

ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas, es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible”.(Colombia, Corte Constitucional (2015, Marzo), "Sentencia T-121", M.P Guerrero Pérez, L., Bogotá.)

Colombia por su parte ha declarado ser un Estado Social y Democrático de Derecho como Colombia, la promoción de los Derechos Humanos está comprometida desde su ámbito Constitucional, dada su trascendencia hacia diferentes sectores tanto sociales, como políticos, económicos y ambientales y como fuente principal del derecho, garante de su protección y efectividad y vinculante no sólo para todas las autoridades, sino para todos los habitantes del territorio nacional.

Es así como en el marco a la protección de las personas en Colombia, entre los artículos 11 a 77 del Título II., la Constitución Política amplió el catálogo de derechos a los postulados civiles, políticos, sociales, económicos y colectivos, y los clasifico así:

- Derechos fundamentales
- Derechos sociales, económicos y culturales
- Derechos colectivos y del ambiente.

Sin pretender entender que cada uno es absoluto, puesto que en su ejercicio esos derechos puedan entrar en conflicto unos con otros y para saber cuál prima en el caso concreto se debe hacer un delicado análisis y ponderación de cada derecho y del grado de afectación de cada uno en el caso particular.

Contemplar un derecho en el marco del capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales implica que los derechos allí catalogados solo serán un elemento, “que se traduce en la necesaria definición de las políticas públicas que, en atención a la disponibilidad de recursos, establezcan las condiciones en las que se garantizará su disfrute, es un argumento que apunta en realidad a describir la forma como este derecho puede hacerse efectivo en la práctica”⁵

En tanto que considerarlo como un derecho fundamental es entender que el mismo le pertenecen al ser humano, por el mero hecho de serlo, sin distinción de raza, condición, sexo o religión, lo cual permite considerar que existen un sin número de garantías, en pro del respeto y la promoción de la dignidad humana, donde el sistema jurídico y político orientará sus acciones para llevar a cabo el poder de reclamación a que se tiene derecho cuando sean vulnerados.

La salud como Derecho Económico y social

En el caso de la salud, que si bien, no ha sido ajena a esta especial protección Constitucional por el Estado Colombiano, el derecho fue concebido como un servicio público esencial a cargo del Estado meramente prestacional, ello se desprende de acuerdo a su ubicación en el capítulo de los derechos económicos, culturales y sociales, específicamente, los artículos 48 y 49. Lo que significa una definición de políticas públicas por parte del Estado que establezca las condiciones en las que se garantizará su disfrute en atención a la disponibilidad de recursos”⁶

En ese orden para el desarrollo y materialización del mismo, se expidió la Ley

100 de 1993, cuya finalidad en el tema de salud fue crear un modelo de Sistema General y Seguridad Social, con énfasis en el aseguramiento, planes de beneficios y redistribución de recursos en beneficio de la población pobre y vulnerable, a efectos de garantizar la calidad de vida acorde con la dignidad humana “mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollarán para proporcionar la cobertura integral de las contingencias” (Ley 100 de 1993).

No obstante, en el devenir del desarrollo del postulado Constitucional y en el marco de los lineamientos de la Ley 100 de 1993, pareciera que la protección del Estado no se ha traducido al problema de la política de salud o del sistema de salud. Sino más bien a los resultados de una crisis generalizada de los modelos económico, social y político imperantes en Colombia dada la primacía de los intereses económicos de las entidades públicas y privadas que forman parte integral del sistema de salud, sobre la garantía de la efectividad al derecho a la salud y al bienestar general de la comunidad, generada por la competencia del mercado de libre oferta y demanda.

Esta situación, ha generado dudas respecto si el verdadero alcance del derecho a la salud, pueda ser protegido como un servicio público esencial a cargo del estado con su deber correlativo de intervenir en el sistema para que opere de manera eficiente en pro de la atención eficaz al ciudadano, en el marco de un derecho económico y social. Creeríamos que no, puesto que, consultando los preceptos constitucionales, la regulación normativa expedida mediante la Ley 100 de 1993 para asegurar el cumplimiento de los principios que orientan el ejercicio del derecho sobre todo los que hacen referencia a la universalidad y a la protección integral, ha resultado insuficiente para garantizar su efectividad. Así lo demuestra el porcentaje cada vez creciente de las acciones de tutela

instauradas por los usuarios para invocar la protección y acceso a los servicios de salud que amparan la efectividad del derecho por conexidad con otros derechos de carácter fundamental; incluso contrariando la normatividad vigente y reglamentaria.

En desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, mediante sentencia T 402 de 1992, se empezó a considerar el Derecho a la salud como un derecho fundamental, protegido por tres vías a saber: i) En su relación de conexidad con la vida, el derecho a la integralidad personal; ii) En el contexto donde el titular de los derechos merece una especial protección y, iii) en un ámbito básico.

En esa oportunidad el organismo Constitucional expreso: “Algunos derechos, por ser inherentes a la persona humana son fundamentales (v. gr. derecho a la vida, libertad de locomoción etc.). Otros, no son fundamentales para algunas personas, pero sí para otras que se encuentran en circunstancias específicas u ostentan determinada condición: es el caso del derecho a la salud que, no siendo inherente a la persona, tampoco es derecho fundamental ni tiene aplicación inmediata, pero que, tratándose de los niños, sí adquiere carácter fundamental.

En razón de su condición de debilidad manifiesta, e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente, los niños requieren una protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad. Lo anterior unido a la decisión del Constituyente de consagrar el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, justifica el reconocimiento en su favor de derechos fundamentales distintos y adicionales a los consagrados para las personas en general...”

Derecho de los Pacientes

Conceptualización del derecho de los pacientes.

Se considera como Derechos de los Pacientes aquellos que emanan de los Derechos Humanos, respecto a su dignidad como persona y a los que surgen de la normativa legal vigente. (Cumplido, Manuel. J pág. 1)

El respeto a la dignidad humana, definida como "la calidad o estado de ser valorado y respetado", está en la base de la afirmación, tanto jurídica como política, de los derechos de las personas, los que, a su vez, limitan los avances de la ciencia y de la tecnología, que deben necesariamente respetarlos. (Vacarezza R, 2000)

En la medida que la dignidad es propia de todos los seres humanos, las leyes de la gran mayoría de los países tienden a garantizar su protección bajo el postulado que el Estado debe intervenir y desarrollar las políticas, planes y proyectos y las normas técnico administrativas para el mejoramiento de la humanización y la calidad de vida de sus ciudadanos.

Los derechos de los pacientes, tienen su razón de ser en esta aseveración, lo cual hace posible que se conciba como derecho humano básico e integral a la salud. "La idea de la necesidad de la proclamación de unos derechos específicos de los pacientes, está construida sobre dos ejes: la admisión de que las personas son seres autónomos, con intereses y valores propios, y que pueden decidir por sí mismas sobre un gran número de cuestiones; y la constatación añadida de que en las relaciones sanitarias, tales valores y tales intereses pueden ser objeto de una agresión especial si no se les garantiza a los pacientes la posibilidad de decidir por ellos mismos sobre determinadas cuestiones." (Méndez, V, 2007)

De igual forma la Corte ha reiterado que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece y abarca, en tal sentido, la necesidad de asegurar un consentimiento informado del/de la paciente así como su derecho a que - una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se ligan -, pueda optar de modo libre y autónomo porque se le practique o no el tratamiento prescrito. (...)" (Colombia, Corte Constitucional (2008, febrero), "Sentencia C-216", M.P Sierra Porto, H., Bogotá)

Por vía jurisprudencial se ha sostenido que: "El enfermo tiene derecho a que se le prodiguen cuidados compatibles con su condición de ser humano, vale decir, un buen trato y diálogo permanente con su médico acerca de la naturaleza, evolución y terapia de sus dolencias. El médico debe estar dispuesto a escuchar a su paciente, sus familiares y las opiniones de sus colegas por cuanto sólo así podrá contar con todo el aspecto fáctico del caso y establecer el adecuado equilibrio entre los derechos de los pacientes y los principios éticos de su profesión. Dentro de este contexto, una de sus mayores responsabilidades profesionales es proteger el bienestar de su paciente y minimizar los riesgos globales de sus terapias." (Colombia, Corte Constitucional (1992, octubre), "Sentencia T-548", M.P Angarita Barón, C., Bogotá)

Si se tuviera que señalar frente a que situaciones del ejercicio de la medicina moderna, se motiva su verdadera construcción, diríamos que, sobre aquellos aspectos referidos a la

autonomía personal y la autodeterminación, máxime cuando la actividad de la salud vincula médicos y pacientes, generando una relación creadora de efectos legales, así:

- Derecho de las personas a decidir informadamente
- Dignidad e intimidad de las personas
- Confidencialidad de la información de salud

Cada una de estas realidades da origen a numerosas problemáticas que ameritan protección, sin entrar en la detallada lista de los derechos del paciente, es necesario abordar aquellos que de alguna manera pueden generar conflictos éticos frente al auge vertiginoso y creciente de las tecnologías para uso de la medicina y frente a los cuales, sin duda, hay la necesidad de dictar normas, regulaciones, sobre aquellos aspectos cuestionados de este derecho.

En este orden de ideas se ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando mediante Auto 067/12 tomó una serie de decisiones dirigidas a las autoridades del SGSSS, con el fin de que se adoptaran las medidas necesarias para corregir las fallas de regulación identificadas a partir del análisis de los casos concretos acumulados en varias providencias.

“... Del estudio de tales asuntos, se infirieron diversos problemas generales que contextualizan, identifican y concretan las fallas que dan origen al conjunto de mandatos de naturaleza o tendencia correctiva. Particularmente, considerando que a la fecha de expedición de la sentencia T-760 de 2008 no se les otorgaba oportuna y periódicamente a las personas información en materia de salud, en especial sobre cuáles son los derechos de los pacientes, así como los resultados obtenidos por las distintas entidades del sector, la Corte consideró lo siguiente:

“(…) Las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le garantice en mayor medida su derecho.”.

Como consecuencia de ello, en el ordinal vigésimo octavo de la parte resolutive de la citada sentencia, se dispuso:

“Vigésimo octavo. - Ordenar al Ministerio de la Protección Social que, si aún no lo han hecho, adopte las medidas necesarias para asegurar que, al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información:

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

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

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

En respuesta a este mandato, el Ministerio de la Protección Social expidió Resolución 1817 de 2009, “por medio de la cual se definen los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el Sistema de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud en los regímenes contributivo y subsidiado, y se dictan otras disposiciones”⁸

Como se evidencia, aspectos positivos deja de la intervención jurisprudencial, en esta materia, tal como el afianzamiento de derechos; el favorecimiento de algunos aspectos relativos a la relación médico-paciente, y el ordenamiento a nivel nacional y con carácter de orden público, del deber de información, su instrumentación y la confección de la Historia Clínica, garantizan al titular del derecho de salud, no sólo ha de manejar información adecuada sobre asistencia y prevención, sino también sobre su derecho a recurrir a las instancias judiciales en procura de su garantía. Tomar conciencia de todos estos aspectos derivados del derecho de la salud proporciona al ciudadano un sistema de bienestar que se acerca a los objetivos de rango Constitucional, en procura del bienestar de la comunidad.

Aspectos de la relación médico-paciente

En las últimas décadas, dado los avances tecnológicos, la relación médico-paciente ha evolucionado positivamente en muchos aspectos. Ya no se trata de una entrevista médica particular, se trata de conocimientos médicos dispuestos en nuevos instrumentos que le permiten al paciente interactuar de manera mejor con sus médicos.

Como el reconocimiento de los derechos humanos ha valorado enormemente, la vida de los individuos independientemente de su lengua, religión, edad, formación, etc. también ha evolucionado el reconocimiento de los derechos de los pacientes quienes ya no se limitan a recibir y obedecer, sino que pueden ejercer su derecho a entender, a preguntar, a disentir y exigir y finalmente, a demandar.

Cuando el paciente concurre a la consulta para prevenir la enfermedad o para preservar la salud espera de “su médico” que cumpla con estos objetivos con amabilidad y eficiencia, sin promover incertidumbres generadoras de angustia. Como se ve, en el marco de la autonomía y la libre auto determinación, se sitúa el consentimiento informado, es decir, "la aceptación racional por parte del paciente, de una intervención médica, o la elección entre alternativas posibles, con sus riesgos y beneficios", el cual para ser posible requiere por parte del paciente, a saber:

a) Que el paciente disponga de la información suficiente; b) Que comprenda adecuadamente esa información; c) Que se encuentre libre para decidir de acuerdo con sus valores; d) Que sea competente para tomar decisiones.

Cada uno de estos requisitos tiene su problemática, para lo cual, el documento comúnmente llamado consentimiento informado, debe ponerse en práctica como signo

de respeto al paciente y no como un instrumento de valor como defensa legal, atributo que ciertamente no tiene.

El derecho o deber de confidencialidad está señalado muy claramente en el artículo 8 de la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (AMM) que establece: "Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente, y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de la muerte. La información confidencial sólo se puede dar a conocer si el paciente da su consentimiento explícito o si la ley prevé expresamente eso".(Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (AMM.Artículo 8.1981)

Hay confidencialidad siempre que una persona revela información a otra y la persona que recibe la información se compromete a no divulgarla a un tercero sin el permiso de la persona que se la ha confiado.

En aras de los derechos de los pacientes, la Corte, en sede de tutela, ha indicado lo que comprende la protección del consentimiento informado y su armonización con la autonomía médica, del siguiente modo:

- i. Asegurar una comunicación fluida entre la persona profesional de la medicina y el paciente encaminada a respetar su dignidad humana y a fortalecer su derecho a adoptar decisiones autónomas
- ii. Garantizar que en la relación médico-paciente no predomine un esquema vertical (paternalista) en donde el paciente es visto de manera pasiva – como quien debe

literalmente padecer o sufrir.

- iii. Velar porque la relación médico-paciente esté mediada por elementos que refuercen el derecho de los pacientes a decidir con libertad, así como por el diálogo discursivo, el apoyo, la solidaridad y el interés por el contexto social, familiar y emocional de los pacientes. (Colombia, Corte Constitucional (2008, Febrero), "Sentencia C-216", M.P Sierra Porto, H., Bogotá)

Algunos comentaristas, tal vez con razón, sospechan que estas reglas oficiales funcionan poco más que como una fórmula ritual, o una ficción conveniente, reconocidas públicamente por los profesionales, pero ampliamente ignorada y violada en la práctica. Mark Siegler ha argumentado que "la confidencialidad médica es un concepto decrepito, porque ha dejado de existir" es debido a que informó haber descubierto que el número de personas con acceso legítimo al expediente de uno de sus pacientes en el hospital donde trabajaba era aproximadamente de 75. En una encuesta reciente efectuada en Norteamérica, el personal médico de planta de los hospitales, y los estudiantes de medicina reconocían que 57% de ellos discutía con sus cónyuges los casos clínicos que les tocaba conocer y que 70% de ellos los discutía en tertulias con amigos. (Vacarezza R, 2000)

Se debe reconocer que, tanto a nivel hospitalario, como a nivel del ejercicio liberal de la profesión, el secreto profesional ha sido ampliamente sometido en tratándose de "La historia clínica, su contenido y los informes que de la misma se deriven, están sujetos a reserva y, por lo tanto, sólo pueden ser conocidos por el médico y su paciente. Sólo con la autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica. Levantada la reserva de la historia clínica, su uso debe limitarse al objeto y al

sentido, legítimos de la autorización dada por el paciente. Datos extraídos de la historia clínica de un paciente, sin su autorización, no puede ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial. No puede el Legislador señalar bajo qué condiciones puede legítimamente violarse el secreto profesional.” (Colombia, Corte Constitucional (1996, junio), " Sentencia T-264", M.P Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.)

Uno de los derechos adoptados por la Constitución que ameritan protección desde lo fundamental es el de la Intimidad, “Las revelaciones que el médico hace al paciente, no entrañan violación al secreto médico. El titular del derecho al secreto profesional es el paciente. Las informaciones que el médico suministra al paciente, permiten a éste conocer su realidad vital y sólo en estas condiciones podrá eventualmente dar su aprobación consciente a los tratamientos y terapias que indique el primero”. (Colombia, Corte Constitucional (1996, junio), " Sentencia T-264", M.P Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.)

En algunas situaciones el deber de confidencialidad entra en conflicto con deberes de índole social, como es el caso de los portadores de VIH, u otras enfermedades semejantes, cuando se niegan a informar de su condición a sus parejas sexuales. (Vacarezza R, 2000) En estos casos, ciertamente debe primar para el médico el deber de informar al tercero comprometido.

La Ley 23 de 1981, que regula en Colombia el proceder de los profesionales de la medicina, consagra en su artículo 15: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables, que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible. Entonces explicará a sus responsables de

tales consecuencias anticipadamente.”

El concepto del derecho a la autodeterminación informativa es el fruto de una reflexión doctrinal y de las elaboraciones jurisprudenciales que se han producido en otros ordenamientos en relación con el control, por parte del sujeto afectado, sobre las informaciones que se refieren a su persona o a su familia. (Ruiz, 2004)

Dicho derecho se construye a partir de la noción de intimidad, y se encamina, fundamentalmente, a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales.

En otros ordenamientos, como en Colombia, se ha interpretado el concepto de intimidad de una forma amplia, centrada especialmente en la voluntad de cada individuo afectado. De esta manera, el derecho a la intimidad corresponde en principio, toda intromisión en aquellas esferas de la vida que el titular quiere reservar para sí. (Ruiz, 2004)

Si la concepción tradicional del derecho a la intimidad incluía la facultad de vedar la recolección y utilización de información personal, contemporáneamente se ha extendido a poder ejercer el control sobre esta última, cuando se consienta o se realice por mandato legal. (Carranza, 2014)

Por otro lado, la expansión de las comunicaciones y las Tecnologías de la salud en línea puede mejorar la calidad de la atención, facilitar y hacer más seguro el acceso de los pacientes al tratamiento y a sus datos médicos personales, reducir el riesgo de errores médicos y contribuir a la detección precoz de los problemas de salud. (Avella, 2014) También puede facilitar la continuidad de la atención médica dentro y fuera de las

fronteras nacionales.

El uso de la telemedicina no debe afectar negativamente a la relación personal Médico/paciente que, al igual que en otras áreas de la medicina, debe basarse en el Respeto mutuo, la independencia de juicio del médico, la autonomía del paciente y el secreto médico (Secretaría Distrital de Salud de Mexico,2006) Es esencial que el médico y el paciente se puedan identificar mutuamente con toda seguridad cuando tenga lugar una consulta telemática.

CAPITULO II.

LAS COMUNICACIONES AL SERVICIO DE LA SALUD

Origen y desarrollo de la Telemedicina

Con la aparición de los medios de comunicación como el telégrafo o el teléfono, la transmisión de datos y de imágenes ha sido el remedio de comunicación masiva con más impacto, su desarrollo ha revolucionado en todos los campos de la economía nacional, no siendo ajeno el sector salud, quien ha aprovechado su uso ante la necesidad de una atención médica eficiente, oportuna, dadas las diversas limitaciones de accesibilidad al servicio de la población a los servicios básicos de atención primaria.

En el marco histórico de la salud, su implementación se remonta hacia los años 60, cuando en Estados Unidos se utilizó “un circuito cerrado de televisión bidireccional comunicado por microondas, que se usó para el tratamiento a distancia y educación médica (Camacho,2009), para transmisión remota de imágenes de televisión y el almacenamiento masivo de datos médicos y su transferencia a otros sitios para ser consultados, es decir su utilización se remontaba a la consultar de grandes bases de datos de Historias Clínicas a distancia y de manera sistemática en los experimentos de la Nasa y como posibilidad de tele consulta en altamar.

En Canadá se “puso en marcha uno de los primeros proyectos de telemedicina por satélite. En enero de 1976, se lanzó un satélite de tecnología de telecomunicaciones, ulteriormente rebautizado Hermes, diseñado para cubrir las necesidades de comunicaciones de zonas remotas de Canadá. Hermes permitió realizar tres experiencias de telemedicina. En la primera, que fue organizada en junio de 1976 por el Ministerio de

Sanidad de Ontario, se utilizaron las ondas métricas y el satélite Hermes para examinar la posibilidad de vigilar parámetros vitales, tales como ritmo cardíaco, respiración, temperatura y presión arterial, cuando se evacuaba a un paciente de una comunidad remota del norte de Ontario” (Kopec & Salazar,2006).

En Colombia se ejecuta desde el año de 1986 como un convenio entre universidades y el sector privado. A comienzos de 2001 la Universidad estableció un acuerdo de cooperación con ITEC-Telecom gracias al apoyo de Conciencias, y se estableció la red de telemedicina Bogotá – San Andrés – Providencia. Entre los proyectos iniciales se incluía el “Proyecto piloto de telemedicina Apaporis – Leticia – Bogotá”, desarrollado entre 2002 y 2004 y patrocinado por la Dirección de Hospitales en Paris, el ministerio francés de relaciones exteriores y la Facultad de Medicina.(UNAL, Telemedicina).Desde el 2007 el ministerio de protección social, con COMPRECOM, desarrollando proyectos en las zonas más remotas, ofreciendo dos tipos de servicios: la básica: consulta cerca de 15 especialidades, utilizando TIC, ayudas diagnósticas como tele electrocardiografía y tele radiología. Y la segunda es tele cuidado intermedio, la cual brinda atención a pacientes críticos, a través de tele monitoreo permanente con apoyo de especialistas. (Tutupaly,2011)

El avance y aplicación de novedosas técnicas informáticas, abren muchos condicionantes que hacen propicia la incorporación de nuevas tecnologías de asistencia médica, creando una forma de proveer servicios de salud a distancia al alcance de grandes sectores de la población y la comunidad médica. Su utilización no introduce un nuevo concepto de medicina, se convierte en un instrumento de asistencia médica lograda por el

avance de las telecomunicaciones, como quiera que, para el conocimiento médico – científico, siempre ha sido propicio esa interrelación entre la información y la comunicación. Por ejemplo, en 1998, se realiza en España la primera experiencia de telecirugía con robots. Los cirujanos estaban en un barco operando a un paciente situado a cientos de kilómetros. (Lizarraga, José L,2014)

En la medida de la expansión de las redes Telemáticas combinadas con los Servicios de Internet, el desarrollo de vías de comunicación de alta velocidad y gran alcance, como los cables de fibra óptica y las transmisiones vía satélite, así como la existencia de estaciones de trabajo de alto desempeño, que utilizan las microcomputadoras, diseminadas por todo el mundo, este sistema tele médico se irá proliferando, permitiendo prácticas de intercambio de información tanto a nivel rural como o a nivel urbano. (Kopec, & Salazar, 2006).

El sistema permite la adaptación de los médicos de diagnóstico y laboratorio, con los equipos de cómputo y de comunicaciones, mediante mecanismo de captura que permitan digitalizar la información y transferir comunicaciones de audio y video en tiempo real, tanto de texto (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2008) como imágenes diagnósticas de tal forma que remotamente exista contacto entre médico y paciente, o entre especialistas médicos profesionales para así brindar instrucciones de atención, o impartir indicaciones y asesoramiento especializados en la oportunidad que se esté requiriendo.

En resumen, el éxito del sistema dependerá del uso de diversos canales de comunicaciones desde el teléfono, la radiodifusión, teléfono, el internet, equipos de

digitalización etc., y su implementación depende en gran medida que permita la integración de los distintos actores de la telemedicina como los profesionales de atención de salud, investigadores, técnicos, ingenieros en informática expertos en estadística, usuarios finales, empresas de telecomunicaciones, proveedores de servicios, proveedores de equipos de telemedicina, proveedores de material informático, instituciones académicas de investigación, hospitales, empresas de seguros, empresas farmacéuticas, todo en el marco de una política gubernamental que la involucre como un componente de la atención salud. (Kopec, & Salazar, 2006).

Así mismo los proyectos piloto de telemedicina en el mundo, han demostrado que las interconexiones se dan entre dos puntos remotos a partir de los cuales uno de ellos se convierte en el remitente de casos médicos y el otro como centro de referencia para resolverlos, (Kopec, & Salazar,2006) que puede ser en un centro hospitalario o un profesional de la salud, pero siempre entre ellos, el proveedor de transmisión y almacenamiento de la información, de tal suerte que en este proceso conectivo, para complementar los servicios prestados al servicios de sistema de salud, intervienen no solo los profesionales de la salud; sino los proveedores de tecnología y comunicaciones.

La utilización del sistema es cada vez más evidente y su finalidad no es otra, más que lograr mayor cobertura de atención en zonas apartadas, brindar diagnósticos y tratamientos oportunos, continuos y apropiados, todo en aras de mejora la calidad del servicio; la reducción de los costos y la atención continuada, los tratamientos más apropiados, la disminución de riesgos profesionales.

Profundizando un poco, de ahí que la telemedicina está siendo incorporada a los servicios de atención en salud en Colombia, pues esta tendencia se ha venido implementando en el Sistema General de Seguridad Social Integral en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, garantizando su atención por medio de los principios implementados por la anterior Ley. A causa de ello los profesionales de la salud tienen la potestad de hacer uso la tecnología de la información en pro de las necesidades del usuario, debido a que fomenta el libre acceso, abriendo el campo de acción a poblaciones que se restringe su acercamiento ya sea por razones socioeconómicas y geográficas en que se encuentran, garantizando priorizar la atención. En vista de que se ha abierto su cobertura, se hizo necesario la reglamentación en el Plan Obligatorio de Salud (POS), claramente como se ve expuesto en la Resolución 6408 de 2016 en su artículo 13, que garantiza esta oportunidad de aplicación, cuando esta atención tecnológica a distancia se halle disponible por no haber acceso a una atención personal debido a la distancia geográfica en la que se encuentra.

Por otra parte, el manejo del aprendizaje de esta rama está siendo promovida por parte del Ministerio de Comunicaciones y el Comité asesor en Telesalud, en donde se dotará y capacitará a las Instituciones de Educación Superior ya en las áreas relacionados en salud, ingeniería, electrónica etc., siendo componentes de estudio que se hacen importantes en busca de una correcta capacitación y de un conocimiento adquirido. A su vez el Ministerio de Educación y de la Protección Social, promoverá una inducción acerca de la Telesalud, para aquellas personas que consolidarán su formación en salud por medio del servicio social, dicho lo anterior, se hace aún más interesante este proceso para una

mejor alianza con su manejo y el personal idóneo todo con el fin de construir bases sólidas para la aplicación de la tecnología.

Definición de la telemedicina

El concepto de telemedicina (TM) no aparece claramente definido en la literatura; no obstante, en una aproximación al término la consideraremos como “medicina a distancia” adaptada a través de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC) y de la mano con el conocimiento científico (Perales, Cabrera. 2001), para brindar atención en salud en los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación por profesionales de la salud.

La telemedicina puede considerarse un “ejemplo de la aplicación de la telemática a la salud. No obstante, la noción de telemática aplicada a la salud tiene un alcance muy amplio, ya que abarca igualmente la utilización de la informática o tecnología de la información para mejorar la eficacia de la atención sanitaria, incluso en el seno de un mismo hospital o de una misma administración sanitaria. Por ejemplo, la Comisión Europea posee una división denominada “Telemática para la salud” que no se ocupa únicamente de la telemedicina o la telesalud, sino que también examina las aplicaciones de la tecnología de la información que permiten mejorar los sistemas de atención sanitaria” (Kopec, & Salazar,2006).

Para el presente documento se toman a título de ejemplo, las siguientes definiciones. (Plan de Telemedicina del INSALUD,2000)

La Organización Mundial de la Salud (OMS) -Ginebra 1997-, considera la Telemedicina como “el suministro de servicios de atención sanitaria, en los que la distancia constituye un factor crítico, por profesionales que apelan a las tecnologías de la información y de la comunicación con objeto de intercambiar datos para hacer diagnósticos, preconizar tratamientos y prevenir enfermedades y heridas, así como para la formación permanente de los profesionales de atención a la salud”. (Plan de Telemedicina del INSALUD,2000)

En el Marco de la Telemedicina en El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) – 1998, se refieren a la Telemedicina como “La utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones como un medio de proveer servicios médicos, independientemente de la localización tanto de los que ofrecen el servicio, como de los pacientes que lo reciben, y la información necesaria para la actividad asistencial”

La Asociación Médica Mundial considera que la “telemedicina es la práctica de la medicina a distancia gracias a la cual las intervenciones, el diagnóstico, las recomendaciones y las decisiones terapéuticas se fundamentan en los datos clínicos, documentos y otras informaciones transmitidas por los sistemas de comunicación”.

La telemedicina se debe comprender como un sistema de prestación de asistencia sanitaria en el que los médicos examinan a los pacientes a distancia utilizando tecnología de telecomunicaciones.

Más claramente nos disponemos a citar Ley 1419 del 2010, la presente es un avance para el manejo de la tecnología de la información y las telecomunicaciones en los

servicios, procedimientos de la salud, tratados a distancia por medio del desarrollo de la Telesalud en Colombia, lo cual se hace procedente nombrarla ya que de aquí parte el género de está con la Telemedicina la cual dispone esta Ley. Con respecto a ello, en su artículo 2, da una breve definición de Telemedicina, como provisión de atención en salud a distancia, que dispone de elementos tales como la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, siendo estas ejecutadas por personal profesional idóneo a través de tecnologías de información y comunicación con el ánimo del intercambio de datos para facilitar el acceso en la prestación de servicios a la población vulnerable, aquella en la que hay impedimento del acceso a los servicios de salud.

Lo anterior significa que se trata de un intercambio de datos, diagnósticos, con el propósito de facilitar el acceso de la población que por sus condiciones personales, sociales o económicas tengan poco acceso, además de contar con diagnósticos acertados en mejores tiempos, y con intercambio de opinión de campos interdisciplinarios en ámbitos asistenciales.

Evolución de la Telemedicina en el mundo

Europa, América Latina y Colombia con el Centro de Telemedicina, han incursionado con experiencias en el área de servicios médicos a distancia de acuerdo a las especialidades médicas.

En Europa, dado el incremento del mercado de las tecnologías de la información para el sector salud seguirá creciendo impulsado básicamente Alemania, Francia, Italia, España y Reino Unido, y de la U.E. hacen suponer la implementación del sistema como modelo de atención

Por ejemplo, en Francia se trabaja por la integración de las historias clínicas con las imágenes para que estén disponibles en una red de alcance nacional. En Noruega existen más de 300 aplicaciones de telemedicina en centros de salud basadas en videoconferencia utilizada para teleeducación entre médicos, enfermeras, fisioterapeutas y otros.

En España, el Ministerio de Sanidad y Consumo definió el Plan de telemedicina del INSALUD, el cual marca las pautas para el desarrollo de la telemedicina.

Telemedicina en Chile: En combinación con una empresa Francesa, están implementando el primer proyecto público de telemedicina en el área de telerradiología, telepatología y aplicaciones de educación a distancia, que da solución a once hospitales de la zona norte, centro y sur del país. Cuenta con un hospital virtual, consistente en un innovador sistema de salud, cuyo objeto es monitorear a pacientes crónicos y post crónicos a distancia, directamente desde sus hogares. Empezó con un plan piloto en el Centro de Referencia de Salud Cordillera Oriente en Peñalolén (CRSCO). Los pacientes incluidos en el plan piloto, que tienen diabetes tipo 1, fueron monitoreados a diversas horas del día durante seis meses, duró un año y consistió en establecer un vínculo permanente entre el paciente y el equipo tratante. El equipo de salud está conformado por médicos especialistas y enfermeras profesionales que se han convertido en un aliado del médico tratante para que éste tome decisiones informadas de forma más rápida y eficiente. (Clínico CI. 2013)

Según cifras de estudios internacionales, con el apoyo de una clínica virtual, las consultas de emergencias disminuyen en un 75% y las consultas al médico tratante un 85% respectivamente. (Clínico Cl. 2013)

El servicio funciona con un kit compuesto por un “telemonitor de salud” y un conjunto de sensores biométricos (que toman la presión, miden la glucosa en la sangre, etc.) que capturan información objetiva y subjetiva del paciente. Este kit se le entrega al paciente para que lo lleve a su domicilio o trabajo, los datos se transmiten al Centro de Telemonitoreo y de inmediato llegan donde los profesionales ubicados en las instalaciones, los cuales reciben y analizan esta información para mantener informado al paciente y al médico tratante y llaman al afectado de ser necesario para algún chequeo o recomendación. (Clínico Cl. 2013)

Adicional a lo anterior, Chile cuenta con el Hospital de la Universidad (513 camas, 300 médicos) se cuenta entre los más avanzados del país. El Hospital Sótero del Río (500 camas, 435 médicos) es uno de los principales hospitales públicos de Chile; cubre una población de 1.200.000 personas. Los departamentos de anatomía patológica de ambos hospitales informan 12.000 biopsias al año cada uno. (Kopec, & Salazar,2006).

Los 12 radiólogos de la universidad informan 10.000 exámenes al año, en todas las técnicas radiológicas. El Sótero del Río cuenta con 6 radiólogos, que realizan por su parte 8500 exámenes al año. Los hospitales públicos no siempre cuentan con radiólogos, de manera que las radiografías suelen ser interpretadas por el médico tratante.

Se ha limitado la primera etapa del proyecto a dos aplicaciones clínicas, radiología y anatomía patológica. En esta elección han pesado varios factores: a) Se trata de especialidades fundamentales y cuya disponibilidad en el país es insuficiente. b) Por tratarse de exámenes y no de pacientes, el especialista puede tener al frente todo aquello de que dispondría si estuviera presente. (Kopec, & Salazar,2006).

Chile es considerado como uno de los países pioneros en la implementación de la telemedicina, su proceso se ha dado así:

- **1993:** Hospital Clínico UC se conecta vía fibra óptica al Hospital Sótero del Río
- **1998:** La Clínica Las Condes establece conexión con la Isla Juan Fernández vía email y modem.
- **2003:** Comienza proyecto Argonauta que busca llevar la telemedicina en la Antártica
- **2004:** Ministerio de Salud implementa servicio de tele-electrocardiología a nivel nacional en el ámbito del protocolo de manejo de pacientes con dolor torácico en Hospitales 3 y 4.
- **2009:** entra en operaciones programa Galileo de Telemedicina Cardiovascular integrada para los servicios de salud de Talcahuano y Arauco.
- **2012:** Inicio piloto telemedicina ehealth Rehabilitic en Talcahuano, San Carlos y Linares.

- **2012:** Inicio piloto agendamiento de horas vía SMS.” (Villanueva,2014)

Telemedicina en México: Tiene el propósito de enlazar las unidades con el centro médico nacional de las unidades regionales de hospitales de todo el país para conectar médico-médico y médico-paciente. Los objetivos que persiguen son optimizar la atención médica especializada en unidades remotas, disminuir el alto índice de traslados, desde cualquier parte del país a la ciudad de México. Cuenta con un Programa Nacional de Telemedicina, tiene tres modalidades en su estructura, la Tele-medicina, que apoya al diagnóstico y tratamiento a distancia y busca el acceso a la atención médica; la Tele-educación, cuyo propósito es la capacitación permanente de los trabajadores de la salud y los usuarios para mejorar la calidad y eficiencia de la atención a la salud; y el Portal e-salud, que permite acceso a información para pacientes, el personal de salud y la población ayudando en la promoción, prevención e intercambio de información clínica y administrativa. (Velaquez,2014)

Telemedicina en China: El trabajo consiste en un Programa de Educación a distancia, que desarrolla la Telemedicina basado en un sistema de Interconsulta - Educación a distancia en medicina tradicional china para médicos de familia, - Apoyo a tratamientos basado en medicina tradicional china de urgencias y otras patologías frecuentes y apoyo a diagnósticos a través de síntomas y signos clínicos acordes con la medicina tradicional.

El país cuenta, además, con dos proyectos importantes en Hong Kong, el Centro de Telemedicina desarrollado por la Facultad de Medicina de la Universidad de Hong Kong, este centro realiza teleconferencias y telediagnóstico por especialistas en el área,

para mantener la información actualizada y brindar asesoría y asistencia remota. La red conecta al Hospital Príncipe de Gales, laboratorios, entidades sanitarias e instituciones académicas dentro de China y regiones insulares cercanas. The Hong Kong Telemedicine Association es una entidad que busca ampliar la comprensión de los profesionales en áreas de la salud, sobre las ventajas de la aplicación de las tecnologías de información en la medicina, mediante la apertura de foros sobre el tema que sirve de enlace entre los centros de investigación y los posibles interesados en la implementación de servicios telemédicos. (Tesis. DPD,2004)

Ahora bien, en América se han identificado dos proyectos: Campus Virtual de la Salud Pública ejecutado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y el Enlace Hispanoamericano de Salud EHAS ejecutado en España (GBT, ISF), Perú (PUCP, UPCH), Colombia (UniCauca) y Cuba (Infomed, CEDISAP). La OPS, en asociación con 14 instituciones académicas de las Américas y de España, lanzó el Campus Virtual de la Salud Pública, es un servicio público sin ánimo de lucro, cuya misión es apoyar y ampliar el conocimiento, las capacidades profesionales y técnicas de salud pública en las Américas mediante la capacitación a través de Internet y la provisión de información en forma constante. (Tesis. DPD)

En Colombia, se ha implementado el sistema MINGA "Sistema de almacenamiento y comunicación de información médica multimedial". Se trata de un concepto pionero en Chile y que será implementado inicialmente en el Instituto Nacional del Tórax en Osorno. Entre otras características, el sistema permitirá ingresar toda la información médica de un paciente en una base de datos. Así, en un sólo lugar se podrán

concentrar datos concernientes, por ejemplo, a radiografías y videos de endoscopias o ecocardiografías.

VTG - Red Privada de Telerradiología: “Esta es una experiencia privada de telerradiología. La empresa Visión Technology Group VTG, especializada en telerradiología prestaba servicios de lectura diagnóstica y venta de equipos. Instaló varias soluciones de telerradiología para redes públicas y privadas, así como su propia red de servicios. Los servicios fueron prestados al ISS Instituto de Seguro Social de Cundinamarca, y otros centros radiológicos en las ciudades de Duitama, Villavicencio, Tulúa y Sevilla representaron más de 360.000 radiografías digitalizadas, y en suma se ha logrado un total de 173.726 estudios.

En el sector privado, por otra parte, organizó soluciones para redes de empresas privadas tales como Radiólogos Clínicos (Bogotá-Manizales-Girardot), Mediagnóstica (Duitama-Sogamoso-Belencito) y Sabag Radiólogos en Barranquilla.” (Kopec, & Salazar, 2006).

En el sector público, implementó soluciones de conexión de cuatro hospitales regionales en las poblaciones de La Mesa, Fusagasugá, Zipaquirá y Gachetá con su hospital de referencia, el Hospital Universitario de la Samaritana y con el soporte de la Gobernación de Cundinamarca marcando la primera experiencia al nivel de institución estatal sobre el tema de la Telemedicina. (Kopec, & Salazar, 2006).

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá adquirió igualmente equipos para los Hospitales de San Blas y Guavio. Las 350.000 radiografías digitalizadas y transmitidas en

18 meses de operación ubican esta experiencia entre las más grandes del mundo. Ahora es preciso mencionar que debido a los altos costos de inversión, las bajas tarifas del servicio de radiología convencional y la acumulación de cartera debido al incumplimiento en los pagos por parte del ISS la empresa dejó de operar.(Aparicio,Lilia.2012)

Otro proyecto existente fue ITEC TELECOM – UNC, proyecto adelantado por la Universidad Nacional de Colombia UNC y el Instituto Tecnológico de Electrónica y Comunicaciones ITEC de TELECOM (Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Colombia).

El objetivo general del proyecto era diseñar, implementar e instalar una red piloto de telemedicina que permita suministrar servicios de salud oportunos y de alta calidad, así como apoyar el desarrollo del sistema de asistencia médica y educativa. El referido proyecto después de la liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Colombia Telecom y del ITEC en 2002, dejó de funcionar y la Universidad Nacional de Colombia continuó usando la infraestructura en nuevos proyectos.

La Universidad del Cauca, con sede en Popayán ha realizado múltiples proyectos de telemedicina, como son: = Red de Acceso Universal para Telemedicina y Teleeducación Red Telemática para Prestación de Servicios de Telesalud y Telemedicina. (Kopec, & Salazar,2006).

En torno a esta necesidad de una atención en salud en los sitios más alejados, cabe destacar que por medio de la Ley 1419 de 2010, se estableció lineamientos para el desarrollo de Telemedicina en Colombia, mediante esta Ley se observó una asignación

del 5% del presupuesto de Inversión del fondo de comunicaciones, entidad administrativa encargada del financiamiento de las inversiones como lo es para el desarrollo de la Telesalud en Colombia. Pero para fortalecer esta modalidad de prestación de servicios, se requiere de recursos económicos, ya que, por la eficiente inserción de la tecnología, esta prestación no impartiría una cobertura total.

Telemedicina como un componente del modelo de Atención en Salud en el país.

Para entender las aplicaciones que se le pueden dar a la asistencia en salud desde el ámbito de la telemedicina, es necesario comprender que es la atención médica.

La OMS dice que la Atención médica es “el conjunto de medios directos y específicos destinados a poner al alcance de las personas y sus familias, los recursos de diagnóstico temprano, de tratamiento oportuno y de rehabilitación, de prevención médica y de fomento de la salud”.

Lo anterior supone diversos componentes de atención que van desde la educación a la población en atención básica primaria, como en el diagnóstico y tratamientos oportunos, hasta la realización de intervenciones quirúrgicas, atenciones de emergencias y exámenes diagnósticos, los cuales, adaptadas a las tecnologías, generar diversas formas del quehacer de la telemedicina, y su forma de clasificarlas.

En un estudio adelantado por el Organismo Andino de Salud, Convenio Hipólito Unanue, en relación con las posibilidades del uso de nuevas tecnologías de la información al servicio de salud de los países andinos, se determinó que la aplicación de la

telemedicina depende de las diversas especialidades médicas, para ellos las clasificó según: *tiempo de atención, las especialidades médicas y en el tipo de aplicación médica.*

En ese orden señaló que: “la clasificación en el tiempo hace referencia al momento en que se realiza la intervención médica a distancia y la comunicación entre el proveedor del servicio y el cliente: tiempo diferido y tiempo real. En la clasificación por tipo de servicio tenemos: Teleconsulta, Telediagnóstico, Teleeducación, Telefarmacia entre otras. En cuanto a la clasificación por especialidades tenemos: Tele radiología, Tele patología, Tele cardiología, TeleORL, Tele endoscopia, Tele dermatología, Tele oftalmología y Tele cirugía”. (Kopec, & Salazar,2006).

Existen otros usos como el Telecuidado Teleatención, medida aplicable a pacientes en casa asistidos por enfermeras remotas gracias al uso de equipos de videoconferencia o parlantes conectados vía telefónica al activar el paciente una alarma inalámbrica de pánico y que lleva siempre consigo; la Telemetría Telemedida, la cual permite el monitoreo de signos vitales: ECG, EEG, EMG, Presión Arterial, Temperatura, Pulso, Oximetría, Espirometría y exámenes de laboratorio mediante punción digital para medición de enfermedades metabólicas que requieren controles frecuentes.

Teleadministración, consistente en la aplicación de los sistemas de gestión de salud para realizar a distancia la administración de procesos tales como control de citas, remisiones, referencias, facturación, control de cartera, inventarios, planeación estratégica y orientación al usuario orientados a dar servicios de mejor calidad; Teleterapia que se extiende a servicios de Telepsiquiatría, Telefisioterapia. Teleoncología, Teleprescripción.

De acuerdo a lo expuesto, es indudable el beneficio que ofrece la telemedicina al servicio de las personas y a los médicos especialistas, quienes técnicamente se consideran son los beneficiarios de los servicios telemédicos y que contribuyen al cumplimiento de principios que rigen la misma administración pública en términos de cobertura, universalización, eficiencia y eficacia.

La Telemedicina – el acto médico

Según los tratadistas, el acto médico, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, quien acude motivada por una alteración en su salud, a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. Es en esencia concreta la relación médico-paciente. (Ley 23 de 1981, artículo 4)

En nuestra legislación esta relación médico- paciente se cumple en los siguientes casos: Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico, en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas, por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están al cargo de una entidad privada o pública", título II, capítulo I, artículo 5. Ley 23 de 1981.

Ahora bien, como la telemedicina (con todo su componente de tecnología de la información y las telecomunicaciones) es una práctica resultante de la tendencia de la medicina moderna, para proporcionar, soportar, expandir y mejorar la asistencia médica independientemente de la distancia que separa a los que ofrecen el servicio, se convierte en acto médico realizado sin contacto físico directo entre el profesional de la salud y el

paciente o aquella relación realizada entre profesionales de la salud entre sí. (Orden Hospitalaria de San Juan de Dios)

De este modo, no se puede negar que, con el uso de la Telemedicina, se agilizan los diagnósticos y se inclina por elevar la calidad de los mismos. Pero esto sólo debe constituir una herramienta de apoyo que ayude a agilizar y a aumentar la calidad del servicio de salud integral que ya se brinda, pero en ningún momento debe sustituir la experiencia subjetiva que el médico de base obtiene en la relación “cara a cara” con su paciente, como tampoco deshumanizar el servicio de salud, invadiendo al paciente con equipos y exámenes y sobre todo con la ilusión de que sus problemas están resueltos porque la tecnología utilizada siempre será de punta.

El incesante e imparable avance de las tecnologías no pueden conllevar a perder la tan buscada y compleja interacción médico-paciente por ello en el uso de esta herramienta se deben buscar muchas estrategias para reducir las barreras de la comunicación y favorecer la satisfacción del paciente.

Se evidencia que el común denominador de este sistema es el intercambio de la información, el cual indudable tiene enormes ventajas, pero ninguna de las definiciones pone límites a este intercambio de información. De este aspecto es de donde se deriva la principal amenaza de la herramienta, el hecho que las tecnologías permitan este intercambio de información a gran escala y con diferentes formatos, puede comprometer la seguridad de la información, la confidencialidad.

Marco normativo existente en materia de Telemedicina

En Colombia, la telemedicina tuvo su primer regulación a con la expedición de la Resolución 1448 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, Modificaciones por la Resolución 6408 de 2016 dispone que la telemedicina consiste en “la provisión de servicios de salud a distancia, en los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, por profesionales de la salud que utilizan tecnologías de la información y la comunicación, que les permiten intercambiar datos con el propósito de facilitar el acceso de la población a servicios que presentan limitaciones de oferta de acceso a los servicios o de ambos en su área geográfica”. La aludida disposición estableció las condiciones de habilitación en la modalidad de telemedicina para las instituciones que prestan servicios de salud (IPS).

Mediante la Ley 1341 de 2009 se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro, en el artículo 40 dispone que “el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, apoyará el desarrollo de la Telesalud en Colombia, con recursos del Fondo de las TIC y llevando la conectividad a los sitios estratégicos para la prestación de servicios por esta modalidad, a los territorios apartados de Colombia.”

En el año 2007, Ley 1122 estableció en el parágrafo 2 del artículo 26 que “La Nación y las entidades territoriales promoverán los servicios de Telemedicina para contribuir a la prevención de enfermedades crónicas, capacitación y a la disminución de costos y mejoramiento de la calidad y oportunidad de prestación de servicios como es el

caso de las imágenes diagnósticas. Por su desarrollo en otras latitudes, todo indica que los programas de telemedicina tendrán un protagonismo creciente en el futuro, con nuevas formas de organización de los servicios de salud, usando las potencialidades de la red y las comunicaciones móviles. Especial interés tendrán los departamentos de Amazonas, Casanare, Caquetá, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés”

Así mismo en el párrafo 4° del artículo 27, de norma ibídem se establece que “Para los departamentos nuevos creados por la Constitución de 1991 en su artículo 309, que presenten condiciones especiales, y el departamento del Caquetá, el Ministerio de la Protección Social reglamentará en los 6 meses siguientes a la expedición de esta ley, la creación y funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, con los servicios especializados de mediana y alta complejidad requeridos, priorizando los servicios de Telemedicina. La contratación de servicios de Salud para las Empresas Sociales del Estado de estos Departamentos se realizará preferiblemente con las EPS públicas administradoras del régimen subsidiado, las cuales se fortalecerán institucionalmente”

Mediante el Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de regulación en salud: Se incluyó la prestación de los servicios bajo la modalidad de telemedicina dentro del plan obligatorio de salud.

Fundamentado el Gobierno Nacional en el hecho de que para prestar atención integral en salud en situaciones de urgencia, emergencia o desastre, se requiere fortalecer la red nacional de urgencias, garantizando una adecuada dotación de equipos médicos para servicios como los de urgencias, reanimación o cuidado intermedio e intensivo y el fortalecimiento de la red de comunicaciones, la red de transporte y de servicios de apoyo

como los de telemedicina, se expide el Acuerdo No. 357 de 2007 “Por el cual se aprueban los criterios de distribución de los recursos de la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT - asignados para el fortalecimiento de la Red Nacional de Urgencias en la vigencia 2007”

En el Plan Nacional de Salud Pública expedido mediante el Decreto 3039 de 2007, se disponen estrategias para la recuperación y superación de daños en la salud y se incluye a cargo del Gobierno Nacional el fomento y desarrollo del servicio de telemedicina.

El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 sancionado mediante la Ley 1151 de 2007 determinó que con el objeto de garantizar lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, “las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del régimen subsidiado y contributivo, dedicarán el 0,3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados; los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios”⁹.

Con el objeto desarrollar la TELESALUD en Colombia, como apoyo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, calidad y los principios básicos se expidió la Ley 1419 de 2010.

En el año 2011 se expide la Ley 1438 “por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones” en donde en su artículo 64, numeral 64.10 nos hace referencia respecto de “la coordinación de esquemas de comunicación electrónica, servicios de telemedicina, asistencia y atención domiciliaria y las demás modalidades que convengan a las condiciones del país y a las buenas prácticas en la materia.”.

Mediante la resolución 5521 de 2013 por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS) en su artículo 13 establece que “con el fin de facilitar el acceso oportuno a los beneficios definidos en el presente acto administrativo y de conformidad con las normas de calidad vigentes en el país, el POS incluye la modalidad de telemedicina cuando esta se encuentre disponible, permita la finalidad de la prestación del servicio o garantice mayor oportunidad, en caso de que la atención presencial esté limitada por barreras de acceso geográfico o baja disponibilidad de oferta, es decir que siempre y cuando la telemedicina se encuentre disponibles se incluirá en el POS.

Políticas Públicas en materia de TICS

El escenario de las TIC en Colombia se ha generado y se ha ido estructurando a partir de las siguientes normas de carácter transversal: Inicialmente la Constitución Política de Colombia, artículo 365 los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.

El artículo 366; indica que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su

actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios con la expedición de la Ley 72 de 1989.

En 1990 se expide el Decreto Ley 1900 “Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”.

Ley 37 de 1993. “Por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones”.

Ley 182 de 1995 “por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”

Decreto 2542 de 1997. “Por medio del cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada de Larga Distancia (TPBCLD) y se dictan otras disposiciones”.

Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y su decreto reglamentario 1747 de 2000 sobre entidades de certificación y firma digital.

El Decreto 899 de 1999 “Por medio del cual se fijan las políticas para el fomento de los Programas de Telefonía Social y se reglamentan las funciones del Fondo de Comunicaciones en la materia”.

La Ley 790 de 2002, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

Resolución 469 de 2002 de la Comisión de Regulación de Televisión - RUDI- Régimen Unificado de Interconexión.

El Decreto 3816 de 2003 por el cual se crea la “Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la administración pública”.

Ley 962 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

El Acuerdo PSAA06-3334 de 2006 recoge disposiciones de Gobierno en línea para la Rama Judicial.

El Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010 “Estado Comunitario: Desarrollo para Todos” adoptado mediante Ley 1151 de 2007, definió como prioridad el desarrollo de las transacciones electrónicas en aras de brindar mayor eficiencia y transparencia en los mercados.

Luego se implementó El Plan Nacional de TIC (PNTIC) tiene como objetivo principal que para el año 2019, año del Bicentenario de la Independencia Nacional, todos los colombianos, en especial los sectores menos favorecidos, tendrán acceso y harán un uso eficiente y productivo de todas las herramientas de las TIC.

Decreto 2870 de 2007 “Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones”

Ley 555 de 2000 “Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones”.

Decreto 2870 de 2007, “Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones”

La Ley 1151 de 2007 por medio del cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en el cual se determina que “el Gobierno Nacional promoverá la formulación de una política de Gobierno electrónico que comprenda entre otros aspectos, la modernización de los esquemas de rendición de cuentas de las entidades del orden nacional”.

Decreto 1151 de 2008 “Por el cual se establecen los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea de la República de Colombia, se reglamenta parcialmente la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1266 de 2008 “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”

Ley 1273 de 2009 “Por medio del cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado – denominado “De la Protección de la información y de los datos”.

Circular No. 058 de 2009 de la Procuraduría General de la Nación conmina a los servidores públicos al cumplimiento de la Estrategia de Gobierno en línea so pena de sanciones disciplinarias y la Circular No. 003 de 2010 de la Contraloría General de la República imparte instrucciones para verificar y evaluar el cumplimiento de Gobierno en línea en las auditorías que se realizan a las entidades públicas.

Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”

Ley Estatutaria 1581 de 2012 mediante la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales y el Decreto 1377 del 27 de junio de 2013 que tuvo

como propósito facilitar la implementación y el cumplimiento de la ley 1581 reglamentando aspectos relacionados con la autorización del titular de la información para el tratamiento de sus datos personales, las políticas de tratamiento de los responsables y encargados.

Proyecto Nacional de Fibra Óptica Plan Vive Digital 2012 – 2014 tiene como propósito brindar conectividad a 2.000 instituciones públicas ubicadas en 753 municipios, con este proyecto se programa conectar 789 prestadores de servicios de salud públicos.

Plan Nacional de TIC 2008 – 2019 tiene como alcances en uno de los ejes verticales la salud, en cuyo evento busca la implementación de medidas que permitan impulsar la calidad de la gestión, la promoción, la prevención y la prestación eficiente de los servicios de salud a la población.

CONPES 3072, que aprobó la Agenda de Conectividad como Programa de Gobierno el cual busca que las Tecnologías de la Información, incluye programas considerados como prioritarios, en la Agenda e incluye la telemedicina como uno de los principales.

CONPES 3799 -2014 estrategia para el desarrollo integral del Departamento del Cauca, dispone de “manera complementaria a lo anterior, el MSPS llevará a cabo acciones concretas orientadas a: i) la asistencia técnica para la formulación de proyectos y organización de la red de prestadores de servicios de salud; ii) la asistencia técnica para la formulación y desarrollo de un programa de prestación de servicios bajo la modalidad de Telemedicina que involucra a municipios de las subregiones Pacífica, Norte, Sur y

Oriente; iii) el fortalecimiento de un Hospital de mediana complejidad para el departamento, y el análisis y definición de medidas complementarias respecto a los Hospitales de Guapi, Francisco de Paula Santander, y el Hospital Universitario San José; iv) el estudio y diseño de una propuesta de Centro Regulador de Urgencias y Emergencias – CRUE para la subregión Norte (Santander de Quilichao); y v) la provisión de ambulancias para la subregión Norte y ambulancias fluviales para la subregión Pacífico como tarea central de la modernización de las instituciones prestadoras de servicios de salud pública en sus puntos de atención”

CONPES 3670 de 2010, Lineamientos de política, programas de acceso y servicio universal a las TIC. Se menciona como propósito el mejorar el acceso de instituciones y usuarios a recursos y servicios en línea (900 instituciones conectadas vía Compartel, 140 prestan, nominalmente, servicios de Telemedicina)

CONPES 3457 del 29 de enero de 2007, determinó los lineamientos de política para replantear el Programa Compartel de Telecomunicaciones Sociales. “Incorporó el desarrollo de programas de salud, educación y cultura que utilicen TICs, dentro de los lineamientos de política de telecomunicaciones sociales. Lo anterior con el propósito de adoptar Internet como una herramienta de trabajo en las instituciones educativas, centros de salud, alcaldías, guarniciones militares, bibliotecas y centros de gestión agroempresarial.”

CONPES 3527 del 23 de junio de 2008, fue el resultado del Consejo de Ciencia y Tecnología quien aprobó la Política Nacional de Fomento a la Investigación y la Innovación, dispone lograr los altos niveles de calidad y cubrimiento de los servicios de

salud, a partir de la instalación de infraestructura tecnológica y la apropiación y uso eficaz de las TIC en el sector.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Expuesto el marco normativo citado previamente en lo que refiere al servicio de la telemedicina, se considera insuficiente considerando los casos de responsabilidad médica en el país es por ello que en este capítulo se harán descripción en relación con la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

El artículo 90 Constitucional, prevé que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Constitución Política de Colombia,1991)

De acuerdo con lo anterior pues, deberá existir un daño antijurídico a causa de la acción u omisión de la entidad o administración para que le sea imputable su actuar y una relación de causalidad, siendo menester tener en cuenta los factores que se ven implicados como los elementos del daño, lo referente a la teoría de la responsabilidad, que más adelante se tratará.

La responsabilidad es conocida como fuente de obligaciones, involucra a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Se indica que la responsabilidad “es la que nace por la transgresión a las reglas jurídicas que constituyen el derecho, las cuales se ocupan de regular las conductas de las personas en relación con las otras personas, y en tanto que las acciones de una, injieran en la órbita de acción de la otra

y la interfieran, en donde el Estado interviene para dirimir el conflicto en procura del restablecimiento del orden social y la restitución del daño” (Serrano,2000)

El término responsabilidad admite un “conflicto entre dos derechos o intereses, en el cual uno de ellos prevalece sobre otro que se ve obligado a indemnizar o reconocer. Es un conflicto entre dos patrimonios. Se es responsable, han sostenido los defensores de la teoría objetiva de la responsabilidad, porque se vive en sociedad, porque se vive en grupo y cuando se dañe un bien u otra persona, se deben asumir las consecuencias patrimoniales. Quien rompe la armonía social, el equilibrio de intereses, debe atenerse a las consecuencias, así no exista intención, negligencia o imprevisión en la comisión del daño”. (Martínez, 1996) En razón a ello se consolidará este tipo de responsabilidad, teniendo en cuenta cada uno de sus elementos.

Elementos de la Responsabilidad

En materia de responsabilidad se ha dicho que se constituyen como elementos: el daño, la culpa y el nexo causal. (Mazeaud,1997)

El daño corresponde al trastorno, menoscabo, lesionamiento de un patrimonio, en su aspecto económico, pecuniario o material, y en lo que concierne a lo emocional o fisiológico, es un elemento indispensable para configurar la responsabilidad jurídica civil. Si no hay daño, no hay responsabilidad civil, porque es un elemento indispensable, esencial y determinante. El artículo 1494 del Código Civil dispone que el daño corresponde al “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”. En efecto se debe entender el daño como la lesión a una situación favorable más jurídicamente de bienes jurídicos tutelados, en este sentido existirá ese daño personal a la víctima o a las personas

allegadas a ella legitimadas para la reparación por medio de una indemnización, por lo que aquella persona quien solicita la reparación es quien padeció el perjuicio.

En caso que existan un hecho, una culpa y un nexo causal, pero no hay daño, no se puede declarar la existencia de responsabilidad jurídica civil, de tal forma que puede haber delitos que originan responsabilidad penal, pero en ningún caso se llegan a quebrantar los patrimonios concretos, individuales, específicos o colectivos, esto hace que no nazca dicha responsabilidad. Por lo tanto, dicho daño debe reunir a su vez los requisitos de ser cierto y que no se haya pagado.

Jurisprudencialmente se ha observado que el daño antijurídico es indefinido, ello como claramente lo expresa la sentencia C-333 de 1996, ha dicho al respecto que “la noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”, por ello deberá existir una indemnización.

La culpa por su parte, corresponde valor subjetivo que pretende establecer una relación entre el hecho y la voluntad del presunto responsable.

Las tesis de sustentar la responsabilidad jurídica civil en la existencia y prueba o la de desconocer radicalmente la necesidad de este factor subjetivo y fundamentar la responsabilidad en la simple existencia del daño, han ido encontrando tesis en las que se pretende adecuarse a concepciones más justas ya sea ampliando el concepto de culpa para que abarque situaciones que antes no se incluían en ese concepto. Cuando el demandado

es una entidad estatal, el elemento culpa es reemplazado por el título de imputación denominado “falla del servicio” (Colombia. Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. C P: de Greiff Restrepo, G., Bogotá), esta falla en el servicio se ha determinado la existencia de varias categorías como son: la falla probada, donde el al demandante le corresponde la carga de probar vehementemente la ocurrencia de la falla además de demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del entorno exacto en que ocurrieron los hechos que desembocaron que se diera la falla o falta en el servicio. (Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Suárez Hernández, D., Bogotá)

La Falla Anónima, es aquella según la cual no se requiere establecer en el proceso quién fue el autor material del daño causado; pero esto no significa que no deba establecerse los hechos a partir de los cuales se pretende imputarle al mismo ese daño. Por lo tanto, no era necesario que en este proceso se identificara a la persona que dio muerte al menor, pero para poder imputar ese hecho a la Nación, por haber sido causado por un agente a su servicio sí era necesario acreditar esa circunstancia. Como lo señala la parte demandante en la sustentación del recurso, para el momento de los hechos se estaba viviendo en el país una grave situación de violación de los derechos humanos, generada en la violencia de muchos grupos al margen de la ley, circunstancias que hacían aún más difícil identificar a los autores de múltiples crímenes que han quedado en la impunidad, como en el caso concreto. (Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, C.P. Correa Palacio, R.S., Bogotá)

Existe también la llamada Falla Presunta donde quien tendrá que probar la no ocurrencia del hecho será la entidad que produjo en daño, es decir, tendrá que probar que su actuar se enmarco dentro del ámbito de la prudencia, diligencia y la pericia y que el daño ocurrió por causas ajenas a su actuar, es decir, que se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero (quiebra del nexo causal). (Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Saavedra Becerra, R., Bogotá)

Se ha reconocido la Falla Relativa donde “nadie estará obligado a lo imposible” esto es que el alcance esta dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.(Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006,C.P Hernández Enríquez, A. E., Bogotá)

Y finalmente el nexo causal, que corresponde en este caso, este elemento resulta esencial en atención a que, como se ha afirmado con buen juicio, “en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios... (Bueres, p312-313), el referido nexo puede romperse total o parcialmente por

situaciones diversas. La fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva o compartida de la víctima, el hecho o culpa de un tercero, pueden también contribuir al resultado dañoso. Hoy se plantea la posibilidad de presumir el nexo de causalidad como suele ocurrir en las presunciones de responsabilidad.

En vista de ello, es menester aclarar las clases de daño:

En este mismo sentido esta clasificación se encuentra definida en el artículo 1614 del Código Civil Colombiano, los define así “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente o retardado su cumplimiento”. Entendiendo el daño emergente, como aquel valor o precio que vale el bien y se entiende por lucro cesante, el patrimonio económico que dejó de percibir o la disminución por el daño o perjuicio causado; por lo tanto, se da a la víctima a favor una indemnización para restablecer en cierta medida dicho daño o perjuicio y que se tendrá como considerable en las lesiones que fueron padecidas por el lesionado en ocasión a una responsabilidad.

En lo concerniente al daño moral la sentencia del 28 de agosto de 2014 del Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sala Plena, magistrado ponente Enrique Gil Botero, dice al respecto, “En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano;... siempre que los supuestos de cada caso lo permitan—de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren

acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente”. Entonces el daño moral es cuando hay presencia de detrimento los intereses humanos de carácter extra patrimonial.

Indiscutiblemente se tendrá que tener en cuenta estos daños con ocasión a un perjuicio ocasionado, debido a que, si no hay prueba alguna de la legitimidad de ellos, no se podrá ser indemnizado en debida forma, que de alguna manera por parte de la jurisprudencia ha quedado demostrado que el derecho busca el resarcimiento del sufrimiento de la víctima.

Teorías de la Responsabilidad

En materia de responsabilidad se conoce la llamada responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva, como las dos teorías centrales que se han debatido en el contexto de la responsabilidad, es así como a continuación se hará una breve exposición al respecto.

La Responsabilidad subjetiva

La responsabilidad subjetiva se ha identificado como aquella que se basa en el postulado de la culpa como elemento imprescindible de la misma, en relación con esta teoría los hermanos Mazeaud exponen al respecto “la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad sin culpa”. (Mazeaud,1959-1965)

En el marco de la teoría de la responsabilidad subjetiva y que involucra directamente la culpa se debe diferenciar entre la Culpa probada y la Culpa presunta. En

el caso la primera, está reglamentada en los artículos 2341 a 2345 del Código Civil, aquí quien acciona debe probar la culpa de su demandado, de aquel a quien ha señalado como autor del perjuicio que reclama.

Por lo que sin la presencia del elemento de culpa no se estaría hablando de la presencia de esta imputación, que para este autor no concuerda que se elimine este elemento puesto que va en juego aspectos internos de la persona y que fueron desatados en la conducta de aquel que cometió el daño.

En la segunda, la culpa presunta lo que supone la teoría es que se hace énfasis a una responsabilidad subjetiva que implica al causante del daño, se presume directamente la culpa del demandado, evento en el cual quien demanda no aporta prueba sumaria; en este evento es suficiente demostrar el perjuicio y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño sufrido por él, que es la víctima.

La Responsabilidad Objetiva

En el sistema actual, hay ciertas instituciones de la responsabilidad civil que siguen sus postulados en la tesis de la culpa, aunque ello, no impide que se resalte la responsabilidad objetiva convirtiendo así algunos tipos de responsabilidad subjetiva en objetiva.

Tamayo Jaramillo, frente al concepto de la responsabilidad objetiva expone: “De todas maneras, es necesario distinguir entre la responsabilidad puramente objetiva, y la responsabilidad por riesgo. Esta última prescinde de cualquier elemento subjetivo que pueda estar en cabeza de quien causó el daño. Circunstancias psicológicas, económicas o

externas de cualquier índole, no tienen influencia para efectos de la responsabilidad civil. Probado el vínculo causal entre agente y daño, se produce la responsabilidad; simplemente, se procura equilibrar los patrimonios de víctima y agente responsable. En cambio, la teoría del riesgo trata de prescindir de la idea de culpa, pero acude al correctivo del riesgo creado o del riesgo-provecho, lo que en cierta forma es una negación de la responsabilidad objetiva. La teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva solo tienen en común el hecho de prescindir de la idea de culpa como fundamento filosófico de la responsabilidad” (Tamayo,1989)

Hay otros tratadistas que definen la responsabilidad objetiva como aquella en “la cual acreditado el hecho y el daño surge la obligación de indemnizar y no se admite prueba en contrario que permita eludir la obligación. La responsabilidad que consagra el artículo 88 inciso 3° de la Constitución Política para los daños ocasionados a derechos o intereses colectivos, como los ocasionados al medio ambiente, a los recursos naturales, etcétera, parece corresponder a esa clasificación y pretende que no se admita prueba que permita eludir la obligación indemnizatoria. Algunos la denominan responsabilidad sin culpa.” (Martinez,2003)

La responsabilidad objetiva se materializa en aquellos eventos en los cuales los daños ocasionados bien sean físicos, corporales o materiales deben ser indemnizados y resarcidos sin la necesidad de que haya una culpa probada por parte del demandado sino la simple realización de la conducta basada en la responsabilidad objetiva donde solo se requiere la causación del daño.

En materia Civil en el artículo 2354 del Código Civil donde se establece que el tenedor de un animal fiero, no útil para la guarda o servicio del predio, responde del daño por él causado. Y "no será oído" este tenedor, si pretende exculparse. En el campo de la legislación laboral, el accidente de trabajo se fundamenta en una responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado. (Código Sustantivo del Trabajo, Art. 199, sustituido por el Art. 9° del Decreto 1295 de 1994).

Para el autor Jean Carbonierr, la responsabilidad fundada en el riesgo es una responsabilidad objetiva, causal; tiene su asiento en la relación de causalidad objetiva que se remonta del perjuicio a aquel que lo ha causado (con o sin intención).

Responsabilidad Contractual

La Responsabilidad corresponde a la sujeción de un sujeto que quebranta un deber impuesto en interés de otro sujeto al compromiso de reparar el daño producido, supone la trasgresión de un deber de conducta impuesto dentro de un contrato. Se basa en la preexistencia de una relación obligatoria cuya contravención o incumplimiento obliga a indemnizar daños y perjuicios ocasionados. La culpa contractual se presume pues basta el incumplimiento del contrato para que se produzca la obligación de indemnizar.

Según el pensamiento de Alessandri Rodríguez, "la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato

celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause”. (Alessandri,1981)

Para el caso, los hermanos Mazeaud estiman que la responsabilidad contractual “es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio.” (Mazeaud,1959-1965)

En fallo de la Corte Suprema de Justicia de mayo 31 de 1938, se expone que "La responsabilidad civil solo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa". ("G. J.", t. XLVI, pág. 573). Y no solo en este fallo se encuentra estipulado diversas consideraciones de la Corte, existen otros, como, por ejemplo: caso civ. nov. 5 1935, "G. J.", t. XLIII, pág. 403; caso civ. nov. 30 1935, "G. J.", t. XLIII, pág. 178; caso civ., nov. 3 1935, Jurisprudencia y doctrina, vol. 4, pág. 906.

Lo anterior para denotar que en tratándose de responsabilidad contractual, el supuesto o base nace en la culpa, que en términos de los tratadistas PLANIOL y RIPERT (2002)“cuando la inejecución del contrato se debe a culpa de un dependiente del deudor, este responde aunque no haya cometido culpa alguna, pues ni siquiera se le permite demostrar que una causa extraña le impidió evitar el comportamiento culposo de su dependiente. En nuestra opinión, cuando el art. 1738 del C. C. sostiene que en el hecho o culpa del deudor se entiende el hecho o culpa del dependiente, está justamente

confirmando que la culpa del dependiente es suficiente para que haya responsabilidad del deudor, sin necesidad de buscar una culpa de este último.”

Responsabilidad Extracontractual

La fuente de las Obligaciones más importante después del acto jurídico o negocio jurídico, es la responsabilidad civil, siendo esta, la que brinda mayor interés dentro de la teoría general de las obligaciones, debido a que el causante de los perjuicios a otro, es obligado a resarcir y reparar el daño, siendo civilmente responsable.

En tratándose de la responsabilidad extracontractual “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que se hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”(Irisarri,2000), es necesario exponer que la responsabilidad admite un “conflicto entre dos derechos o intereses, en el cual uno de ellos prevalece sobre otro que se ve obligado a indemnizar o reconocer. Es un conflicto entre dos patrimonios. Se es responsable, han sostenido los defensores de la teoría objetiva de la responsabilidad, porque se vive en sociedad, porque se vive en grupo y cuando se dañe un bien u otra persona, se deben asumir las consecuencias patrimoniales. Quien rompe la armonía social, el equilibrio de intereses, debe atenerse a las consecuencias, así no exista intención, negligencia o imprevisión en la comisión del daño”. (Martínez,1996)

Un ejemplo a considerar en este tipo de responsabilidad es el del patrono, el padre de familia, el dueño de un edificio que se derrumbe, si el dueño de la parte alta de un edificio, el dueño de las cosas utilizadas en actividades peligrosas, no necesariamente debe haber tenido la intención de ocasionar un daño (dolo o intención dañosa), o haber

cometido un error de conducta (culpa civil) para ser responsabilizado civilmente. Puede serlo simplemente por el hecho de ser el patrono o padre o por ser el propietario de la cosa utilizada en actividades peligrosas, ya que, dentro de nuestra organización jurídica y social, La responsabilidad civil se va desplazando a otras personas que, o tienen obligaciones de vigilancia y cuidado, o están obteniendo beneficios o satisfacciones con la propiedad o uso de las cosas” (Martínez,1996)

La responsabilidad extracontractual se funda en el principio según el cual “quien ocasiona un daño debe indemnizarlo”. En este tipo de responsabilidad y considerando lo expuesto con antelación la responsabilidad objetiva domina o más bien predomina en la responsabilidad extracontractual. Cuando se da por probado el hecho, el nexo de causalidad y el daño, se presume que el responsable es quien lo causó.

A su vez la presunción debe admitir prueba en contrario, en donde se debe considerar que el hecho, el daño o el nexo causal no existieron y que por lo tanto el daño no le es imputable, como cuando se dan las causales de fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. Estas causales realmente no se refieren, como excluyentes de la responsabilidad, al factor subjetivo o culpa del causante, sino que rompen el nexo de causalidad y por ello eximen de la responsabilidad extracontractual.

Hay autores como Josserand, quienes consideran que la responsabilidad extracontractual es más considerada como una responsabilidad delictual, donde “un individuo causa daño a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual

preexistente... si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida”. (Josserand,1951)

No obstante, la consideración del a responsabilidad objetiva, en Colombia, nadie está forzado a asumir las consecuencias patrimoniales de los hechos que causaron un daño cuando éstos provienen de fuerzas de la naturaleza o de hechos no imputables directa o indirectamente a otra persona.

La responsabilidad estatal por el hecho del legislador

Debido a la constitucionalización que se presentó con la Constitución de 1991, trajo consigo cambios jurisprudenciales en la rama del Derecho Administrativo y Constitucional, además en lo concerniente al poder público, hablando desde la perspectiva de que la soberanía no solo radicara directamente de la Ley sino también deviene del órgano constitucional que tutela los derechos vulnerados de las personas, por lo que se hace importante que el ejercicio del pueblo (soberano) se haga efectivo aplicando la constitución, por medio de los diferentes mecanismos de participación ciudadana y no dejando esta voluntad en pro de la Ley a voluntad de quienes nos representan, pues si se partiera de ello no se estaría ejerciendo la democracia siendo esta atribuida al pueblo y para el pueblo.

Viendo reflejada la voluntad de la soberanía en el órgano constitucional quien hace legitimar la democracia, por lo que esta concepción de que la soberanía radica en la Nación, se encuentra fuera de base pues, partiendo de los designios de la constitución esta radica en el pueblo; por ende, sin ninguna perspectiva para pensar que esta representación

de soberanía ni más ni menos se encuentre en el Congreso de la República, por lo cual las funciones realizadas por dicho órgano y demás que devengan del poder soberano, pueden ser susceptibles de derogación o modificación, haciéndose evidente la función ejercida por la Corte Constitucional siguiendo el propósito de la Constitución con la aplicación de la inconstitucionalidad de los presupuestos normativos, por la Ley. Una característica del Estado Social de Derecho es la primacía del principio de legalidad, ya que esté vela para que el ejercicio del poder se haga conforme a la ley, pues debe ir en pro a la protección del derecho de las personas, cumpliendo los principios, derechos constitucionales u ordenamiento jurídico.

En tanto, cuando se genere un daño por parte del legislador este deberá ser reparado, todo esto en torno al Estado Social de Derecho que ha permitido la protección al ciudadano según los fines esenciales del mismo, como la protección que ejerce las autoridades de Colombia frente a las personas residentes junto con el deber de aplicación de los principios constitucionales; dotados de fuerza normativa, pues son normas ineludibles de aplicación inmediata y por haber tenido un tratamiento especial en el sentido de que fueron positivizados viéndose tal vez con el mismo valor normativo general, impidiendo su eficacia con una visión normativa más. (Leiva,2010) pues el “Congreso de la Republica por integrar la estructura del estado también puede ser declarado responsable cuando, en ejercicio de sus funciones legislativas, causa un daño antijurídico a los particulares.”.(Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Sentencia del 20 de octubre de 2014.C.P. Santofimio Gamboa, J.O., Bogotá).

Por lo que el fundamento constitucional en cuanto a la responsabilidad estatal se encuentra sujeto en el artículo 2 de la Constitución Nacional, ...“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” siguiendo el la estructura de la responsabilidad del estado, su fundamento se complementa con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Nacional que dispone el desarrollo del precepto de responsabilidad estatal.

A causa de ello, por la omisión producida por el legislador en el contexto de la regulación normativa en Telemedicina, ya que es existente pero vacía, se ha observado su ineficiencia normativa, ya que esta no cumple con los mínimos exigidos y los métodos necesarios para su desarrollo y una completa regulación, repercutiendo en los ciudadanos que necesitan de este servicio. La responsabilidad del estado por el hecho de estar consagrada en la norma superior, se justifica la necesidad de la reparación del daño ocasionado por las actuaciones del Estado.

En concordancia con lo anteriormente planteado la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se configura cuando con una actuación u omisión del órgano legislativo se crea un daño antijurídico a los asociados, es decir, se impone una carga superior a la que el sujeto debe soportar. En el caso particular de las normas jurídicas, no importa si esta es inconstitucional o acorde con la Carta Política, o si no existe norma (omisión legislativa absoluta), o si existe, pero esta se encuentra incompleta (omisión

legislativa relativa), lo único relevante es que la actuación u omisión del legislador cree un daño antijurídico a los asociados. (Leiva,2010)

Lo anterior permite afirmar que el daño antijurídico nacido de las actuaciones u omisiones del legislador se presenta cuando la norma jurídica sea constitucional, o sea declarada inexecutable por el Tribunal Constitucional, o se presente una omisión en el desarrollo de una función atribuida por la Constitución o mandato de autoridad con competencia para hacerlo (por ejemplo, de la Corte Constitucional). En todo caso, para que se dé el título de imputación en referencia, se requiere que dicho daño sea antijurídico. (Leiva,2010)

En aquellos casos donde el órgano legislativo ejerce control político, solo responderá patrimonialmente en la medida en que dicha actuación sea permisiva ante una eventual acción u omisión dañosa contra los asociados. En este caso, el órgano legislativo responde solidariamente junto con la autoridad con la cual fue permisiva en el ejercicio del control político. (Leiva, 2010)

El daño antijurídico ocasionado de la omisión de acuerdo con los planteamientos de la Corte Constitucional como "no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se está constitucionalmente obligado" por parte del legislador respecto de la Telemedicina se configura una comisión legislativa relativa tiene lugar cuando el legislador "al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, y puede ocurrir de varias maneras".(Colombia, Corte Constitucional (2013,Junio) "Sentencia C351-13",M.P Pretelt Chaljub, J. I.,Bogotá.)

Toda vez que si bien es cierto existe una Ley que regula la práctica de la telemedicina en Colombia existe una omisión relativa por parte del legislador debido a que existe una omisión respecto de condiciones y elementos esenciales que permitan que inadecuada reglamentación de la implementación de la telemedicina

De igual modo establece los elementos mínimos que configuran la omisión legislativa los cuales son los siguientes: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. Colombia, Corte Constitucional (2013, Junio) "Sentencia C351-13", M.P Pretelt Chaljub, J. I., Bogotá.)

La responsabilidad derivada por hechos médicos

La medicina en Colombia implica una obligación de medio y no de resultado ello significa que “el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia, y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por si mismos en la modificación o agravación de su estado al margen de la intervención de aquellos”

(Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1º de julio de 2004. y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. Consejero Ponente: Fajardo Gómez, Mauricio., Bogotá) por tanto el médico aplica procedimientos o tratamientos acorde con la patología del paciente, el resultado del procedimiento no siempre va a ser el mismo, obedece a situaciones relacionadas con la evolución propia del cuerpo del paciente, esto es inciden muchos factores que pueden llevar a evolución o retroceso de tratamiento.

Según el Consejo de Estado el carácter del servicio médico y de los centros IPS, “obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo” (Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 1.994. C P Uribe Acosta, J.C., Bogotá) no obstante lo anterior, cuando se trata de procedimientos médicos relacionados con la cirugía estética y la obstetricia, no se llega a determinar precisamente que se trate de obligaciones de medio sino en regímenes de responsabilidad más exigentes, precisamente porque no se comparte el supuesto de hecho que justifique un tratamiento uniforme: aquí los médicos no actúan sobre personas que presentan alteraciones a la salud. (Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. C.P. Fajardo Gómez, M. & Consejo De Estado. Sala De Lo

Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2001:
Hernández Enríquez. A.E., Bogotá)

Para el caso de la obstetricia en cuyo caso se trata de una “rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”(Melloni,p412)’ “la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial” (Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009. C.P. Gil Botero. E., Bogotá)

En el caso de la obstetricia ante la existencia de un daño se ha expuesto que existe una falla ante la falta de inobservancia del deber de cuidado debido en la realización de cirugías, convirtiéndose en una falla en la prestación del servicio. La falla del servicio se ha manejado desde dos puntos de vista: la falla probada y la falla presunta. La primera es aplicable al régimen general de responsabilidad y la presunta a los regímenes de excepción.

Ahora bien, la excepción aplicada a la estética, corresponde a una situación en cuyo evento el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es

la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento. (Wilson,2004)

Generar daño en hechos originados del actuar medico corresponde a “la ofensa que todo acto ilícito ocasiona al bien jurídico que el legislador pretendió tutelar a través del respectivo tipo legal” (Reyes,1977), en palabras del profesor Hinestrosa, el daño “es la razón de ser de la responsabilidad, y por ellos, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá que llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demanda” (Hinestrosa,1998)

El Consejo de Estado ha dicho que cuando el daño tiene origen en una lesión corporal, es procedente la indemnización de los siguientes perjuicios: “i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; “ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal” (Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P Gil Botero, E., Bogotá)

El Consejo de Estado ha expuesto que puede generarse una responsabilidad patrimonial estatal por la actuación médica así:

“(…) hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos no se materialicen o, inclusive, aun cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales.” (Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de febrero de 2010. C.P. Correa Palacio. S., Bogotá)

La aplicación de la falla del servicio en materia de responsabilidad del Estado en la prestación del servicio médico en términos de administración de justicia o más bien de lo que es justo, ha sido preponderante pues la posición de no “someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de

conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido— la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad (... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio).” (Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. C. P Fajardo Gómez., Bogotá)

CONCLUSIONES

Considerando las anteriores exposiciones es preciso entonces entrar a analizar si la normatividad existente en materia de Telemedicina y los criterios de responsabilidad que se han establecido en contra del Estado ante la falla en la prestación del servicio por actividad médica es suficiente, se ha evidenciado a lo largo del documento que la salud se ha constituido como un derecho fundamental el cual goza de protección y amparo por parte del Estado Colombiano, se resalta la importancia y protección del derecho enmarcado en protocolos e instrumentos internacionales, se identifica un marco normativo en materia de salud que más que suficiente se considera redundante en la medida en que no solo se trata de la existencia de disposiciones normativas de orden nacional, sino que también en virtud de las políticas de delegación y desconcentración de funciones en los ámbitos departamentales, municipales y distritales se cuenta a escala con disposiciones que regulan no solo la operación, también la prestación del servicio de salud a cargo del Estado.

Dentro del contexto relación médico-paciente se ha identificado un progreso toda vez que existen nuevos instrumentos que permiten que el paciente interactúe de una mejor manera con sus médicos en donde no solo bastará con una entrevista sino que podrán ejercer su derecho a entender, a preguntar, a disentir y exigir y finalmente, a demandar, con base al marco normativo existente respecto a la confidencialidad, consentimiento informado, historia clínica, intimidad, secreto profesional, no obstante, hay una inapropiada reglamentación y regulación del mismo toda vez en la cotidianidad

no se pone en práctica irrespetando los derechos de los pacientes con respecto de la ética y secreto profesional puesto que no se garantiza la confidencialidad e intimidad.

Para el Caso de la Telemedicina existe una limitación más que normativa puesto que el gobierno nacional expidió la Ley 1419 de 2010, que en términos generales plantea el marco de lo que significa la prestación de los servicios de salud a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación que por demás implica, no solo la existencia de disposiciones normativas en salud sino también en materia de comunicaciones, las cuales deben ir ligadas y en varios de los documentos CONPES expedidos, así como en los Planes Nacionales de Desarrollo de las últimas tres vigencias, ha sido objeto de incluir la prestación de los servicios de salud a través del uso de las TIC; valga decir que en materia de TIC hay regulación suficiente así como en materia de salud, donde se estima hay una limitación en el campo de la actuación de los prestadores, pagadores o Empresas Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB), Entidades Prestadoras de Salud y de la regulación e específicamente en los procesos y procedimientos combinados entre las herramientas tecnológicas y la prestación del servicio que le corresponde al Ministerio de las TIC y proveedores de conectividad..

Lo antes descrito, es un llamado no solo del resultado de este documento, sino que ha sido objeto de exposición como condición de deficiencia en los documentos que han sido expedidos por parte de la Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud entre otros. Naturalmente la falta de regulación genera complejidad, pues como se vio en materia de responsabilidad del Estado hay una responsabilidad objetiva por falla en la prestación del servicio médico en cuyos casos,

todos los procedimientos parecen suficientes, puesto que claramente el ejercicio de su profesión radica que cuando se hay presencia de la omisión, en este caso del principio de la autonomía del paciente, devendría una responsabilidad cuál va a ser entonces la herramienta ante la falta de regulación en el caso de la Telemedicina. ¿En qué contexto queda la responsabilidad?, en términos de probación de los hechos, hay una mayor dificultad.

Por otro lado, se puede establecer que a través de la prestación médica por medio de la telemedicina, se observa un menor riesgo generado por parte del personal de la salud, que vendría siendo una ventaja pues esto disminuiría el riesgo a la salud pública propia y de la comunidad, es decir, no solo del profesional sino en este caso de los pacientes y demás miembros de la sociedad, por lo que se hace evidente que a través de equipos especializados el diagnóstico, tratamiento y demás servicios requeridos por los pacientes, la telemedicina vendría hacer más eficientes tanto en el sentido de tiempo, desplazamiento, adaptación con el paciente y el riesgo en cuento al procedimientos invasivos.

Ahora, por fortuna no le corresponde al paciente o victima probar el daño, basta que exista y haya relación de causalidad entre el hecho y el daño, pero también hay que verlo desde el otro lado y es, que pasa con el médico, es cierto que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, lo que como consecuencia dificulta para el juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

De acuerdo a lo anterior, se concluye en la necesidad de generar reglamentación en la materia, responsabilidad que le corresponde al Ministerio de Salud como primera autoridad del sector y como consecuencia a escala en los departamentos, municipios y distritos.

Es preciso analizar que el marco normativo en Colombia es suficiente para regular el derecho fundamental de la salud, no obstante, el marco normativo es insuficiente para regular la práctica de la telemedicina en Colombia produciéndose una omisión relativa por parte del legislador toda vez que hay inadecuada reglamentación de la implementación de la telemedicina a causa de una disyuntiva jurídica, debido a que dentro del marco normativo establece unos lineamientos generales más no procedimentales.

A su vez que en concordancia a la Resolución 6408 de 2016 que establece que POS (Plan Obligatorio de Salud) incluye la modalidad de telemedicina cuando esta se encuentre disponible, es decir que no se tendrá acceso oportuno a los beneficios de la Telemedicina toda vez que en la mayoría de los centros asistenciales a nivel nacional aun no cuentan con esta modalidad, a falta de políticas del gobierno que incentiven la implementación de la telemedicina en dichos centros y la falta de promoción de centros que cuentan con la modalidad de telemedicina aun habiendo la exigencia normativa para comunicar al usuario de sus derechos siendo deficiente e ineficaz puesto que no se llega a instruir a la población de la oportunidad de la atención mediante la telemedicina

Existen diversas dificultades de la práctica de la telemedicina en Colombia teniendo en cuenta la disminución del presupuesto en el sector salud para la adecuada reglamentación de la implementación de la telemedicina y así cumplir con las

contingencias de todas las áreas geográficas del país, un ejemplo es el difícil acceso de las poblaciones vulnerables a los centros asistenciales más cercanos o de acceder a la modalidad de telemedicina, sino cuentan industria y tecnología (software y hardware) para poder acceder a la atención en salud a distancia como lo propone la normatividad.

Debido a que se analizado de manera cualitativa utilizando fuentes primarias y secundarias y de acuerdo al último boletín expedido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se recomienda realizar investigaciones sobre el tema y propuestas como lineamientos para ir generando iniciativa de un proyecto de Ley para lograr la adecuada implementación de la Telemedicina en Colombia a lo cual presentamos una propuesta, y que de manera planificada se estudien balances sobre la dicha aplicabilidad de internet en lugares aledaños pues los boletines que existentes demuestran de manera general conexiones por suscripción y por demanda pero no hay especificidad.

Referencias Bibliográficas

- Alessandri, Rodríguez. Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal. 1981.
- Aparicio, Lilia. (2012). Tecnologías de la información para el diagnóstico a distancia. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-921X2012000400010
- Asamblea General de las Naciones Unidas I- sesión 10 de diciembre de 1948, la aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Avella Martínez, Laura Yaneth and Parra Ruiz, Paola Patricia. (27 de Octubre de 2014) Tecnologías de la información y la comunicación (TICS) en el sector salud. Recuperado de :<http://www.bdigital.unal.edu.co/11172/#sthash.SmjAwn1C.dpuf>.
- Barón, Leguizamón Gilberto. Gasto Nacional en Salud de Colombia (23 de abril de 2013) 1993-2003: Composición y Tendencias. Rev. salud pública vol.9 no.2 Bogotá Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/scielo.php>.
- Bueres, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. Argentina, Edit. Hammurabi, páginas 312 y 313.
- Cantillo, J. (7 de junio de 2014). Barranquilla, pionera en Latinoamérica en atención de emergencias cardíacas. El Espectador. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/regional/atlantico/barranquilla-pionera-en-latinoamerica-en-atencion-de-emergencias-cardiacas-161888>
- Camacho, Víctor Alfonso. (2009) Telemedicina en Colombia. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá D.C. Recuperado de <http://telemedicinacolombia.blogspot.com>

Carbonnier, Jean (1979). *Sociología jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina

Carranza Torres. Luis R. (25 de octubre de 2014). El derecho a la información en la relación médico-paciente. Recuperado de http://www.informatica-juridica.com/trabajos/informacion_medico-paciente.asp.

Clínico Cl (8 de abril 2013) Hospital Clínico Virtual Accuhealth: Telemedicina En Chile Recuperado de <http://clinico.cl/2013/04/08/hospital-clinico-virtual-la-telemedicina-ya-llego-a-chile/>

Colombia, Congreso de la Republica (1981, 18 de febrero). "Ley 23 de 1981 Por la cual se dictan normas en materia de ética médica." Diario Oficial 35711 de febrero 18 de 1981.

Colombia, Corte Constitucional (1992, Julio), " Sentencia C-429", M.P Angarita Barón, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993, Octubre), " Sentencia T-494", M.P Naranjo Mesa, V., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1998, diciembre), " Sentencia C-778", M.P Beltrán Sierra, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998, Octubre " Sentencia T-597", M.P Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, Agosto), " Sentencia C-1036", M.P Martínez Caballero. A., Bogotá

(Colombia, Corte Constitucional (2010,marzo) "Sentencia C173-10", M.P Pretely Chaljub, J. I., Bogotá.)

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. Consejero Ponente: Fajardo Gómez, Mauricio., Bogotá

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, C.P Hernández Enríquez, A. E., Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2008, Febrero), "Sentencia C-216", M.P Sierra Porto, H., Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2008, Julio), " Sentencia C-760", M.P Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2013,Junio) "Sentencia C351-13",M.P Pretelt Chaljub, J. I.,Bogotá.
- Colombia, Congreso de la Republica (2010, 13 de diciembre)."Ley 1419 de 2010 Por la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la Telesalud en Colombia.",Diario Oficial 47922 de diciembre 13 de diciembre de 2010.
- Colombia, Corte Constitucional (2015, Marzo), " Sentencia T-121", M.P Guerrero Pérez, L., Bogotá.)
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 1.994. C P Uribe Acosta, J.C., Bogotá
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1º de julio de 2004. C.P. Fajardo Gómez, Mauricio., Bogotá
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. C.P. Fajardo Gómez,M., Bogotá
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P Gil Botero, E., Bogotá
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera, Subsección Sentencia del 20 de octubre de 2014.C.P. Santofimio Gamboa, J.O., Bogotá

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. C. P Fajardo Gomez,M., Bogotá)

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Suárez Hernández, D., Bogotá

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Saavedra Becerra, R., Bogotá

Colombia. Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. C P: de Greiff Restrepo, Gustavo

Colombia. Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentncia del 14 de junio de 2001: Hernández Enríquez. A.E., Bogot

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de febrero de 2010. C.P. Correa Palacio. S., Bogotá)

Colombia.Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, C.P. Correa Palacio, R.S., Bogotá

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2008) La Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe. Desarrollo de las Tecnología y tecnologías para el desarrollo. Santiago de Chile.

Cumplido, Manuel. J. Derechos de los pacientes, problemática en la república de Argentina. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal. 2(2) / 3(1): 41-45, 1997/1998 .

Declaración de Alma-Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria

de Salud, Alma-Ata, URSS, septiembre de 1978.

Declaración de los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas,
Noviembre 20 de 1959.

Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (AMM).Artículo 8.1981

Esguerra Porocarrero, J.C. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como
garantía Constitucional. Recuperado de
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>

Fatima A. y Fernández A. Desarrollo de la Telesalud en America latina, Aspectos
Conceptuales y Estado Actual. Naciones Unidad, BID, OPS, Cepal. Santiago
de Chile, octubre de 2013.

Fundación tripartita para la formación en el empleo. Tecnologías de la información y la
comunicación aplicadas a la formación continua. Madrid. Printed in Spain. 2005

Garrido, J.A. (24 de marzo de 2008) Telemedicina y teledermatología (I):
concepto y aplicaciones. Recuperado de
<http://www.actasdermo.org/es/telemedicina-teledermatologia-i-concepto-aplicaciones/articulo/S0001731008747355/#bb0005>

Hinestrosa, Fernando.(1998) Responsabilidad extracontractual. Antijuridicidad y culpa.
Citado por Henao Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la
responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y Francés.
Universidad Externado de Colombia.

Irisarri,Catalina.(2000).El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual
Del Estado Colombiano. Recuperado de
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Josserand; Louis. (1951). Derecho civil. Tomo II. Vol. I. Teoría General de las
Obligaciones. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas. Europa – América Bosch y
cia Ediciones.

- Kopec, Poliszuk M.D. Alberto & Salazar, Gómez PH.D, Antonio José.(2006)
Aplicaciones de telecomunicaciones en salud en la subregión andina.
Documentos Institucionales-versión actualizada 2006.
- Leiva Ramírez, Eric, La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.
Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ibáñez Editores, Bogotá D.C., 2010
- Lizarraga, José L (1 de noviembre 2014) Telesalud una respuesta a los problemas
del mundo. Consultado en internet. Recuperado de
http://diplotelesalud2014.blogspot.com/2014/05/actividad9_29.html.
- Martínez Rave Gilberto (1996); Responsabilidad Civil Extracontractual en
Colombia; Editorial DIKE; Medellín, Colombia.
- Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Carolina. (2003) Responsabilidad
Civil Extracontractual. 11a. ed. Bogotá: Ed. Temis.
- Mazeaud Henri, León y Jean. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad
Civil y Contractual. (1977) Argentina, Ed. Jurídicas Europa- América.
- Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de derecho Civil. (1959-1965) 16 Vol. 1.
Edición Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mellon I. Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.
- Méndez, Víctor. (2007) Silveira, Héctor. Bioética y Derecho. Editorial UOL. Barcelona.
- Mendoza, L. (9 de abril de 2014).La telemedicina llega a Mompox.El Espectador.
Recuperado de <https://www.elspectador.com/noticias/salud/telemedicina-llega-mompox-articulo-486058>
- Ministerio de Salud.(2013).Recuperado de
<http://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital>
TELESALUD%NOVIEMBRE%202013.pdf. consultado el 26 de octubre de 2013.

Ministerio de Salud y Protección Social & Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria.(octubre de 2015).Línea de base de telemedicina en municipios priorizados - colombia

Observación General N° 14 (2000) „El derecho del más alto nivel posible de salud“.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12.19 de diciembre de 1966.

Perales Cabrera A. (2001) El Acto Médico: Criterios, definición y límites.

Revista electrónica DIAGNÓSTICO. Vol. 40(1). Recuperado de <http://www.fihu-iagnostico.org.pe/revista/numeros/2001/enefeb01/46-52.html#1>

Plan de Telemedicina del INSALUD. (2000) Dirección General de Organización y Planificación Sanitaria del INSALUD. Subdirección General de Informática del INSALUD. Subdirección General de Sistemas y Tecnologías de la Información del Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid.

Portafolio,(2011)Colombia es líder en la región en gobierno en línea. Recuperado de: <http://www.portafolio.co/tendencias/colombia-lider-region-gobierno-linea-147292>

Resolución S-26/2 de la Asamblea General, de 27 de julio de

2001. Resolución 6408 de 2016.26 de diciembre de 2016.

Responsabilidad y sus Medios de Defensa. Tomo 1 Vol. 2. Bogotá: Ed. Temis.

Reyes Echandia, Alfonso.(1977). Diccionario de Derecho Penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez. J.; F.; Ruiz, F, Eslava; Gómez, L. (2008) Encuesta Nacional de salud. Ministerio de la Protección Social. Bogotá.

Ruiz Jaramillo. Patricio, (2004) El derecho a la intimidad en el tratamiento de datos laborales. Recuperado de

(<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjr934d/xhtml/sdx/fjr934d-TH.3.xhtml>)

Ruiz, F. Peñalosa, E. Amaya, J. Garavito L. Alternativas de subsidio parcial para universalizar el aseguramiento social en salud. Fundación Corona. Bogotá – Colombia 2009

Secretaria de Salud. Subsecretaría de Innovación y Calidad Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud. México. 2066. (20 de septiembre de 2014) Recuperado de:
http://www.cenetec.gob.mx/cd_inter/telemedicina/TELEULTRASONIDO.pdf.

Serrano Escobar, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Santafé de Bogotá. Doctrina y ley. 2000.

Támara LM, Jaramillo SH, Muñoz LE. Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. Rev Colomb Anestesiol. 2011;39:489-505.

Tamayo Jaramillo, Javier.(1989) De la Responsabilidad Civil: Las presunciones de Tesis DPD,Proyectos de Telemedicina en Asia. Consultado 2017. Recuperado de
http://tesis_dpd.blogspot.com.co/2004/07/proyectos-de-telemedicina-en-asia.html

Tópicos en Telemedicina. (1 de noviembre de 2014) Recuperado de
<http://topicos-en-telemedicina-ucab.wikispaces.com/z09-+Aplicaciones+de+la+Telemedicina+en+Radiolog%C3%ADa+y+Patolog%C3%ADa>.

Tutupaly.Historia de la Telemedicina.(2011) Recuperado de
http://telemedicinajoaquinanez.weebly.com/uploads/1/4/3/3/14335994/historia_de_la_telemedicina.pdf

UNAL,Historia del Centro de Telemedicina. Recuperado de

<http://www.telemedicina.unal.edu.co/historia.php>

Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de derecho. 1983. tesis

Vacarezza R. (2000) De los derechos del paciente. Rev Méd Chile; 128: 1380-84.

Velasquez, A. (2006). Programa de Telemedicina en Mexico. Recuperado de
http://www.cenetec.gob.mx/interior/gaceta3/programa_nac_tlmed.html

Villanueva Ahumada R.O.P (2 de abril de 2014). Telemedicina en Chile: La nueva
tendencia. Recuperado de
<https://mejoratechile.wordpress.com/2014/04/10/telemedicina-en-chile-la-nueva-tendencia/>

Wilson, R. (2004). La Responsabilidad Médica en Colombia. Criterio Juridico , 195-216

Yepes. F La Salud en Colombia. (1990) Tomo II, Ministerio de Salud- DNP,
Estudio Sectorial de Salud. Bogotá.

ANEXOS

NOTICIA 1: PROGRAMA: *Gente que le pone el alma*

El servicio en salud logra una mayor cobertura en Antioquia “Desde Medellín la Dra. Viviana Valora a un paciente a través de una conexión a internet, paciente con una insuficiencia renal en el municipio de Ituango, a 193 kilómetros por tierra, que normalmente implicaría una espera de aproximadamente dos meses para la práctica de los exámenes que requiere el paciente y tener concepto de un urólogo, pero a través de la tele asistencia que se está desarrollando por la facultad de medicina de la universidad de Antioquia y que en consecuencia con la red que se establece con la EPS con su autorización, con la remisión desde el hospital local, y lo que se genera con la consulta del especialista, hay un promedio de 5 días para hacer la atención con el especialista.

Otro caso al Sr, Javier Londoño quien vive en Sonson Antioquia a 3 horas de Medellín y para recibir atención solo debe acercarse al centro médico de su municipio, y desde Medellín hay atención pronto por parte de los especialistas, evitando de esta manera el traslado, economía en cuanto a transportes.

Por ejemplo en el parque de la vida, en el programa de Livinglab- Telemedicina y Teleasistencia en Medellín, un grupo de médicos y especialistas, ofrecen atención vía internet a pacientes interconectados de 119 municipios de Antioquia, programa que se viene desarrollando en el departamento desde el 2014, la cual busca ofrecer mejor atención médica a los 125 municipios de Antioquia y las demás regiones del país”.

Caracol Noticias.(24 de abril de 2017). Gracias a la Telemedicina Antioquia es ejemplo de eficiencia e innovación en atención médica. Recuperado de <https://noticias.caracoltv.com/es-el-momento-de-todos/gracias-la-telemedicina-antioquia-es-ejemplo-de-eficiencia-e-innovacion-en->

atencion-medica.

NOTICIA 2: Barranquilla, pionera en Latinoamérica en atención de emergencias cardíacas.

En el año de 2014 en Barranquilla se da inicio al programa Latín por el doctor y fundador Sameer Mehta, médico cardiólogo de la India, fundador del programa Latín América Telemedicine Infarct Network. Un sistema que a través de la telemedicina mejora el acceso a un tratamiento integral en pacientes que presentan infarto agudo de miocardio, por medio de la atención en salud a distancia, brinda estratégicamente en un tiempo prudencial de 10 minutos el acceso a la salud.

“Su funcionamiento consiste en conectar las unidades de atención primarias y ambulancias a una red de centros de tratamiento especializados ubicados estratégicamente en las regiones. Cuando un paciente presenta señales de infarto acude al hospital, allí le realizan un electrocardiograma y los resultados se transmiten al centro de telemedicina donde expertos cardiólogos conectados las 24 horas del día, interpretan los resultados y recomiendan un tratamiento en menos de 10 minutos.

Actualmente el programa Latín opera en **7 departamentos con 42 centros satélites** que han dado como resultado, a la fecha, cerca de **300 vidas salvadas** por diagnóstico pronto y atención oportuna. Asimismo. Se han efectuado más de **53 mil electrocardiogramas**, en apoyo diagnóstico y/o teleconsulta, y se ha contribuido con la detección temprana de casi **600 infartos** agudos de miocardio, en los dos años que se ha implementado en Colombia”.

Es un avance tecnológico en donde se evidencia la importancia de la implementación de esta tendencia, ya que proporciona un mejor acceso, una atención especializada y diagnóstico oportuno, sin tener que esperar uno o más meses para la autorización con el especialista, así

obteniendo con precisión y prevención un hallazgo que conlleve a alguna complicación que se pueda presentar y llevar a la muerte, evitando de esta manera la vulneración a la salud y por ende al derecho a la vida.

Cantillo, J. (7 de junio de 2014). Barranquilla, pionera en Latinoamérica en atención de emergencias cardíacas. El Espectador. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/regional/atlantico/barranquilla-pionera-en-latinoamerica-en-atencion-de-emergencias-cardiacas-161888>

NOTICIA 3 La telemedicina llega a Mompox.

Lourdes Palomino nació en Mompox, Bolívar, hace 73 años, se le diagnosticó una enfermedad renal crónica, en consecuencia si no obtenía el tratamiento oportuno y adecuado para dicha patología conllevaría a someterse a diálisis de por vida. “Para recibir atención médica especializada, una paciente como Lourdes debe viajar alrededor de una hora en taxi o moto desde Mompox hasta el municipio de Cicuco, donde debe tomar una chalupa para desplazarse durante 40 minutos por el río Magdalena hasta llegar al municipio de Magangué y emprender seis horas más de carretera hasta Cartagena, donde, si cuenta con suerte, será atendida por un especialista...” solo para recibir el tratamiento farmacológico a sabiendas que la EPS no costeará transporte alguno.

Gracias al programa de Telenefromedicina, iniciativa para la prevención de patologías renales impulsada por la compañía Renal Therapy Services (RTS) y la EPS Mutual Ser, el cual inicio de manera virtual la atención medica en Mompox, “El paciente es atendido directamente por el médico general y virtualmente por un equipo de nefrólogos que se encuentran en la ciudad

de Medellín. La conexión se realiza a través de un programa computacional que le permite ser atendido en tiempo real por el especialista” explicado por Stefano Laganis, gerente general de RTS en Colombia.

En esta cita de Telenefrología, “el médico general toma los signos vitales del paciente, lo pesa, lo escucha, pregunta por su sintomatología, etc. El nefrólogo escucha y observa al paciente a través del programa (similar a Skype, pero mucho más ágil y nítido), ordena los exámenes pertinentes, prescribe los medicamentos necesarios, indica al médico general los pasos a seguir en el tratamiento y les da instrucciones al paciente y sus acompañantes”.

Mendoza, L. (9 de abril de 2014).La telemedicina llega a Mompos.El Espectador. Recuperado de

<https://www.elespectador.com/noticias/salud/telemedicina-llega-mompos-articulo->

[486058](https://www.elespectador.com/noticias/salud/telemedicina-llega-mompos-articulo-486058)

PROPUESTA

Como lo es sabido el sistema de seguridad social integral se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, la cual permite establecer como se debe instituir y desarrollar cada una de sus disposiciones en el contexto de la salud y con la sujeción como eje fundamental a los principios, se deberán ejecutar conforme a los propósitos de la misma, en tanto, se hará un breve descripción de estas reglas elementales para esta propuesta y que de manera directa se consoliden bases primarias para el cumplimiento de los objetivos en el marco de la prestación de los servicios de salud en materia de telemedicina.

PRINCIPIOS GENERALES

1. DEFINICIÓN

Telemedicina: Es la provisión de servicios de salud a distancia en los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, por profesionales de la salud que utilizan tecnologías de la información y la comunicación, que les permiten intercambiar datos con el propósito de facilitar el acceso y la oportunidad en la prestación de servicios a la población que presenta limitaciones de oferta, de acceso a los servicios o de ambos en su área geográfica.

2. PRINCIPIOS

Eficiencia: Utilizar de la mejor manera cada uno de los aportes económicos realizados por cada institución destinados a la telemedicina para cumplir los fines de esta.

Universalidad: Garantizar la protección de atención al paciente, priorizando los lugares alejados para la instauración de la telemedicina en las unidades de atención primaria y así, prestar el servicio de forma pronta y oportuna.

Solidaridad: El Estado, las Instituciones Prestadoras de Salud (EPS), todo el equipo de trabajo, los sectores intervinientes en la telemedicina, como principio elemental, deberán coadyuvar a la población que lo necesite.

La Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado y contributivo, respetaran el 0,3% del pago por capitalización para los recursos destinados para la coordinación y financiación de los servicios de la Telemedicina a nivel nacional, así mismo el fondo del Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones y el comité asesor

de telesalud educaran y capacitara a las Instituciones de Educación Superior en las áreas de ingenieros, electrónicos, y áreas afines. El Ministerio de Educación y de la Protección Social, promoverá la inducción para el manejo de la Telemedicina a los practicantes de las áreas de la salud.

Integralidad: Cobertura a las zonas alejadas de los departamentos o municipios en materia de tecnologías de la información para la aplicación de la telemedicina y de seguridad social en salud respecto a los equipos tecnológicos, insumos requeridos y personal idóneo, respondiendo a las contingencias requeridas por la población para la prestación de los servicios de salud.

Unidad: Unión de todas las políticas, resoluciones, normatividad vigente en relación a la telemedicina para su ejecución, cumpliendo con los fines de la Ley 100 de 1993.

Participación: Dirigida a la población beneficiaria de la seguridad social en salud, los cuales también podrán gozar de los servicios de la telemedicina.

Descentralización Administrativa: La gestión del Sistema General de Seguridad Social en Salud, será de manera descentralizada en todas las direcciones territoriales de salud.

Intersectorialidad: Trabajo en conjunto por sectores y organizaciones, desarrollando de forma coordinada todos los aspectos determinantes para el cumplimiento de la prestación en salud.

Celeridad: En la ejecución de los recursos destinados para la telemedicina; cubriendo necesidades, solicitudes y trámite de cada servicio requerido por el usuario, cuando mínimamente tiene acceso a los centros de atención inmediata y poder hacer práctica a la teleadministración para procedimientos que requieren de autorización, facturación y para la prestación de los servicios de salud.

Eficacia: Llevar a gran impacto esta propuesta para optimizar las condiciones de la telemedicina.

Eficiencia: Correcta destinación los recursos disponibles a la telemedicina en pro de los fines de la Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así mismo, la ejecutividad de la intervención de las entidades públicas para llevar a

cabo el desarrollo de la atención por medio de la telemedicina.

Materialización de la telemedicina y de todos los servicios de salud, para la atención médica a distancia de manera inmediata por no haber un acceso personal por encontrarse en zonas alejadas de la ciudad, evitando el menor costo posible.

Responsabilidad: Ante esta contingencia se debe actuar en equipo con todos los intervinientes tanto en la práctica como administrativamente, para generar resultados positivos conforme a la situación presentada por cada persona.

Igualdad: Todas las personas tienen derecho a la Seguridad Social en Salud, por ende al acceso a la telemedicina sin discriminación alguna.

Moralidad: Los servidores del Estado están en la obligación de actuar con rectitud, con forme a la Ley y la Constitución Política de Colombia.

PROCEDIMIENTO

Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadores de Salud y demás centros de salud.

2.1 Software: Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), las Instituciones Prestadores de Salud (IPS), con red a las Unidad Primaria de Atención (UPA) o Centros de Atención Prioritaria (CAP), deberán contar con software mediante un aplicativo que permita la relación médico-paciente la cual estará constituida por registro de paciente, tipo de consulta (especialidad), historia clínica, solicitudes y respuestas, formatos médicos y forma de pago.

Paciente

2.2 Inicio de sesión: El paciente debe consignar contar un usuario y contraseñas proveídas por las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadores de Salud para el ingreso al aplicativo.

3.2.2 Registro: El paciente debe consignar sus datos básicos en un formato que se despliega del aplicativo para posteriormente generar la historia clínica.

- **Fecha:** Registra fecha de registro del paciente.
- **Nombres:** Registra nombres del paciente.
- **Apellidos:** Registro apellidos del paciente.
- **Documento de Identificación:** Registra número de identificación del paciente.
- **Sexo:** Registro de sexo Hombre, Mujer u Otro.
- **Fecha de nacimiento:** Registro fecha de nacimiento del paciente.
- **Edad:** Registro de edad del paciente.
- **Observación:** Registro de observación respecto de la consulta médica.

3.2.2.2 Tipo de Consulta (Especialidad): El aplicativo permite la opción de consultar el listado de especialidad quienes brindaran el apoyo médico por patología médica o/y nombre del médico.

3.2.2.2.2 Historia Clínica: El paciente puede consultar la historia clínica que se ha venido registrando.

3.2.2.2.2.2 Solicitudes y Registros: Esta opción permite generar una solicitud médica.

3.2.2.2.2.2.2 Formatos Médicos: El paciente puede todos los formatos médicos que se generen en la consulta.

Medico

3.3 Inicio de sesión: El médico debe consignar contar un usuario y contraseñas proveídas por las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadores de Salud para el ingreso al aplicativo.

3.3.3 Registro de pacientes: El médico debe registrar y realizar una verificación de los datos básicos del paciente en un formato que se despliega del aplicativo para posteriormente generar la historia clínica. De igual modo los pacientes ingresados al sistema no pueden ser eliminados, pero sus datos pueden ser editados.

3.3.3.3 Consulta de pacientes: El medico podrá verificar el listado de los pacientes que han generado la solicitud de consulta de médica para su respectiva atención y así mismo realizar un diagnóstico posteriormente realizarle un seguimiento y recetar los medicamentos respectivos para la patología diagnosticada.

3.3.3.3.3 Historia Clínica: Esta opción permite la creación y manejo de la historia clínica por parte del médico en concordancia a la Resolución 1995 de 1999 por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica generando registro medico a cada paciente ya sea para una sola patología o varias al tiempo.

3.3.3.3.3.3 Solicitudes y Respuestas: Esta opción permite generar consultas médicas para sus pacientes registrados a su vez verificar el estado de la solicitud y brindarle una respuesta en un término de cinco (5) días.

3.3.3.3.3.3.3 Formatos Médicos: Esta opción permite al médico generar formulas médicas de acuerdo a la patología presentada por el paciente.

Voluntad del Paciente

4.4 Consentimiento Informado: Aparte en donde el paciente tendrá conocimiento de los riesgos que pudiesen presentarse durante el procedimiento, autorizando al médico de disponer de sus conocimientos idóneos en caso de una urgencia.

Manejo de información del paciente

5.5 De la información del paciente: La custodia de información del paciente estará a cargo de las bases de datos de la EPS, quienes serán los responsables de cuidar esta información y conforme de la red emitida con las TIC y programas especializados de Software espía, se identificará el mal manejo de está para ser denegada el sustrato de información, en tanto, esta información solo procede para el médico y el respectivo paciente.

DE LA VIGILANCIA

Es de suma importancia establecer un medio de control para el desarrollo de los propósitos de la seguridad social en salud, ya que de esta destinación depende el cumplimiento de la normatividad vigente en materia de telemedicina, por consiguiente, se hace necesario establecer parámetros de control pues esto hace parte de todo proceso administrativo, evitando así la malversación de los fondos financieros destinados a la salud, para asegurar la prestación del

servicio en las zonas geográficas alejadas por no haber atención en salud de manera personal y así beneficiarse cuando se requiera un pronóstico, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación oportuna, eficiente y con calidad según la contingencia requerida por el usuario.

Superintendencia Nacional de Salud

Se podrá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud en concordancia a la Ley 1438 DE 2011 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones en concordancia a los siguientes artículos.

Artículo 118. Desconcentración Con el fin de tener mayor efectividad en las actividades del sistema de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud se desconcentrará y adicionalmente podrá delegar sus funciones a nivel departamental o distrital.

La Superintendencia Nacional de Salud ejecutará sus funciones de manera directa o por convenio interadministrativo con las direcciones departamentales o distritales de salud, acreditadas, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, las cuales para los efectos de las atribuciones correspondientes responderán funcionalmente ante el Superintendente Nacional de Salud.

Las direcciones departamentales o distritales de salud, presentarán en audiencia pública semestral y en los plazos que la Superintendencia establezca, los informes que esta requiera. El incumplimiento de esta función dará lugar a multas al respectivo Director de hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales y en caso de reincidencia podrá dar lugar a la intervención administrativa.

La Superintendencia Nacional de Salud implementará procedimientos participativos que permitan la operación del sistema de forma articulada, vinculando las personerías, la Defensoría del Pueblo, las contralorías y otras entidades u organismos que cumplan funciones de control.

La Superintendencia Nacional de Salud podrá delegar la facultad sancionatoria para que las entidades del nivel departamental o distrital surtan la primera instancia de los procesos que se adelanten a las entidades e instituciones que presten sus servicios dentro del territorio de su competencia.

Parágrafo. Dadas las funciones que deba asumir la Superintendencia Nacional de Salud definidas por esta ley el Gobierno Nacional adelantará las acciones que le permitan su fortalecimiento y reestructuración.

Artículo 121. Sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. Serán sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud:

121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

121.2 Las Direcciones Territoriales de Salud en el ejercicio de las funciones que las mismas desarrollan en el ámbito del sector salud, tales como el aseguramiento, la inspección, vigilancia y control, la prestación de servicios de salud y demás relacionadas con el sector salud.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Procedimiento Administrativo Sancionatorio

Se podrá acudir al Procedimiento Administrativo Sancionatorio el cual se encuentra estipulado en la Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Se podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el cual se encuentra estipulado en la Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo toda vez que el paciente podrá acudir a ella cuando se encuentre trasgredido por la prestación del servicio de salud.