

**APLICACIÓN DE LA REPARACIÓN DIRECTA PARA GARANTIZAR LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA 2010-2019**

**LINDA M. VELÁSQUEZ ZABALA
KEVIN SANTIAGO LÓPEZ BORDA**



**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C
15 DE NOVIEMBRE DE 2019**

**APLICACIÓN DE LA REPARACIÓN DIRECTA PARA GARANTIZAR LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA 2010-2019**

**LINDA M. VELÁSQUEZ ZABALA
KEVIN SANTIAGO LÓPEZ BORDA**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de especialista en
derecho administrativo**

ALEXANDER MARTÍNEZ GUZMÁN
Docente investigador Facultad de Posgrados
fredy.martinez1@ugc.edu.co



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C

AGRADECIMIENTOS

Queremos dar un agradecimiento al creador del universo, a nuestras familias que nos han educado y formado para forjar una carrera profesional, a la Universidad la Gran Colombia, la cual es la columna vertebral que entrega promociones de hombres y mujeres cada vez más competitivos para asumir los grandes retos de la vida que requieren de una entrega total y un conocimiento integral, para tener una sociedad más equitativa, justa y ética en la que todos los ciudadanos sientan el arraigo y el amor por Colombia, el país que nos vio nacer, a sus docentes que nos han orientado en el desarrollo de nuestra carrera profesional como abogados y especialistas en derecho administrativo. A todos ellos un honesto y amoroso agradecimiento.

TABLA DE CONTENIDO

1. Resumen.....	06
2. Palabras claves.....	09
3. Introducción.....	10
4. Antecedentes.....	15
5. Capítulo I.....	21
6. Capítulo II.....	25
7. Capítulo III.....	32
8. Conclusiones.....	37
9. Referencias bibliográficas.....	39

TABLA DE TABLAS

Tabla número uno - análisis jurisprudencial.....	23
--	----

RESUMEN

La salud tiene una protección especial en cabeza del estado por ser un derecho fundamental, así las cosas, por mandamiento constitucional, Colombia se caracteriza por tener un modelo de estado social de derecho, fundamentado en cuatro pilares fundamentales. Dentro de sus principios señala la garantía que existe por parte del estado de garantizar la efectividad de este derecho sin distinción alguna, sin embargo; el problema que se observa en la investigación, se origina cuando un individuo acude a un centro de atención médica, requiriendo de una atención especializada de un profesional de la medicina, porque padece de un dolor, enfermedad u otro síntoma patológico que afecta gravemente su salud y no se le brinda la atención idónea con todos los medios pertinentes para ella, generando así un daño antijurídico en la persona.

L. 1437, art. 140, 2011 establece que la acción de reparación directa, puede ser elevada por la persona interesada, o por aquella que recibió el daño antijurídico a su salud, integridad, o vida, para que el Estado, o la entidad responda por el daño sufrido por el paciente de tal forma que se obtenga una reparación amplia y suficiente, surgiendo de esta manera el objetivo principal de esta investigación, que fue describir la reparación directa como medio de control para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los pacientes, cuando se causa un daño por fallas del servicio médico de una entidad Estatal, así las cosas respondernos al cuestionamiento de sí; ¿La reparación integral del daño causado por fallas del servicio médico, producida por una entidad del Estado, garantiza el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes?.

Para desarrollar el objetivo principal, lo subdividimos a su vez en tres objetivos específicos, que tenían como finalidad primeramente, analizar la reparación directa como medio de control para proteger y garantizar los derechos fundamentales. Para este punto determinamos conceptos claros de diferentes derechos fundamentales que se ven vulnerados por estado, de igual modo abarcamos el concepto de reparación directa como medio de control para proteger y garantizar dichos derechos. De forma sucesiva entramos a observar cómo se maneja el tema de la responsabilidad del estado colombiano en cuanto al daño causado por fallas del servicio médico, cuales son los componentes y bases que el mecanismo de control para probar la responsabilidad del estado colombiano en estos casos y a quien le corresponde la carga de la prueba frente a dicha

responsabilidad, para finalmente dimensionar los derechos fundamentales que se vulneran y bajo el hipotético que efectivamente el responsable del daño sea el Estado, que garantías en el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes afectados por fallas del servicio médico se están implementando y cuál es su aplicación bajo la óptica del medio de control de reparación directa.

A modo de resumen de lo que se contempla en los diferentes capítulos de la presente investigación podemos decir que; La reparación directa es un mecanismo que tienen los particulares para acudir a la administración de justicia hacer una reclamación monetaria por el daño causado por un agente o particular que se encuentra al servicio de una entidad pública, que presta sus servicios profesionales en un centro de atención médica, sin embargo, este puede ser llamado a reparar los daños causados por su imprudencia, impericia, mala praxis o falta de idoneidad para efectuar un procedimiento médico, lo que permite desprender la teoría de la responsabilidad objetiva, que se conoce como una institución jurídica que obliga al funcionario que causa un daño antijurídico a repararlo, vale la pena aclarar que cuando el hecho promotor del daño no corresponda transitoriamente con que el tiempo en el que el afectado lo haya conocido, se conduce al juez a contar el plazo de caducidad desde el momento en el cual el demandante conoció la existencia del daño por la razón de que sólo a partir de esta fecha el particular tiene un interés por acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a reclamar la reparación del daño.

Para configurar la responsabilidad directa, a una entidad pública se tiene que demostrar la omisión, la prestación defectuosa, la tardanza en la prestación del servicio de la salud por parte del profesional de la medicina, hacia el paciente que requiere los servicios médicos para tratar la enfermedad, dolencia, o síntomas que lo aquejan, es de resaltar que la función del médico es una tarea de medios y no de resultados, sin embargo, el funcionario se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas activas y pasivas para proteger la vida del paciente, dejando claro en sí que la responsabilidad médica del Estado, comprende el acto, las actuaciones médicas sucesivas y concertadas tendientes al estudio patológico y vital del paciente, por ello la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, sino que también abarca todas las actuaciones previas, concurrentes y posteriores a la intervención profesional, que se desligan cuando la persona asiste por sí sola, o es trasladada a un centro de

atención médica, hasta que finaliza el servicio, cuya atención se encuentran en manos del personal administrativo o personal profesional de la ciencia médica.

Se puede concluir que con el estudio del tema de la responsabilidad de la administración se constituye cuando este por intermedio de sus agentes pretenden desarrollar sus cometidos, para el caso materia de investigación en el socorro de la salud en el enfoque de la relación entre el administrado y el administrador, los elementos que constituyen la reparación directa son; la falla en el servicio médico, (ya sea por omisión, prestación defectuosa del servicio o la tardanza en la prestación del mismo), el daño ocasionado al paciente, y la relación de causalidad entre la prestación del servicio y el daño. Es de resaltar que en el auxilio médico se puede dar una causal que excluya al funcionario de la responsabilidad al desplegar su función que podría alegar el estado en instancias judiciales, son; la fuerza mayor, el caso fortuito, los hechos de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima, y que todos estos son términos esenciales para demostrar la responsabilidad del estado colombiano en cuanto al daño causado por fallas del servicio médico.

Que la responsabilidad contractual del Estado, en la actualidad se debe probar bajo el sistema aplicable en Casos de responsabilidad del Estado por actividad médico-sanitaria, que se materializa mediante el principio de la carga dinámica de la prueba, no obstante; debe aclararse que el accionante del medio de control de reparación directa no está totalmente absuelto de realizar actividad probatoria mínima para aprobar los hechos que pretende hacer valer, como se puede evidenciar en basta jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado, el accionante debe a través de las pruebas que aporta en el proceso, lograr evidenciar claramente la falla en el servicio, el daño antijurídico, y el nexo causal, que con los resultados de la presente investigación se muestra no es tan sencilla de probar o conseguir.

De igual modo, es notorio que después de leer el contenido de la investigación, el lector podrá evidenciar como las garantías en el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes afectados por fallas del servicio médico en Colombia son bajas, y bajo el fundamento de que Colombia es un estado social de derecho y debe garantizar la plena protección de los derechos fundamentales donde se considera que la reparación integral del daño ocasionado por fallas del servicio médico, producida por una entidad del estado, no garantiza el resarcimiento de los

derechos fundamentales de los pacientes, a pesar de estar en presencia de un Estado Social de Derecho como lo es Colombia.

Palabras claves: Falla en el servicio, daño antijurídico, nexo causal, eximentes de responsabilidad estatal, vida, salud, acto médico, responsabilidad del estado, sistema de salud, historia clínica, reparación directa, carga dinámica de la prueba.

INTRODUCCIÓN

El problema que se observa en la investigación, se origina cuando un individuo acude a un centro de atención médica, requiriendo de una atención especializada de un profesional de la medicina, porque padece de un dolor, enfermedad u otro síntoma patológico que afecta gravemente su salud.

La salud tiene una protección especial en cabeza del estado por ser un derecho fundamental, así las cosas por mandamiento constitucional, Colombia constituida por el legislador con un modelo de Estado Social de Derecho se le encomendó la tarea de guarda de los derechos, libertades, garantías y deberes constitucionales para que estos se les dé un trato especial y se efectivicen sin distinción alguna; el paciente que ingresa a un centro de atención médica de orden estatal debe recibir una atención prioritaria, adecuada, idónea y profesional por parte del personal administrativo y paramédico que presta el servicio humano, a fin de salvaguardar la vida de la persona.

El personal administrativo se encarga de recepcionar al individuo, tomando todos los datos necesarios para designar al médico experto en la enfermedad y posteriormente ser atendido por el médico que reviste características de idoneidad, estudios, experiencia y capacidad para prestar sus servicios en nombre del estado al paciente que lo requiera.

La prestación del servicio de la salud, es un tema esencial para toda la raza humana, sin embargo, esta no se presta en su debida forma por diferentes intereses que son ajenos a los pacientes, pero que dependen de un funcionario, o un particular que en nombre del estado causa una afectación, obrando bajo una mala praxis, imprudencia, impericia, falta de idoneidad y profesionalismo de quienes prestan el servicio humano, causando daños en la vida o salud del paciente.

Al no suministrar la calidad y cantidad de medicamentos que requiere un paciente para su tratamiento, el llevar a cabo procedimientos médicos innecesarios que aumentan el riesgo de

muerte, la afectación a la salud, o el incremento del dolor, o realizar dichos procedimientos con falta de impericia, idoneidad o profesionalismo, son hechos que en principio conllevarían a una reparación directa por parte del Estado.

El citado tema de investigación tiene un vacío en lo particular, porque en la aplicación del medio de control se desconoce la finalidad de la reparación directa que establece la Const. P., art 90, 1991 como un modelo de responsabilidad ordinaria mediante el cual el Estado responde patrimonialmente al particular, que demuestre que la conducta del médico es dolosa o gravemente culposa, mediante tres elementos (i) la falla por la omisión, prestación defectuosa, o la tardanza en la prestación del servicio de la salud, (ii) el daño ocasionado en la salud e integridad del paciente, y (iii) la actividad desplegada por la administración hacia el administrado que no es más que la causa, entre la prestación del auxilio de la salud y el deterioro causado al sufrido por parte del médico que actuó en nombre del Estado.

De igual forma, por mandamiento legal, (L. 1437, art. 140, 2011), establece que la acción de reparación directa, puede ser elevada por la persona interesada, o por aquella que recibió el daño antijurídico a su salud, integridad, o vida, para que el Estado responda por la causa imputable a la entidad pública o a un particular que obra siguiendo instrucciones del centro médico de orden estatal, para que responda por los daños ocasionados, de ser necesario el mismo estado efectúe llamamiento en garantía al particular que origino el daño, para que se responsabilice del mismo por la omisión de sus deberes profesionales.

Al iniciar la acción de reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se encuentra un vacío enorme por parte del legislador, en cuanto no limita el alcance de cuando una conducta es considerada dolosa o gravemente culposa, de igual modo, por parte de los accionantes, quienes no analizan los hechos que causaron el daño al particular y del posible encasillamiento del daño en dichas modalidades de conductas. Ignoran que en este medio de control, la falla del servicio de la salud del médico tratante que se encuentra o se encontraba llevando la vigilancia, seguimiento y control al paciente, puede existir la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor, caso fortuito, hechos de un tercero, o culpa exclusiva de la

víctima, ya sea porque omitió las recomendaciones del profesional de la salud durante el procedimiento, o en el desarrollo de la recuperación. Lo que nos lleva a preguntarnos:

¿La reparación integral del daño causado por fallas del servicio médico, producida por una entidad del Estado, garantiza el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes?

El objetivo general de esta investigación fue describir la reparación directa como medio de control para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los pacientes, cuando se causa un daño por fallas del servicio médico de una entidad Estatal.

La metodología utilizada para la presente monografía es aplicada- proyectiva puesto que el conocimiento que generará está orientado a resolver problemas del entorno, más específicamente a los originados aplicación de la reparación directa como medio de control para garantizar la protección de los Derechos Humanos cuando se causa un daño por una falla médica en el Estado Social de Derecho de Colombia 2010-2019, elaborando modelos de herramientas que garanticen a los administrados, tener una relación estrecha para acudir al aparato jurídico y este se resuelva conforme las normas preexistentes por los operadores judiciales.

La Temporalidad de la investigación es sincrónica, puesto que presente un corte transversal en el tiempo, referente a la aplicación del medio de control de reparación directa durante el periodo de tiempo, (vigencia 2010-2019).

Frente al alcance, visualizaremos que es evaluativa o Ex-pos-facto, puesto que se orienta en el análisis de las consecuencias, deseadas o no, de una acción de reparación directa como el medio de control para el logro de ciertos objetivos, del mismo modo la amplitud de la investigación es; Micro, puesto que análisis de variables y sus relaciones se realizara en grupos pequeños.

En el nivel de medición de los datos arrojados en la presente investigación serán de nivel cualitativo puesto que analizaremos el sentido y significado de las acciones y las representaciones sociales, esto mediante instrumentos documentales, que permitan la construcción del dato a partir de textos escritos o gráficos, como la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

Una vez estudiados y analizado todo lo anteriormente expuesto encontramos que las personas que acceden a la reparación directa, encuentran que dicho mecanismo NO es eficaz para reparar integralmente el daño causado, a pesar de estar en presencia de un Estado Social de Derecho como lo es Colombia.

De igual manera buscamos que la presente investigación no solo sea aprovechable por los médicos y pacientes, sino también por los abogados administrativistas, la comunidad estudiantil, y todo aquel interesado en conocer la responsabilidad por falla médica y la eficacia de las acciones legales para el caso de estudio la reparación directa frente a la misma.

Por otra parte, buscamos que el presente tema que aun cuenta con vacíos en su aplicación, a la finalización de la presente investigación, dichos vacíos sean reducidos y con ellos se generará conocimiento e información nueva para los futuros investigadores del mismo, todo ello partiendo de la afirmación de que la investigación nunca tendrá fin, pues la búsqueda del conocimiento debe ser infinita, tal como el conocimiento mismo.

La línea de investigación a la que se adscribió la investigación es el derecho para la convivencia y la inclusión social, línea aprobada para investigaciones por parte de la Universidad la Gran Colombia, universidad cuya misión institucional se encuentra fundamentada en el fortalecimiento de una comunidad integrada por estudiantes, profesores y la administradores, cuyo propósito es la formación integral y permanente de todos sus integrantes que hacen parte de esta gran familia, la búsqueda de la verdad a través de la investigación, la invención y la fecundación de nuevo conocimiento. Todo esto conforme al criterio del fundador de nuestra alma mater, Julio César García Valencia, La Gran Colombia, goza de ser una Universidad Cristiana, Hispánica, Bolivariana y Solidaria.

Del mismo modo La Universidad La Gran Colombia, busca como visión ser acreditada nacional e internacionalmente como un centro educativo con estándares de alta calidad, que a futuro ofrecerá programas en toda el enlace de formación y promoverá la investigación y la cultura

de la formación de nuevo conocimiento a través de la innovación y el emprendimiento impulsando de esta forma la realización de proyectos investigativos como se observa en la presente monografía.

Finalmente, el presente proyecto busca probar que la reparación integral del daño causado por fallas del servicio médico, producida por una entidad del Estado, no garantiza el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes a través del análisis de tres tópicos fundamentales desarrollados en tres capítulos; la reparación directa como medio de control para brindar una especial atención a los derechos que han sido reconocidos y reciben su tratamiento como fundamentales, la responsabilidad del estado colombiano en cuanto al daño causado por fallas del servicio médico y las garantías en el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes afectados por fallas del servicio médico.

ANTECEDENTES

En la tesis presentada por Montoya, 2015, p.7 como trabajo de grado de la Universidad CES, Medellín, Colombia, sobre la responsabilidad del estado frente a la prestación de los servicios de salud y los actos médicos, se hace una explicación amplia frente a la salud, por ser un tema que atañe a la humanidad sin distinción alguna, o preferencia por el estrato social, por lo que para esta investigación nos atañe rescatar que la salud se debe reconocer como una necesidad humana, y que aunque el acceso a ésta como derecho fundamentales se torna engorroso y controvertible en este proyecto no se entrara en el debate si es un servicio prestacional, o un derecho de naturaleza mixta, ya que en el trabajo presentado por la Doctora Ana María Montoya Uribe, que acotamos como antecedente de nuestro proyecto se deja claro que se trata de un derecho fundamental, ligado a derechos constitucionales, por ello el experto en asuntos de la salud le reviste una responsabilidad superior para garantizar un servicio público esencial que se debe efectivizar con gran calidad, es así como la salud es un estado de completo bienestar mental, físico y social en condiciones dignas y justas sin importar el tiempo, o espacio geográfico, teniendo en cuenta que no solo se trata de una afectación, malestar o enfermedad.

Del mismo modo, en la investigación que antecede se muestra como la globalización del derecho, ha obligado que las organizaciones internacionales como La Organización de Naciones Unidas a través de la Organización Mundial de la Salud, a establecer que la salud es un estado de completo bienestar y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, la salud queda definida como el goce del grado máximo de la salud y la protección de este y los demás derechos fundamentales que poseemos los seres humanos, por el simple hecho de nuestra naturaleza, deben ser garantizados sin hacer distinción alguna, y el estado está en el deber de facilitar un nivel de vida mínimo, protegiendo la salud atreves del acceso a los servicios esenciales para curar o tratar las enfermedades que padecen los particulares.

En cuanto a la naturaleza de las entidades que se les encomendó la prestación de la salud , encontramos de igual forma en la realización de nuestro estado del arte que; “pueden tener naturaleza pública, privada o mixta y obedecer a diferentes formas de administración” (Montoya, 2015, p.19), es así que el régimen contributivo está a cargo de la administración de entidades

generadoras de uno de los derechos más esenciales como lo es la salud, como EPS y IPS encargadas de la afiliación y las cotizaciones, aunque no constituye un ingreso o ganancia, porque se encuentra direccionado por el Fondo de Garantía y Solidaridad (ADRES). También evidenciamos que la administración del régimen subsidiado tiene un plan de trabajo subdividido en: direcciones locales, distritales o departamentales de salud. Y que esto es basado en el presupuesto del estado colombiano de plantear como principios constitucionales la descentralización del estado, brindando autonomía de las entidades territoriales.

Las entidades prestadoras de salud, tanto públicas como privadas tienen una obligación prestacional con el particular que se manifiesta mediante los actos médicos ejercidos por los profesionales de la salud, vale la pena dejar de presente que el tratamiento de enfermedades no trae consigo obligaciones de resultados, pues en este aspecto los médicos adquieren el compromiso de abarcar, utilizar y emplear todos los métodos que tengan bajo su disposición, para mitigar la enfermedad del paciente, por lo que atañe a nuestra investigación dejar como antecedente que se denomina prestación de servicios de salud, a toda tarea que se desenvuelve para practicar el fomento, previsión y restauración de la salud.

La actuación médica, bien sea por acción o por omisión, puede dar origen a una responsabilidad. Por lo que hay que tener claro que las exigencias que se resultan de la actividad del médico, se deslinda de la obligación de proporcionar al paciente todos los medios de cuidado que necesite y que sean posibles de brindar según el estado de la ciencia. En este sentido todo aquel acto que se ejecute en contravía a los preceptos de la ley del arte, puede constituirse en un daño al paciente, y por ende, el prestador de servicio de salud está llamado a responder por culpa médica o falla del servicio.

La responsabilidad del estado, se estructura con fundamento en la Const. P. 1991, Art.,90, donde se establece que cuando se causa un daño por un agente del estado, este deberá reparar dicho perjuicio, sin embargo, esta reparación tiene que reunir sus elementos esenciales para indemnizar, y estos son que exista, un hecho generador, un daño y un nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Y que estos elementos de la responsabilidad del estado se hayan realizado bajo dolo o culpa. Así las cosas, pasamos a dejar claro como antecedentes los conceptos de: hecho, entendido como

la acción u omisión realizada por un agente del estado, que presta sus servicios como funcionario, y en esa prestación del servicio viola derechos fundamentales con sus actos. Daño, como toda aquella afectación que se genere a algo, daño antijurídico; como el perjuicio que ninguna persona está obligada a soportar, y la relación surgida de la labor ofrecida y el deterioro a la salud que causo un perjuicio al paciente.

Quintero (2012), en su tesis de grado en derecho administrativo de la Universidad del Rosario, Nos dice que pese a que en la legislación colombiana no se posee un concepto positivizado que defina lo que es un acto médico, se puede llegar a la conclusión de que el acto médico es toda acto o mandato que ejecuta un médico en el ejercicio de su profesión y que por ende han de entenderse también como acto médico, los diagnósticos, tratamientos, controles, terapias u otros a fines a la loable labor que ofrece el experto en la ciencia médica, a todas aquellas personas que requieren de un servicio especializado para remediar su necesidad.

El acto médico se define como “el proceso por el cual el médico diagnostica, trata y pronostica la condición de enfermedad o de salud de una persona”. (C.E.D.C.P., art.52) siendo este acto médico de exclusiva competencia y responsabilidad del profesional que revista la calidad de médico. Ante la ausencia de vacío de la reglamentación en el aparato judicial se encuentra la necesidad de acudir a normas internacionales o doctrina especializada para conocer más del tema.

Es por lo anterior que toda actividad realizada por un profesional médico que reviste dicha calidad por estar capacitado y titulado en ello y que puede encaminar un proceso para la curación de una enfermedad o el fomento de la salud de los pacientes, es un acto médico, y de esta forma es que la actuación de un médico debe ser sujeta a los siguientes requisitos: primeramente, debe tener un fin, y este debe ser obligatoriamente curativo o preventivo, atenuante o de remedio, a fin de calmar y sanar esa enfermedad o urgencia del atendido en cuanto a lo estético, en segunda instancia, el acto médico debe servir para mejorar la salud de las personas a través de un pacto personal y bilateral en el que tiene que existir consentimiento de quien recibe el acto médico para que se presuma estrictamente lícito, de tal forma que el enfermo se encuentra la libertad decir cuál es la mejor decisión para su vida, dentro de los procedimientos médicos más recomendables y la Lex

artis y observando el referente de la ética desde los preceptos legales y jurisprudenciales de la culpa y los preceptos profesionales del médico para desempeñar su función.

La responsabilidad médica del Estado comprende el acto de las actuaciones médicas sucesivas y concertadas tendientes al estudio patológico y vital del paciente por ello la responsabilidad del funcionario que facilita la asistencia médica precia al servicio, durante la prestación del servicio que se brinda y posterior al mismo, por estas se desligan cuando la persona existe por sí sola o es llevado a un centro de atención médica Estatal hasta que finaliza el servicio cuya atención se encuentra en manos del personal administrativo o personal profesional de la ciencia médica, sino también se deriva de la prestación del servicio por parte de las entidades públicas que se encuentra en cabeza los funcionarios o empleados públicos que cumplen una función médica determinada, actividad que puede evitar un componente económico en caso de presentar un daño por su función, por lo que el concepto de responsabilidad en forma amplia refiere al deber de sostener las consecuencias de los actos dañinos que causen un perjuicio a otro, y es por este concepto que cuando la administración causa un daño a otro, se obliga a reparar o compensar el hecho

Cuando se quebrantan los derechos de aquellos individuos que acuden al profesional en la ciencia médica, se envuelve la dignidad, la autonomía o la libertad de disposición del cuerpo, en el caso particular, bajo la falla en el servicio médico basado en la no autorización mediante la expedición de consentimiento previo de paciente en las intervenciones quirúrgicas, independientemente de que, en la intervención, el margen de los riesgos se materialice o no, se está bajo responsabilidad estatal.

La prestación de servicio público de la salud, es una actividad de medio y de resultado, por ello el profesional se obliga desplegar sus conocimientos de la ciencia relacionados con la pericia, imprudencia, prudencia e identidad para curar la enfermedad del cliente es claro tanto para la ciencia como para la ley, que el médico no se obliga a curar pacientes, a lo que se obliga es a realizar de forma correcta los actos que según los principios de su profesión, deben ejecutarse para conseguir el resultado esperado. Para algunos doctrinantes la tarea de un médico tiene la finalidad de ser de medios, excepto cuando se trata de un tratamiento estético en el que el cliente

acude para tener un resultado mediante una cirugía plástica, ya sea procedimientos dentales y de reconstrucción el cliente busca un resultado, en el evento de que se presente un daño en este tipo de procedimiento, se puede iniciar un proceso responsabilidad civil en el cual la carga de la prueba está en cabeza del demandante que sufrió el daño.

Valderrama (2014) en su tesis reconoce que la indemnización por el daño causado en la prestación del servicio de la salud, por la omisión de un agente que labora en una entidad estatal se sustenta bajo el principio de que la función del médico no es otra que cuidar de la salud del hombre y tender a la prevención enfermedades bajo el fin último de lograr el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad sin ningún tipo de distinción, para que se entregue la atención con la misma calidad, eficiencia e idoneidad a las personas en garantía del derecho y respeto de la vida de los pacientes.

Para Mendoza y Batista (2014) las entidades públicas, pueden acudir a la reparación directa, cuando la actuación de un particular u otra entidad pública en la prestación de un servicio público, causa un daño en su desarrollo, objeto de la acción de repetición por parte del estado cuando se pruebe la culpa del agente.

En los procesos judiciales donde se busca determinar responsabilidad medica se puede llevar a juicio como elemento probatorio la historia clínica que indudablemente es un documento que contiene los datos del paciente en orden cronológico, concertada y precisa para ser consulta por el médico tratante o por el paciente, porque se conforma de manera organizada, concertada, unificada, detallada con los datos que versan todas las actuaciones medicas prestadas por la entidad que entrega la salud, tanto anteriores como actuales, concernientes a un paciente; además de contener estudios ordenados y realizados, el en la valoración, los tratamientos aplicados en dicha situación y la evolución de la persona con los respectivos resultados logrados. La historia clínica no es solo un medio de prueba también su realización es uno de de los deberes del profesional médico y en él se debe indicar el diagnostico, procedimiento quirúrgico, tratamiento y recuperación del interesado.

Los pacientes que se les preste un procedimiento, tratamiento u otros relacionados con la función de la medicina, que obedezcan a un control y seguimiento por el médico tratante a fin de establecer la evolución y los cursos de acción más favorables para el paciente deben ser otorgados en su debido momento, de tal suerte que no se configure una omisión, ya que se puede constituir lesiones que ocasionan al paciente la muerte por falta de pericia del profesional al no prevenir dentro de sus recomendaciones, diagnóstico o tareas a fines a la función, ya que tienen el deber de cuidado, vigilancia y monitoreo periódico, para impedir que el enfermo sufra un accidente o lesión con ocasión de la prestación médica que se le presta se deben manejar situaciones especiales en las que el personal de los centros que se adecuan y tienen la funcionalidad para prestar la salud deben ponderar las actuaciones a seguir de acuerdo a la valoración médica de cada paciente, de tal modo que si el paciente requiere un cuidado o valoración posterior para evaluar o revisar la efectividad del procedimiento médico prestado, ya que se puede presentar la necesidad de realizar otro tratamiento o la custodia y vigilancia.

Se puede concluir que los autores referenciados que han estudiado el tema de la responsabilidad del estado en la prestación del servicio de la salud le han dado un enfoque de la relación entre el administrado y el administrador, sin embargo la presente investigación tendrá una perspectiva más amplia en los elementos que constituyen la reparación directa por la falla, la omisión, la prestación defectuosa o la tardanza, las causales de exclusiones de responsabilidad del estado, pero sobre todo en como la aplicación de este medio de control de la reparación directa garantiza o no los derechos fundamentales de las personas.

LA REPARACIÓN DIRECTA COMO MEDIO DE CONTROL PARA PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para entender plenamente el contenido de este capítulo es preciso entender primeramente cuales son los derechos fundamentales que se pueden ver vulnerados por parte del estado en tema de falla médica y cuál es su significado ante la ley, pues bien; frente a esto encontramos que:

De acuerdo con su autor, Cabanellas de Torres (2016), la definición de vida proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental consiste en que la vida es declaración y la función del ser, la fase de marcha orgánica de los seres. El tiempo que se desarrolla desde el primer momento en que un ser respira hasta el segundo en que para de hacerlo. Pero también abarca la forma en que el ser convive en sociedad, sus costumbres y prácticas que en el caso del ser humano integra su relación tanto persona, como profesional, como familiar, o en un grupo social determinado.

La Salud, Se entiende como la garantía de que el concepto de vida se materialice bajo un como estado de completo bienestar, mental, físico, y social, y no solamente bajo la ausencia de afecciones o enfermedades.

La misma declaración universal de los derechos humanos obliga a los estados partes a adecuar sus constituciones conforme a lo acordado en ella. Por tal ordenamiento jurídico, el legislador en la carta política colombiana ha tenido en cuenta la efectividad de los derechos humanos “son fines esenciales del estado garantizar los derechos humanos”, (Const P. 1991, Art.,2) tales fines que se efectivizan a través del ministerio público (procuraduría, defensoría, personería) que tienen que aconsejar ejecutivo para que cumplan sus políticas, planes de desarrollo, y el articulado de la carta política en garantía de la convivencia pacífica y la erradicación de los monopolios

Dentro de la misma constitución política, se consagra la primacía de los derechos humanos; el Estado lo reconoce como una premisa porque son derechos que no se pueden negociar por ser propios e inherentes al ser humano, también fueron concebido por la carta política como esos

principios y valores sobre los cuales se desarrollan los demás derechos aceptados por el constituyente bajo el principio de la primacía de los derechos inalienables de la persona.

La función desplegada por el profesional de la medicina, que está capacitado y certificado puede encaminar un procedimiento para el tratamiento de una enfermedad, de tal forma que mediante este hecho se garantice un buen servicio de la salud al interesado que acude a la prestación del servicio, es así, como la actuación de un médico debe ser sujeta a los siguientes requisitos: por su fin este debe ser obligatoriamente curativo, preventivo, de alivio o de mejora estética siempre y cuando este último sea para mejorar la salud de las personas. El paciente que requiera el servicio de la salud y el mismo consienta su ejecución, debe con previa explicación del profesional experto en el tema, generar dicho consentimiento, de tal forma que el enfermo se encuentra en la libertad de decidir, cual es la mejor decisión para su vida; ajustado a la *lex artis*, la actividad prestada por los profesionales de la ciencia médica se reviste por la especial confianza depositada a favor de ellos en todos los actos que derivan la profesión, observando el referente de la ética desde los preceptos legales, la jurisprudencia, la culpa y preceptos profesionales del médico para desempeñar su función.

El sistema de salud por mandamiento legal, L. 1755, art. 4, 2015. Es la suma del grupo de normas y principios; políticas públicas; organismos; competencias y métodos; condiciones, aptitudes, obligaciones, derechos y deberes; controles; información y evaluación, en garantía del derecho fundamental de la salud.

El artículo 5, de la norma en referencia dispone que la salud, como un derecho fundamental reviste una especial atención por parte del estado, y una obligación para garantizar el goce efectivo cuando el individuo requiera su atención.

La reparación directa es un mecanismo que tienen los particulares para acudir a la administración de justicia hacer una reclamación monetaria por el daño causado por un agente o particular que se encuentra al servicio de una entidad pública, que presta sus servicios profesionales en un centro de atención médica, sin embargo, este puede ser llamado a reparar los daños causados por su imprudencia, impericia, mala praxis o falta de idoneidad para efectuar un procedimiento médico, lo que permite desprender la teoría de la responsabilidad objetiva, que se

conoce como una institución jurídica que obliga al funcionario que causa un daño antijurídico a repararlo.

Para el cabal entendimiento del contenido de este capítulo, hemos realizado una tabla sintetizadora de algunos pronunciamientos de las altas cortes, frente a conceptos se desea queden claros en la presente investigación.

MAGISTRADO PONENTE	NUMERO DE SENTENCIA	PRONUNCIAMIENTO
MAURICIO GONZALEZ PUERTO	(Sentencia T-075, 2014) Corte Constitucional.	"La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que, cuando el hecho causante del daño no coincida temporalmente con que el afectado lo haya conocido, en virtud del principio pro actione conduce al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del daño por la razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción a reclamar la reparación del daño. Porque, cuando el daño se produce de forma paulatina como efecto de sucesivos hechos u omisiones, o causas dañosas diversas, en cuyo caso el término para reclamar la indemnización de perjuicios corre de manera independiente para cada uno de los daños derivados de sucesivos eventos".
CRISTINA PARDO SCHLESINGER	(Sentencia T-171, 2018) Corte Constitucional.	"En concordancia con lo señalado por la sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor".
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	(Sentencia T-121, 2015) Corte Constitucional.	"En el ámbito internacional, se ha destacado que este derecho implica que se le 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.

Tabla numero uno- análisis jurisprudencial.

<p>LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ</p>	<p>(Sentencia T-121, 2015)</p> <p>Corte Constitucional.</p>	<p>En cuanto a los elementos que rigen el derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de aquellos componentes esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. El derecho a la salud incluye los siguientes elementos esenciales: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional.”</p>
<p>RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO</p>	<p>(Sentencia No. 25574, 2015)</p> <p>Consejo de Estado.</p>	<p>“El dolo o culpa grave, en la falla del servicio médico asistencial “El artículo 63 del Código Civil define la culpa grave y el dolo (...) Con todo, el análisis del juez administrativo no se detiene en la subsunción estricta de la conducta en la precitada norma, sino que debe atender a las particularidades de cada caso y al régimen de responsabilidad personal de los servidores públicos, así como al componente obligacional al que están atados en ejercicio de sus funciones”</p>
<p>Sala de lo contenciosos administrativo</p>	<p>(Sentencia No. 38815, 2016)</p> <p>Consejo de Estado.</p>	<p>“Esta corporación ha establecido que en los casos en los que se estudia la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio. Es decir, que debe establecerse que los perjuicios reclamados son imputables al incumplimiento de una obligación determinada. (...) para atribuir responsabilidad al Estado por omisión consistente en el incumplimiento de un deber legal se debe establecer i) que existía la obligación y que la misma no fue cumplida satisfactoriamente y ii) que la omisión fue la causa del daño, es decir, que de no haberse incurrido en la omisión de cumplimiento de obligaciones atribuidas por el ordenamiento jurídico no se hubiese materializado el daño. (...) cuando la falla atribuida a la Administración proviene del incumplimiento de una obligación legal.”</p>

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO EN CUANTO AL DAÑO CAUSADO POR FALLAS DEL SERVICIO MÉDICO

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación” (Const P. 1991, Art.,6) en el desarrollo de la función que se le ha encomendado de acuerdo al rol que desempeña en la entidad estatal. Es decir, los particulares responden por la Constitución, la ley y las demás regulaciones que existan internamente, ya sea a nivel departamental, municipal a nivel de junta de administradora local, al igual que un servidor público responde por todo lo anterior, también responde por las reglamentaciones internas y por el cumplimiento de sus funciones, no puede omitir o extralimitarse en el ejercicio de las mismas.

El espíritu del legislador de la constituyente, consagro en el articulado que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, estos causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Bajo estos conceptos ya plenamente definidos en los precedente es que entendemos que el medio de control de la reparación directa siendo una acción de carácter subjetivo, le permite al particular afectado por un agente del estado acudir directamente al juez para hacer la reclamación del daño ocasionado por el profesional de la salud, y en ese orden de ideas la entidad pública que sea condena a indemnizar el daño, puede repetir en contra del funcionario dentro de los dos años siguientes, siempre y cuando se demuestre la responsabilidad del agente contra el cual se dirige la acción ya sea por su conducta dolosa o gravemente culposa.

La ley establece que cuando la causa del daño es un hecho, una omisión o una operación administrativa, entre otras, la norma que aplica para el personal administrativo y médico de las entidades públicas sin importar el tipo de contrato será el Código Administrativo y de lo contencioso administrativo, toda vez que los profesionales que ejercen estas actividades cumplen una función pública. Es de resaltar que la reparación directa recae sobre el estado, sin embargo, en los eventos en que un particular tenía la obligación, este puede ser llamado en garantía para que responda por la actividad o inactividad.

La responsabilidad medica del Estado, comprende el acto, las actuaciones médicas sucesivas y concertadas tendientes al estudio patológico y vital del paciente, por ello las fallas que prevengan directamente de la prestación del servicio, involucra una responsabilidad pecuniaria, ya sea por la acción de la administración, o por la inoperancia en la acción del profesional. Es por ello que se debe tener en cuenta unos hechos previos teniendo en cuenta que el paciente acude al servicio de la salud del cual goza y puede hacer uso en el momento que lo requiera, por ello la entidad prestadora del servicio tiene la obligación de atender al paciente, durante el desarrollo de la labor el profesional designado para tal fin debe poner en practica todos sus conocimientos y experiencias para dar lo mejor de sí, y posteriormente la función que debe seguir tanto el paciente como el profesional en el sentido que el uno hace todas las recomendaciones, formulas y ordenes médicas que correspondan y el otro atiende lo encomendado para que el seguimiento y control sea eficiente.

La responsabilidad administrativa y patrimonial, se origina por la prestación de la labor medica por parte de las entidades públicas que se encuentra en cabeza de los funcionarios o empleados públicos que cumplen una función medica determinada, actividad que pude derivar un componente económico en caso de presentar un daño por su función, sin importar la causa, para este paralelo nos enfocaremos directamente al daño que se hace necesario reparar, en primera medida por parte del paciente para garantizar su salud y posteriormente la responsabilidad en cabeza de quien causo el daño que se obliga a reparar o compensar el hecho. Las falencias derivadas por la ejecución del servicio médico, pueden ser objeto de una reparación patrimonial, cuando se logre probar que la administración incurrió en error en la acción, u omitió realizar un acto por carencia técnica, de esta forma se causa el daño al paciente ya sea como la autonomía, la dignidad, el mínimo vital, la salud, la vida y la libertad de locomoción de todo su cuerpo, es así que de las dos anteriores se constituye el nexo de causalidad.

Se debe seguir una serie de pasos estructuradores de la responsabilidad, en la prestación del servicio de la salud pueden ser de tipo contractual y extracontractual, la falla en el servicio, consiste en la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos que se puede apreciar a simple vista el daño ocasionado por la deficiente o extralimitada función de la entidad administradora, por el accionar, la omisión, la ineficacia, la impericia, la demora o la ausencia para

prestar el servicio, el mismo daño causado al paciente que puede ser una perturbación o lesión y la relación de causalidad que conforman los elementos necesarios para buscar una indemnización.

La atención médica oportuna y profesional es un medio para los pacientes que le permite subsanar la salud para continuar con la vida, por ello el profesional se obliga a desplegar sus conocimientos dentro de la ciencia, pericia, prudencia e idoneidad para curar la enfermedad del cliente, también se pueden encontrar escenarios en los que la medicina debe enfocarse a un resultado cuando el paciente busca mejorar algo de su cuerpo con la estética de las cirugías plásticas, procedimientos dentales y reconstrucción donde el cliente busca un fin.

Aquel profesional que presta el servicio médico de la salud, se presume por sola lógica que es la persona idónea y con la experticia para tratar al paciente que requiere de su conocimiento técnico, es así que el profesional preste, por sí mismo, el servicio requerido, la sustitución de un profesional por otro, es jurídicamente viable dentro de ciertas condiciones, el código dispone, a este respecto que el profesional puede delegar su función, si, no se le ha prohibido, pero; cuando lo hiciere no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios, ya que los profesionales de la salud depositan la confianza en sus auxiliares, quienes no cuentan con la idoneidad y experticia suficiente para llevar las riendas de una vida y esto lleva a cometer un error médico, que es sujeta a una reparación directa cuando se logre probar los tres elementos que la conforman. Para la configuración de cualquier responsabilidad civil, es indispensable la concurrencia de tres elementos que hemos destacado, como lo es el daño, una culpa y un nexo causal, entre la entidad o sus representantes en el desarrollo de sus funciones y el hecho dañoso ocasionado que lleva a determinar una responsabilidad que se encuentran plasmados desde la misma carta política para entablar una reparación directa, es de resaltar que por tratarse de un tema que reviste características profesionales se debe enfocar el esfuerzo en la culpabilidad, ya que el profesional que presta el servicio cuenta con los conocimientos técnicos y científicos para prestar su función por ende el margen de error es diminuto.

El daño, es aquella actividad, o inactividad del estado, que el particular no está obligado a soportar, ya sea porque es contrario a la constitución o a la ley, así las cosas el daño es el resultado

de una falta de profesionalismo, o mala praxis por parte del profesional que afecta directamente la salud del paciente, situación que le puede ocasionar la pérdida de la vida, la disminución permanente o periódica de la salud del paciente, por lo tanto el administrado entra a ser afectado por la actuación de la administración y puede acudir a la administración para reclamar patrimonialmente por los daños.

En el evento de un daño se puede acudir a la jurisdicción civil, por sí mismo, o por medio de apoderado para que mediante un proceso el juez competente declare la responsabilidad por el daño ocasionado al causante a favor del paciente afectado. Con la entrada de la carta política, el constituyente incorporó la responsabilidad del Estado al ligar la responsabilidad estatal, ampliando expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal, consagrando ella abarcara el límite de la falla del servicio, por otro lado, se ha reconocido jurisprudencialmente la responsabilidad contencioso administrativa para reparar la víctima

El nexo de causalidad, que no es más que la relación de causalidad entre la prestación del servicio de la salud suministrado por parte de una entidad pública, y el daño causado por el tratamiento médico prestado, esta responsabilidad debe ser analizada como un todo para observar la conducta desplegada por el funcionario, de tal forma que permita inferir razonablemente que la actividad fue la causa que perpetró el daño al administrado.

La responsabilidad de la reparación directa que recae en cabeza del estado, cuando uno de sus agentes causó un daño por su acción u omisión en la prestación de un servicio, como la salud, pero esta responsabilidad debe ser demostrada y comprobada con dolo o culpa gravemente culposa, para verificar, si el daño fue producto de un caso fortuito, fuerza mayor, hechos de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, que para este caso la responsabilidad recae directamente en la administración.

Para configurar la responsabilidad directa, a una entidad pública se tiene que demostrar la omisión, la prestación defectuosa, la tardanza en la prestación del servicio de la salud por parte del profesional de la medicina, hacia el paciente que requiere los servicios médicos para tratar la enfermedad, dolencia, o síntomas que lo aquejan, es de resaltar que la función del médico es una

tarea de medios y no de resultados, sin embargo, el funcionario se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas activas y pasivas para proteger la vida del paciente.

Para enredar una obligación se requiere de dos individuos que de común acuerdo acceden a contraer un bien, servicio u otra necesidad, en algunos eventos la suscripción de un objeto contractual recae en dos personas naturales, jurídicas, o mixta, como en nuestro tema objeto de debate se encuentra que los pacientes acuden al servicio médico que es prestado por el estado o por una entidad privada, es decir el acuerdo de voluntades surgido entre las partes, como lo es la que surge entre el paciente y la EPS o médico.

Los actos desplegados por los funcionarios de las entidades delegadas para la prestación de la salud en la mayoría de los eventos comporta un riesgo que se encuentra legalmente permitido con alguna reglas para las empresas y sujetos que prestan el servicio dependiendo el rol que en cada caso corresponda, si es la empresa prestadora del servicio a garantizar las labores administrativas y en el caso del médico a prestar el servicio con la idoneidad del caso y observando las reglas que legislan la actividad, por ello las “actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica” (asociación colombiana de derecho de seguros, 2005, P. 84)

Todas las profesiones se encuentran legalmente reguladas por el estado, para el caso de la salud por tratarse de un derecho fundamental, cuya protección recae directamente en el estado cada día se busca que la ciencia se armonice con la tecnología para prestar un servicio más eficiente y eficaz al interesado, de igual forma se han determinado los roles y las actividades que se deben ejecutar de acuerdo al servicio que se presta, para el caso de los profesionales de la medicina, la *lex artis*, nos muestra como las especiales características del médico, deben ser idóneas, puesto que la complejidad del acto y la transcendencia que conlleva para la vida del paciente así lo amerita. Así las cosas los resultados de la actividad ejecutada se ven reflejados en el paciente por ello se requiere de una actividad previa al servicio, durante el tratamiento y posterior a la labor prestada en el sentido de efectuar los respectivos controles y seguimientos que se requieran.

Al momento de probar la responsabilidad que recae en los hombros de los expertos en materia médica, se tiene que determinar el daño padecido al paciente, es decir la lesión física o psíquica que se produzca por la prestación del servicio humano, bajo este presupuesto el juicio que se debe plantear se orienta al perjuicio patrimonial o moral para determinar la reparación que se pretende en beneficio del afectado por el perjuicio ocasionado.

Por regla general la función que prestan los profesionales de la salud, se ha determinado que no es más que una actividad de medios, porque se busca es prestar un servicio de calidad para satisfacer a los interesados, aunque el profesional que presta el servicio requiere de una idoneidad suficiente, ya que el paciente deposita toda su confianza en el medico al suponer que este sabe que enfermedad o afectación tiene el paciente y cuál es su mejor curso de acción para ser ejecutado de inmediato, sin embargo para dar una excepción a esa regla, se encuentra que cuando el interesado se encuentra bien de estado de salud y de manera voluntaria pretende acudir al médico, para que este preste sus servicios profesionales para adelantar un tratamiento específico sin que medie enfermedad alguna, sino más bien la intención de un gusto.

En la prestación de la actividad médica se requiere una idoneidad para prestar el servicio humano, de tal modo que el médico efectúe una preparación al paciente para que este asimile y tenga conocimiento pleno del acto a seguir, así las cosas paralelo a ello, se debe dar a conocer el tratamiento, los beneficios, ventajas y desventajas para que el paciente, o cuando se carezca de la capacidad su familia de su consentimiento y autorización el tratamiento necesario por parte del profesional se bate por hacer el respectivo procedimiento con los conocimientos, de tal forma que no se desligue una mala práctica que le llegue a ocasionar daño al paciente y este puede ser objeto de un perjuicio que se tenga que remediar, y finalmente el seguimiento y control posterior al acto médico y determinar si fue eficaz o ineficaz, de este modo, se considera que la actuación del médico fue negligente cuando las complicaciones que surgen de la intervención se presentan inmediatamente finalizada la operación.

Para llevar a cabo un procedimiento médico en el que existen altas probabilidades de muerte por el riesgo que trae el mismo, se requiere dar a conocer al paciente, e incluso a su familia de los aciertos y desaciertos para que de esta forma obre la voluntad del paciente y este de manera expresa

mediante su firma consienta para que se le efectuó el respectivo procedimiento médico, así las cosas la figura del consentimiento informado cada vez toma más fuerza porque este puede favorecer al médico que presto de manera eficiente su servicio, o por el contrario amparar al paciente que recibió un procedimiento de un profesional de la salud que por negligencia o una mala praxis causo un daño.

GARANTÍAS EN EL RESARCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PACIENTES AFECTADOS POR FALLAS DEL SERVICIO MÉDICO

A partir de entrada de la carta política el régimen de responsabilidad patrimonial del estado se enfoca en determinar la responsabilidad por el rol, o función prestada por el agente del estado, que, en la consumación de la actividad profesional de la medicina, sin embargo, es necesario tener en cuenta que el profesional de la salud desarrollo su función de manera diligente y cuidadosa. La jurisprudencia ha señalado lineamientos profesionales respectivos a la Lex artis, ya que el paciente en la mayoría de los casos específicamente tratándose intervenciones quirúrgicas no cuenta con los conocimientos científicos o con los mecanismos necesarios para materializar su actividad profesional en un paciente que requiere de una atención médica.

La fundamentación de dicha orientación cómo se advierte era de tipo netamente práctico pues no se apoyó en los términos generales esbozados en la sentencia de 1990 (expediente 5.902) sino en la facilidad probatoria que tiene profesional de la medicina para acreditar que en el procedimiento respectivo actuó con prudencia y diligencia, durante un tiempo se encaminó en el concepto de falla presunta el cual, se utilizaba para sustentar la imputación que se le hace al Estado, en los casos en los que se pretende atribuir responsabilidad como consecuencia de la actividad del servicio médico que se desplegó como obligación de la prestación de la salud, por ello las entidades que se les ha encomendado la función tienen una responsabilidad enorme, ya que el fin no es atender al paciente, sino más bien garantizar el servicio con altos estándares de calidad que le faciliten al paciente vivir de manera más digna, de igual forma se debe realizar la función de vigilancia, control y la gestión de calidad para que los funcionarios que prestan el servicio sean las personas más estudiadas e idóneas en la materia de la ciencia médica.

Frente a la responsabilidad contractual del Estado, en la actualidad se debe probar bajo el sistema aplicable para la responsabilidad que recae en la administración por actividad médico-sanitaria, sin embargo; debe aclararse que el paciente que sufre el daño por la mala prestación de la función médica, puede acudir ante el aparato judicial, mediante el medio de control de reparación directa no está totalmente absuelto de realizar actividad probatoria mínima, para aprobar los hechos

que pretende hacer valer. De igual forma, como se puede evidenciar en basta jurisprudencia de la corte y del consejo de estado, dentro de la demanda, se debe evidenciar claramente la falla en el servicio, el daño antijurídico, y el nexo causal, que con los resultados de la presente investigación se muestra no es tan sencilla de probar o conseguir.

La falla presunta ha tenido realce con el transcurso de los años, toda vez que esta se orienta a los mínimos que debe tener el profesional que no son otra cosa que los requisitos calificantes que determinan la calidad de los conocimientos técnicos y científicos que ostenta el profesional en la ciencia médica, los cuales pretende poner en práctica en desarrollo de las actividades que se le sean encomendadas por el empleador, por esta razón la actividad inequívoca facilitan la misión que se les ha encomendado a las entidades prestadoras de tal labor, sin embargo en el evento que la persona destinada para adelantar el tratamiento médico cause un daño por el acto ejecutado, este mismo puede ser llamado a responder solidariamente por la entidad, o si el profesional de la salud ostenta la calidad de servidor público, la entidad puede repetir en contra del mismo e investigar disciplinariamente para determinar si con sus actos afecto el deber funcional de la administración, es por ello que las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes en relación con la conducta del demandado para adoptar la decisión.

La responsabilidad civil busca determinar el equivalente de los daños que son susceptibles de una reparación o resarcimiento por parte de la empresa prestadora del servicio, como causante a favor del paciente que sufría la patología cuando acudió al centro de atención médica, en algunos eventos cuando se pone en riesgo la vida del interesado, el consentimiento informado requiere una solemnidad para llevar a cabo este aspecto, es por ello que en un contrato, convenio o convención celebrado entre el causante y el perjudicado. De igual modo, se entiende como la obligación de indemnizar los gastos pecuniarios del daño causado para el reconocimiento o resarcimiento de un daño no se requiere el lleno de solemnidades, tan solo basta con la comisión de aquel hecho que ocasiono el daño que se pretende hacer valer.

Los daños materiales son concebidos como la afectación al patrimonio económico de las personas. Por lo que para el tema objeto de estudio es pertinente poner de presente que en un procedimiento médico en el que el profesional de la salud actúa con negligencia, impericia,

imprudencia o mala praxis genera un daño al paciente, y este último tiene que valer de sus recursos económicos para acudir a un centro médico para subsanar el daño que le ocasiono el médico que careció de la idoneidad.

El daño emergente se conoce como el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado, por lo que para una mejor ilustración son todos aquellos gastos asumidos por el perjudicado para costear los efectos del daño, a fin de intentar mitigar o eliminar el daño que se le fue ocasionado por el centro médico o el profesional que presta el servicio humano de la salud.

Podemos decir que el lucro cesante es la “frustración o privatización de un aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada en los hechos dañosos”. (Martínez, 1993, P. 211), es decir la falta de productividad, rendimiento de los bienes o servicios que posee el paciente producto de su trabajo, sin embargo estos se ponen en riesgo en pro del derecho a la vida que tiene un valor superior al mismo patrimonio, se puede argumentar que las personas cuando presentan una enfermedad o molestia que afecta directa o indirectamente esta hace lo imposible para subsanar el percance y de esta forma gozar de una salud perdurable, aunque en algunos casos les cueste la fortuna que han logrado durante muchos años.

Podría entrarse a decir que la responsabilidad por los daños materiales y morales puede ser vista y analizada directamente por un asunto de responsabilidad civil, ya que la acción que de aquella nace evidencia como ha sido quebrantado por la entidad o el profesional. la salud del paciente, que por un mal procedimiento se puso en riesgo la vida, sus órganos, estética corporal u otros a fines por una mala praxis médica que pudo haber sido prevista y neutralizada al momento de prestar el servicio de la salud.

En las decisiones proferidas por los órganos facultados para el tema materia de investigación, las condenas deben (i) declarar civilmente responsable a la persona que tiene la obligación de indemnizar, y (ii) indicar al menos los perjuicios que debe indemnizar, precisando si son materiales el rubro de ellos a lo que hemos dicho anteriormente como la indemnización al daño emergente y al lucro cesante, de tal suerte que se logre hacer una reparación integral a la víctima o víctimas que tuvieron que soportar el daño causado por el servicio prestado de la entidad, o el

profesional de la salud. Vale la pena decir que la reparación monetaria busca resarcir el daño ya que el daño es imborrable en el paciente.

La responsabilidad por el hecho ajeno ha sido decantada en repetidas oportunidades por eso “legislativamente se consagro la responsabilidad civil de las personas que, aunque personalmente no ejecutan el hecho dañoso, si deben responder civilmente, patrimonialmente, con fundamento en los vínculos que tienen con el directamente causante”. Este tipo de responsabilidad es evidente en la vida real, ya que se deposita la confianza entera en terceros que se encuentran en proceso de formación, o no cuentan con los conocimientos científicos para la labor médica y no se ejecutan labores de control y supervisión, a falta de esta carencia se causan los daños por desconocimiento, o falta de idoneidad, quizá lo álgido del tema es que no se le da la importancia necesaria a la profesión y se deja en manos de personas inexpertas que aunque pretendan hacer lo mejor de sí, carecen de la idoneidad, lo que los lleva a cometer un daño en la vida del paciente. (Martínez, 1993, P. 261)

La evaluación del daño debe abarcar al menos el daño o lesión patrimonial teniendo como precedente el impacto o la secuencia en el tiempo. El daño puede ser pasado, presente o futuro. Pero esa referencia temporal puede tener momentos iniciales distintos y por lo tanto es necesario precisarlos para los efectos de la evaluación, a fin de tomar una decisión coherente y ajustada a la realidad, toda vez que lo que se pretende es resarcir en su totalidad el daño que tuvo que soportar el paciente por las razones que hayan surgido en el procedimiento que requería en pro de su salud.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que con el estudio del tema de la responsabilidad del estado puede ser civil, penal y disciplinaria en la prestación del servicio de la salud tanto en el enfoque de la relación entre el administrado y el administrador por la actividad o inactividad de los mismos, es menester tener de presente los elementos necesarios que edifican la reparación directa por la falla, la omisión, la prestación defectuosa o la tardanza en la prestación del servicio que en algunas oportunidades las consecuencias pueden llegar a ser la pérdida de la vida, así las cosas el daño ocasionado al paciente, y la relación de causalidad entre la prestación del servicio y el daño se concibe por la norma como el nexo; también es necesario poner de presente las causales de exclusión de responsabilidad en la prestación del servicio de la salud tales como la fuerza mayor que es algo irresistible por tratarse de asuntos de la naturaleza, el caso fortuito que origina por un hecho que no es previsible para los extremos, los hechos de un tercero en los que se puede dar los auxiliares o practicantes en formación y la culpa exclusiva de la víctima cuando se causa por sí mismo el daño son términos esenciales para demostrar la responsabilidad del estado colombiano en cuanto al daño causado por fallas del servicio médico.

Que la responsabilidad contractual del Estado, en la actualidad se debe probar bajo el sistema aplicable para la responsabilidad que recae en la administración por actividad médico-sanitaria, sin embargo; debe aclararse que el paciente que sufre el daño por la mala prestación de la función médica, puede acudir ante el aparato judicial, mediante el medio de control de reparación directa no está totalmente absuelto de realizar actividad probatoria mínima, para aprobar los hechos que pretende hacer valer. De igual forma, como se puede evidenciar en basta jurisprudencia de la corte y del consejo de estado, dentro de la demanda, se debe evidenciar claramente la falla en el servicio, el daño antijurídico, y el nexo causal, que con los resultados de la presente investigación se muestra no es tan sencilla de probar o conseguir.

De igual modo es evidente que después de lo anteriormente expuesto las garantías en el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes afectados por fallas del servicio médico en Colombia son bajas, y bajo el fundamento de que Colombia es un estado social de derecho y debe garantizar la plena protección de los derechos fundamentales se considera que la

reparación integral del daño causado por fallas del servicio médico, producida por una entidad del estado, no garantiza el resarcimiento de los derechos fundamentales de los pacientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normatividad

- ✓ Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). (01 de marzo de 2019), recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- ✓ Convención Americana sobre Derechos Humanos (7 a 22 de noviembre de 1969). (20 de abril de 2019). Recuperado de:
https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html
- ✓ Declaración Universal de los Derechos humanos (1948). (15 de abril de 2019) recuperado de:<http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/NormativaNacional/Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos%20de%201948.pdf>
- ✓ ley 10/1990, enero 10,1990. (Colombia).(20 abril de 2019), recuperado de:
https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200010%20DE%201990.pdf
- ✓ Ley 1437/2011, enero 18,2011. (Colombia). (01 de marzo de 2019), Recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- ✓ Código de ética y deontología del colegio médico de Perú [C.D.E.D.P], Perú. (10/09/2019). Recuperado de: <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2019/01/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOG%C3%8DA.pdf>

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- ✓ Corte Constitucional [C.C.], Sala tercera de revisión, marzo 26,2015. M.P: L Guerrero, Sentencia T-121/15. Colombia. 10/03/2019, recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-121-15.htm>
- ✓ Corte Constitucional [C.C.], sala segunda, julio 31,2018. M.P: M Cepeda, Sentencia T-760/08. Colombia. 15/06/2019. Recuperado de:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Sentencia-T-760-08.pdf>

- ✓ Corte Constitucional [C.C.], Sala segunda de revisión, febrero 7, 2014. M.P: M González, Sentencia T-075/14. Colombia. 10/03/2019, de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-075-14.htm>
- ✓ Corte Constitucional [C.C.], sala séptima de revisión, mayo 7 de 2018. M.P C Pardo, Sentencia T-171/18. Colombia. 10/03/2019 Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-171-18.htm>

Consejo de Estado

- ✓ Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, abril 29, 2015, M.P: L Guerrero, Auto N°17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), 12/03/2019 Recuperado de:
<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/17001233100019980066701.pdf>
- ✓ Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, julio 14, 2016, M.P: M Velasquez, Auto N°. 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815), 12/03/2019. Recuperado de:
[https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Sentencias/CE%20SCA%20SECI25000-23-26-000-2006-01728-01\(38815\).pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Sentencias/CE%20SCA%20SECI25000-23-26-000-2006-01728-01(38815).pdf)

Tesis y monografías

- ✓ Mendoza, A., Arciniegas, G., (2014) La caducidad en la pretensión de reparación directa respecto al delito de desaparición forzada, (Tesis de grado, universidad militar nueva granada) Recuperado de:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12638/Trabajo%20de%20Grado%20completo%2026062014.pdf;jsessionid=EB5EDA031BEDE69898D133D2F1D34808?sequence>
- ✓ Quintero, M., (2012) La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del estado-una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, (Tesis de grado, Universidad del Rosario) Bogotá-Colombia.

- ✓ Uribe, A., (2015) Responsabilidad del Estado frente a la prestación de servicios de salud y actos médicos. (Trabajo de grado, universidad CES). Medellín-Colombia.
- ✓ Valderrama, J., (2014) Régimen de falla del servicio en medios de control sobre responsabilidad medica: arbitrariedad en la decisión judicial o constitucionalizarían del derecho. (Tesis de grado magister, Universidad Nacional de Colombia) Bogotá-Colombia.

Doctrina

- ✓ Asociación colombiana de derecho de seguros (2005) *la responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*. Bogotá – Colombia – Editorial Guadalupe LTDA.
- ✓ Bello. D., (2011) la responsabilidad médica. Bogotá – Colombia – Editorial Temis S.A.
- ✓ Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho*, tercera edición, Bogotá-Colombia, Editorial Temis.
- ✓ Gil Botero, E. (sexta edición), *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Capitulo VII, de la responsabilidad del Estado por la actividad médico-sanitaria, Bogotá- Colombia, Editorial Temis.
- ✓ Gutiérrez, W.R. (1999) *manual de procedimiento contencioso administrativo*. Bogotá – Colombia, Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- ✓ Martínez G., (1993) La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín – Colombia – Editorial Litocolor LTDA.
- ✓ Rivadeneira, R. (2009) *manual de derecho procesal administrativo*, Medellín-Colombia, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.
- ✓ Sánchez, s. (2009) *en torno a la igualdad y a la desigualdad*. Madrid: DIKINSON, S.L. Meléndez Valdés.
- ✓ Tabarquino, M. R. (2011). *los servicios públicos domiciliarios en Colombia: una mirada desde la ciencia de la política pública y la regulación*. Cali – Colombia, Editorial Eumed.Net.