

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-28
		Versión: 01
		Página 1 de 23

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO A LA SALUD DE PERSONAS CON CAPACIDADES DIFERENTES POR LAS OMISIONES EN LA ATENCIÓN EN LOS SERVICIOS HOSPITALARIOS PÚBLICOS

LUIS FELIPE LOPERA MEJÍA
E-mail: felipelopera26@hotmail.com

2019

Resumen: En el presente artículo se lleva a cabo una identificación de la configuración de la responsabilidad del Estado por el daño a la salud de personas con capacidades diferentes por las omisiones en la atención en los servicios hospitalarios públicos; para ello, se parte de la descripción de los fundamentos de la responsabilidad del Estado, de las instituciones frente a las omisiones en la prestación de servicios en las entidades públicas de salud; a su vez, se identifican las diferentes barreras de acceso a los servicios de salud a cargo del Estado de la población en situación de discapacidad; y por último, se analiza desde la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado derivada de la ocurrencia de las omisiones por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud frente a dicho grupo poblacional en la última década.

Palabras claves: *Responsabilidad del Estado, Daño a la salud, Personas con capacidad diferente, Falla del servicio, Atención en salud, Servicios hospitalarios, Hospitales públicos.*

Abstract: In this article an identification of the configuration of the responsibility of the State for the damage to the health of people with different abilities is carried out due to the omissions in the attention in the public hospital services; for this, it is based on the description of the fundamentals of the responsibility of the State, of the institutions against omissions in the rendering of services in public health entities; In turn, the different barriers to access to health services by the State of the population in a situation of disability are identified; and finally, it is analyzed from the jurisprudence emanating from the State Council, the responsibility of the State derived from the occurrence of the omissions on the part of the entities providing health services in front of said population group in the last decade.

Key words: *State responsibility, damage to health, people with different capacity, service failure, health care, hospital services, public hospitals.*

INTRODUCCIÓN

El Estado es un ente jurídico que debe tener a su cargo la obligación de la prestación de servicios públicos, conservación de vida, honra y bienes de los habitantes en Colombia por mandato constitucional y legal. Es en

este contexto donde entra a jugar un papel importante el tema de la Responsabilidad del Estado, como mecanismo jurídico para la búsqueda de un resarcimiento al Estado de Bienestar General al que todos los ciudadanos tienen derecho y que se ve afectado directa o indirectamente por el

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 2 de 23</p>

ejercicio de los agentes del Estado que actúan en su representación.

Así, cuando se habla de responsabilidad del Estado, se hace referencia al principio de legalidad, desde el cual se presume que toda actuación del Estado es conforme a derecho; esta presunción es a favor del Estado, ya que es el demandante quien debe demostrar que esa actuación no es conforme a derecho.

En función de esa obligación de prestación de servicios públicos, la Constitución Política de 1991, específicamente en su artículo 13, determinó la protección especial que debe brindar el Estado a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta debido a su condición física o mental, precepto dentro del cual se ampara a las personas con capacidades diferentes en

Colombia; a su vez, el artículo 47 de la Carta Política estipula que el Estado debe adelantar una política pública para las personas con capacidades diferentes, a quienes se les debe prestar la atención especializada que requieran.

De igual manera, la Ley 100 de 1993, en el numeral 3.6 del artículo 153, modificado por la Ley 1438 de 2011, señala que uno de los principios del sistema general de seguridad social en salud es el enfoque diferencial, a través del cual se reconoce a la población en condición de discapacidad la necesidad de ofrecer unas garantías especiales para su atención.

La pretensión de este trabajo se centra en establecer la responsabilidad del Estado por el daño a la salud de personas con capacidades diferentes por las omisiones en

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 3 de 23</p>

la atención en los servicios hospitalarios públicos; para ello, se debe partir de un análisis de los fundamentos de la responsabilidad del Estado cuando se presentan omisiones en la prestación de servicios que están a su cargo y, por tanto, de las instituciones y de los profesionales frente a la prestación de servicios de las entidades públicas de salud, así como la identificación de las diferentes barreras de acceso a los servicios de salud a cargo del Estado de la población en situación de discapacidad en Medellín y su Área Metropolitana, para finalmente valorar desde la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado derivada de la ocurrencia de las omisiones por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud frente a dicho grupo poblacional.

Esta es una problemática que se desprende de la identificación de las razones por las cuales el Estado debe velar por el mantenimiento de sus entidades públicas de salud, que tienen la responsabilidad de brindar una especial atención a poblaciones diferenciadas, como es el caso de las personas con algún tipo capacidad diferente, cuyos fundamentos determinan la responsabilidad del Estado, bien sea por la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional o el daño antijurídico, esto debido a que el Estado como órgano director y administrador de los intereses generales de la comunidad, agrupada dentro de su respectivo territorio, en ocasiones causa un daño a aquellos habitantes, el cual estos no están en la obligación de soportar y como consecuencia debe haber un sujeto activo el cual responda ante aquella lesión patrimonial.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 23

Precisamente, las entidades públicas que prestan servicios de salud corresponden a uno de los sectores que mayor grado de vulnerabilidad presentan por los altos índices de afectaciones que ocasionan a los usuarios con capacidades diferentes, en gran medida, debido a las falencias mismas del sistema a nivel administrativo y operativo, bien por las acciones u omisiones de los agentes del Estado que tienen a su cargo funciones dentro de este tipo de entidades o debida a las carencias mismas del sistema de salud.

Las clínicas y hospitales de carácter público de la ciudad de Medellín no escapan a esta realidad, y aun a pesar de contar con modelos integrales de atención en salud dirigidos a la priorización de poblaciones con necesidades especiales como son las personas en situación de discapacidad, este enfoque en

la práctica no se traduce en un accionar sistemático, ya que muchas veces la atención se brinda de acuerdo a las características de cada caso en particular, de la disponibilidad de recursos del establecimiento hospitalario o del personal disponible para atender a los usuarios del sistema.

1. La responsabilidad del Estado en la atención en salud

Colombia, en virtud del principio establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, en donde se señala que el país es un Estado Social de Derecho, implica que dentro de sus bases fundamentales está el proteger los derechos fundamentales; dicha premisa conlleva también la defensa de otros derechos de carácter social dentro de los que se destaca la salud.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 23

Según estas premisas:

(...) el nuevo ordenamiento constitucional le da prevalencia al ser humano como sujeto de derechos ya que procura satisfacer por intermedio de su administración, las necesidades básicas insatisfechas de los individuos; distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un estándar de vida más elevado, convirtiendo a los derechos económicos y sociales en conquistas en permanente realización y perfeccionamiento (Durán, 2001, p. 56).

Esta concepción filosófica de carácter asistencial conlleva a que el Estado debe garantizar la cobertura de derechos de naturaleza individual de la ciudadanía desde el ámbito de las necesidades sociales. Para González (2005), lo que se pretende es que el Estado asuma la responsabilidad de su obligación en temas sociales, especialmente cuando, en cumplimiento de dicha responsabilidad, se presentan daños que lesionan en su salud y su integridad a la ciudadanía.

Dicha obligación, frente al derecho a la

salud, implica que:

(...) las mismas se establecieron con miras a fijar límites a la potestad de los Estados para la elaboración y ejecución de las políticas públicas sobre la materia. Estos compromisos están dados en términos de que el Estado deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, es decir, la dotación e infraestructura necesarias para hacer efectivo este derecho (González, 2005, p. 3).

Adicional a lo anterior, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios que prestan las entidades de salud para que todas las personas puedan acceder a estos; de ahí que los responsables de administrar el sistema garanticen que las instituciones de prestación de servicios de salud cuenten con todo lo necesario para ofrecer un servicio óptimo, de calidad y que no menoscabe los derechos de los usuarios.

De lo anterior se desprende que las instituciones hospitalarias adquieren una

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 23

serie de obligaciones al momento de prestar los servicios médicos. Para Yepes (2004), las entidades de salud se constituyen en el ámbito espacial en donde el médico desarrolla su labor profesional y en donde la medicina cumple sus fines, los cuáles son cuidar la salud del hombre, propender por la previsión de las enfermedades y mejorar los patrones de vida de la colectividad.

El hospital o la clínica cumplen una labor esencial en relación con la vida y la salud, y por ello debe rechazarse y castigarse cualquier acción que atente injustamente contra estos bienes.

Uno de los puntos más discutidos con relación a los deberes de las clínicas y los hospitales, es el referente a la obligación de seguridad que le impone al establecimiento el deber de responder por los accidentes que le

ocurran al enfermo durante la ejecución del contrato.

Al respecto, se destaca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá (1988), en el cual se condenó civilmente a una clínica, porque un paciente después de operado sufrió un paro cardíaco-respiratorio, debido a la terminación del oxígeno del tanque al que estaba conectado. En el fallo se dijo que

la interrupción en el suministro del oxígeno constituye, sin lugar a dudas, un acto que genera responsabilidad civil del hospital por cuanto que, se presume, un paciente en sala de cuidados intensivos ha de estar permanentemente vigilado y cuidado, situación que no ocurrió en el presente caso (Tribunal Superior de Bogotá, 1988).

Esta situación y otras similares conllevan la responsabilidad de las entidades de salud, la cual consiste en la obligación resarcitoria que surge para estos establecimientos, con

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 7 de 23</p>

ocasión de los daños causados a las personas que acuden a solicitar sus servicios.

Para desarrollar estas cuestiones es necesario hacer referencia al vínculo que une al paciente y a la entidad de salud que se da a través del Contrato de servicios hospitalarios, para luego tratar sus consecuencias jurídicas (obligaciones de las clínicas y los hospitales) y, por último, desarrollar el servicio médico inminente y necesario.

Según Martínez (2013), ya que la actuación del médico puede comprometer, en ocasiones, la responsabilidad de estos establecimientos, igualmente dichas instituciones adquieren obligaciones que se deben ejecutar cuando se prestan servicios de salud. Para que el establecimiento hospitalario cumpla acertadamente la función que ejerce en la sociedad, como se

mencionaba anteriormente, debe prestar sus servicios con calidad y cantidad, de tal forma que exista un equilibrio entre la demanda del servicio y la oferta de servicios médicos.

El contrato de servicios médicos puede coexistir con el contrato de hospitalización, el cual se celebra con la clínica y comprende prestaciones tales como la atención de enfermeras, el hospedaje, el suministro de alimentos y drogas y, en general, el cuidado y la custodia del enfermo.

Así como pueden coexistir ambos contratos con una vida jurídica independiente, también puede darse la posibilidad de que únicamente se celebre el contrato de hospitalización con la clínica con el fin de que ésta suministre al paciente los dos tipos de prestaciones, es decir, la asistencia facultativa y los servicios

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 8 de 23</p>

hospitalarios. En estos casos la clínica cuenta con médicos dentro de su personal que están bajo su dependencia y subordinación y que pueden catalogarse como trabajadores vinculados a la institución. La clínica, por tanto, debe responder por el hecho de sus dependientes en el caso de las enfermeras, cuando éstas ocasionan un menoscabo en la salud de los pacientes, durante el tiempo en que éstos se encuentren bajo los servicios de la institución.

Volviendo al contrato de servicios hospitalarios cabe señalar que sus elementos integrantes son los mismos de cualquier acto jurídico y que su cumplimiento defectuoso, o su incumplimiento parcial o total, conlleva la responsabilidad de la institución hospitalaria.

Los deberes de los establecimientos hospitalarios surgen del contrato de

hospitalización y de la naturaleza de los servicios que se prestan en estas instituciones. Las obligaciones de la clínica implican brindar servicios de alojamiento, alimentación, suministro de drogas, exámenes y cuidado de los pacientes para que estos se recuperen.

Igualmente la clínica está obligada a mantener los aparatos e instrumentos que se utilizan para los diversos usos del hospital en un perfecto estado, so pena de responder por los daños que se causen a los pacientes a raíz de los defectos en ellos. Son, por tanto, obligaciones específicas de la clínica u hospital la prestación del servicio, un servicio oportuno y adecuado, mantener personal idóneo, así como mantener equipos idóneos.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 9 de 23</p>

2. Barreras de acceso a los servicios de salud a cargo del Estado de la población en situación de discapacidad

Históricamente, la discapacidad ha estado asociada al estado de salud de las personas, de ahí que la atención en materia sanitaria conlleve mayores exigencias en cuanto a lo prestacional, asistencial y económico. En Colombia existen diferentes barreras que limitan el acceso a los diferentes servicios de salud de la población que se encuentra en condición de discapacidad y como producto de esos obstáculos la cotidianidad de las personas con capacidades diferentes:

Las barreras de acceso para las personas con discapacidad, comprenden todas aquellas estructuras físicas y mentales que no contribuyen a que esta población desarrolle sus necesidades y pensamientos acordes a los principios de igualdad y universalidad descritos en nuestra Constitución Política; más aún cuando el concepto de discapacidad evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la

actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Vélez, González & Velásquez, 2016, p. 75).

Otra situación que afecta la atención en salud de las personas en condición de discapacidad es la disponibilidad de centros de atención, tipos de servicios, tecnologías y personal médico especializado que procure una atención integral a las personas con algún tipo de discapacidad; la demanda de este tipo de servicios frente a la oferta del sistema permite una situación paradójica que limita el acceso a estos grupos poblacionales a la salud.

La Corte Constitucional colombiana en diferentes sentencias ha hecho referencia a los distintos tipos de barreras de acceso a los servicios de salud que tienen las personas en condición de discapacidad; dichas barreras son, sobre todo, de carácter administrativo,

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 10 de 23</p>

tecnológico y económico, las cuales es necesario reconocer. Así, en las Sentencias T-295 de 2003 y T-200 de 2007 se hace referencia a que las personas en condición de discapacidad que requieran de procedimientos médicos se les debe garantizar el cubrimiento de los gastos de desplazamiento de estos y sus acompañantes, debido a su estado de indefensión y al tipo de dependencia que posean.

En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Constitucional en la Sentencia T-073 de 2013, en donde se establece que:

La inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o

prima adicional. En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud (Corte Constitucional, 2013, T-073).

Por su parte, en la Sentencia T-105 de 2014 la Corte Constitucional colombiana hace referencia al tema de las limitaciones de carácter tecnológico al establecer que el sistema de salud debe asumir los costos económicos que impliquen los tratamientos y terapias que requieran las personas en condición de discapacidad, inclusive tratamientos de carácter alternativo, ya que estos “permiten el goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad, que puede ser objeto de amparo mediante acción de tutela siempre que concurren las reglas jurisprudenciales para inaplicar el POS” (Corte Constitucional, 2014, T-015).

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 23

De igual manera, las personas en condición de discapacidad requieren de una atención integral en salud, no sólo que tenga en cuenta su situación, sino también sus condiciones generales de salud.

(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud (...) (Corte Constitucional, 2014, T-015).

El tema de las barreras administrativas también lo ha puesto en evidencia la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-188 de 2013, en donde se destaca el número

de trámites que debe realizar cualquier usuario de los servicios de salud para poder obtener una autorización para que sea atendido; esto, sumado a una condición de discapacidad, se constituye en un obstáculo más para lograr una atención integral:

En este orden de ideas, es razonable que para la prestación de algún servicio médico el paciente tenga que cumplir con algunos trámites administrativos, pero lo que resulta inadmisibles es que dichos trámites sean excesivamente demorados y que además le impongan una carga al usuario que no está en condiciones y que no le corresponde asumir (...) (Corte Constitucional, 2013, T-188).

Y en otro pronunciamiento establece que los trámites burocráticos no debe ser una razón que limite el acceso a los servicios de salud:

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 23

persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas (Corte Constitucional, 2006, T-1016).

El derecho a la salud contempla, por tanto, la garantía constitucional de acceder a todos los servicios que contempla este derecho, en los términos del artículo 49 de la Carta Superior, ha sido desarrollada por la jurisprudencia nacional, haciendo especial hincapié en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que los servicios han de ser prestados; dicha garantía cobra una especial relevancia cuando se trata de personas en situación de discapacidad.

Es pertinente indicar que el ámbito de protección constitucional, en el caso de acceso a los servicios de salud de personas discapacitadas, hace referencia no sólo a lo que la persona requiere, según establece el

médico tratante, sino que además sea un derecho de carácter absoluto, ilimitado e infinito.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud (Corte Constitucional, 2008, T-760).

También es posible afirmar que el criterio principal para establecer los mínimos servicios de salud a los que una persona en situación de discapacidad tiene derecho a acceder es el concepto científico que emite su médico de cabecera, aunque esto no es

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 13 de 23</p>

absoluto, ya que en ciertos casos pueden presentarse criterios diferentes para la atención de este tipo de casos.

Destaca Guzmán (2011) que en el sistema de salud la persona idónea para señalar en qué momento alguien necesita un servicio de salud es el médico tratante, ya que está en capacidad, y capacitado, para decidir con base en razonamientos científicos, además de ser quien conoce de manera puntual al paciente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el criterio del médico tratante es aquel de quien se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de dicho servicio; por ello, en principio, el amparo casi siempre es negado cuando se solicita por vía de tutela sin contar con dicho

concepto; sin embargo, al respecto, la Corte en mención ha declarado lo siguiente:

(...) el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS (Corte Constitucional, 2008, T-760).

Por su parte, la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona discapacitada necesite no puede ser dificultada por el simple hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud, es decir, en el POS; inclusive, en los casos en los que la persona

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 23

no pueda asumir los costos que le corresponda, pues el derecho constitucional a la salud tiene en cuenta, mínimamente, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (los cuales pueden ser de dos clases: los que están incluidos dentro del POS y los que no), sobre todo aquellos en los que se comprometan la vida digna y la integridad de la persona.

De acuerdo con la ley (Ley 100 de 1993) las personas tienen derecho a acceder, en principio, a los servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud (art. 162). Si las personas están afiliadas al régimen contributivo pueden acceder a todo el plan obligatorio de servicios, pero las personas beneficiarias del régimen subsidiado, temporalmente, sólo pueden acceder a una parte de los servicios contemplados en el Plan. Así pues, el acceso a los servicios de salud que se requieran y estén contemplados dentro de los planes obligatorios, está garantizado constitucional y legalmente (Corte Constitucional, 2008, T-760).

En cuanto a la no prestación del servicio de salud o la interrupción del suministro de los servicios de salud por parte de la entidad

encargada de garantizar la prestación de los mismos, a una persona que padece una discapacidad de alto costo, porque ha dejado de cotizar luego de un mes porque ya ésta se encuentra desempleada, la Corte Constitucional ha dicho que el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, por lo que no puede ser suspendido repentinamente, pues esto viola el derecho a la salud, sobre todo porque se trata de un sujeto especial de protección en salud; es más, no podrían tampoco cobrarsele copagos.

La Corte ha hecho especial énfasis en que este tipo de tratamiento debe ser totalmente garantizado a personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta:

Con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas -Cáncer- se le ha impuesto al Estado, la sociedad y, por supuesto, los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 23

efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser las medidas de defensa que se deberán adoptar (Corte Constitucional, 2014, T-499).

Frente a lo anterior, agrega el máximo tribunal constitucional colombiano:

cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos que merecen una especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas como sida o cáncer entre otras patologías, la atención integral en materia de salud debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (Corte Constitucional, 2017, T-062).

En general, las barreras de acceso a los servicios de salud a cargo del Estado de la población en situación de discapacidad, da lugar a que este tipo de población resulte afectada por las condiciones actuales del sistema, lo que a su vez da lugar a que se presente algún tipo de responsabilidad por parte del Estado.

3. La responsabilidad del Estado derivada de la ocurrencia de las omisiones por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud frente a personas en situación de discapacidad

El propósito del presente acápite se centra en realizar una revisión jurisprudencial de los principales pronunciamientos sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ocurrencia de las falencias administrativas en la prestación de servicios de salud de personas en situación de discapacidad.

Para Hernández (2002) este asunto conlleva realizar una revisión de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado en procura de determinar si las entidades públicas encargadas de la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 23

prestación de los servicios médicos y hospitalarios asumen un tipo de responsabilidad contractual o extracontractual.

Aunque algunas tesis doctrinarias sostienen que, por regla general, “este tipo de responsabilidad es de naturaleza contractual” (Briseño & Vega, 2011, p. 24), el Consejo de Estado le ha dado el tratamiento de responsabilidad extracontractual; así ha juzgado la totalidad de los casos puestos a su consideración; sin embargo, en sentencia de 11 de abril de 2002, hizo expreso su pensamiento al establecer que:

Si bien en derecho comparado se debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos del Estado que prestan servicios de salud, la jurisprudencia de la Corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual (Consejo de Estado, Sentencia del 11 de abril de 2002).

Con lo anterior, dicha corporación buscó apoyo en la doctrina extranjera de Castells (1976), quien cataloga al paciente de un hospital público como usuario de un servicio estatal, relación extraña al contrato, y la distingue de quien es asistido en una clínica privada, caso en el cual la relación es puramente contractual.

Acudió luego al artículo 49 de la C. P., y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, para concluir que:

De acuerdo con el mandato constitucional la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado. Dicho mandato implica que el Estado organiza, dirige y reglamenta dicho servicio, el cual puede ser prestado por entidades particulares, respecto de las cuales debe establecer mecanismos de vigilancia y control, o puede ser atendido de manera directa a través de las empresas sociales del Estado, entidades públicas descentralizadas, con un régimen especial, conforme a la función que cumplen.

Sin duda, en este caso, el anormal funcionamiento de la atención hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual, pues surge de manera

exclusiva, de la relación entre el paciente Peña Mejía y el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, que es de naturaleza legal y constitucional. El daño es imputable a esta Empresa Social del Estado, que presta de manera directa el servicio público de salud, en desarrollo del mandato del artículo 49 de la Constitución Política (Corte Constitucional, 1992, C-559).

A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido que las instituciones de salud de carácter público adquieren una obligación de medio, lo cual hace parte del ámbito de la responsabilidad contractual. A través de Sentencia de 16 de agosto de 2000, por ejemplo, el Consejo de Estado hizo referencia a que en el ámbito de la obstetricia la responsabilidad adquiere un carácter objetivo.

En este contexto también es importante tener en cuenta el tema de la carga de la prueba, lo cual implica abordar tanto la prueba de la falla del servicio como la prueba del nexo de causalidad; la primera se

defendió hasta la sentencia del 24 de octubre de 1990, en donde se determinó probada una falla médica, la cual es una obligación de medio, lo que implicaba tener presente el artículo 1604 del Código Civil; en este pronunciamiento se determinó a su vez que la prueba de la falla se encuentra a cargo del demandante, ya que el Estado es, en últimas, el que conoce a ciencia cierta cómo se dieron las cosas y puede identificar mucho más fácil si se presentó un incumplimiento.

La Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y hasta el Consejo Superior de la Judicatura se han pronunciado en Colombia con respecto a las personas en condición de discapacidad en innumerables ocasiones y en distintos contextos.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 18 de 23

En materia específica de responsabilidad médica en donde opera el régimen de la falla probada del servicio en el rango temporal propuesto en este escrito se encuentra la Sentencia del 15 de febrero de 2012 (Rad. 21907), la cual fue reiterada, entre otras providencias, en dos sentencias en particular: en la del 28 de septiembre de 2015 (Rad. 34086) y en la del 24 de octubre de 2016 (Rad. 38555). En esta última el Consejo de Estado ha reiterado que cuando el demandante alegue que hubo una falla en la prestación del servicio médico es indispensable que demuestre dicha falla, además del daño antijurídico y el nexo causal entre aquella y éste; tal posición la ha consolidado esta corporación teniendo en cuenta que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de carácter subjetivo, en donde la falla probada del servicio es la que precisamente se convierte

en la designación de imputación bajo el cual se deberá estudiar la responsabilidad del Estado por la actividad médica hospitalaria, pues es necesario acreditar la falla, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

Los demás pronunciamientos mencionados también permiten señalar que el régimen de responsabilidad aplicable por daños producidos en la prestación del servicio médico a cargo del Estado ha tenido variaciones con el pasar del tiempo en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Antes de la Constitución Política de 1991 tal cuestión se resolvía fundamentada en la falla probada del servicio, en donde se le exigía a la parte demandante demostrar los elementos que la conformaban; luego se incluyó en el ordenamiento jurídico el régimen de la falla del servicio presunta, en donde le

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 19 de 23</p>

correspondía a la parte demandada la carga de demostrar que procedió diligentemente y con todos los cuidados para librarse de responsabilidad; posteriormente, al surgir los interrogantes sobre la capacidad que, en todos los casos las entidades públicas debían acreditar que procedieron de manera correcta, se introdujo la teoría de la carga dinámica de la prueba, la cual radicaba en que el juez debía señalar, en cada caso específico, cuál de las partes estaba en las mejores condiciones para probar la falla del servicio médico; sin embargo, por las dificultades que en la práctica se presentaban para el juez contencioso para ejercer dicha potestad, es que a partir de 2006, específicamente por los pronunciamientos hechos en Sentencia del 31 de agosto (Rad. 15772), es que fue almacenada dicha postura retomándose el título de imputación inicial de la falla probada del servicio, en donde

cobró gran importancia la prueba indiciaria para acreditar no solamente la falla, sino también su nexo causal con el daño provocado, postura que es la que actualmente tiene vigencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Y en materia de falla en el servicio de atención médica respecto a las personas con capacidades diferentes, en el rango temporal propuesto aquí, se encuentra la Sentencia del 7 de octubre de 2009 (Rad. 20791) en la que se ratifica que la regla general materia de responsabilidad médica es que deberán acreditarse en el proceso todos los elementos que configuran dicha responsabilidad, para lo cual puede acudir a todos aquellos medios de prueba legalmente aceptados, aunque tiene gran importancia la prueba indiciaria que pueda elaborarse fundamentada en las demás pruebas que actúen en el proceso,

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 20 de 23</p>

sobre todo para demostrar el nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Los anteriores pronunciamientos ponen en evidencia, sin lugar a dudas, que las personas en condición de discapacidad son una población que goza de una especial protección constitucional, en la medida en que son sujetos que por su condición física o mental específica, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta; es por ello que el Estado está en la obligación de sancionar los abusos y maltratos que contra estas se cometan. De este modo, cuando se presenta algún tipo de daño a la salud de estas personas por las omisiones en la atención en los servicios hospitalarios públicos, el Estado debe responder.

CONCLUSIONES

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado contemplado en el artículo 90 de la Constitución Política se encuentra fundamentado en el daño antijurídico; por tanto, en los casos de responsabilidad del Estado por el daño a la salud de personas con capacidades diferentes por las omisiones en la atención en los servicios hospitalarios públicos lo que se debe comprobar es la existencia del daño, es decir, que la persona con discapacidad sufrió una lesión diferente a la padecida por su condición especial.

En materia de falla del servicio médico asistencial de las personas con discapacidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha emitido diversos pronunciamientos en donde ha determinado que la carga de la prueba puede recaer tanto sobre la parte afectada

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 21 de 23</p>

como sobre el Estado, todo depende de las circunstancias específicas de cada caso.

Si se toma en cuenta que la actividad médica es una obligación de medio, resulta difícil demostrar el daño derivado de la falla del servicio, pero con la adopción de la prueba de la falla del servicio sólo basta acreditar la existencia de las fallas que dieron lugar al daño.

Para poner en contexto, es preciso identificar la actual situación de prestación de servicios de salud en la ciudad de Medellín. Medellín, al igual que todas las demás ciudades de Colombia, tiene fallas en la prestación de los servicios de salud, tanto así, que algunas EPS en el país están enfrentando actualmente situaciones de problemas financieros o hasta el cierre de sus principales centros de atención, con ello

afectándose la atención e influyendo para que se interpongan acciones de tutela, las cuales, la mayoría de las veces, no son ya ni siquiera acatadas, ello configurándose en miles de incidentes de desacato por solicitudes relacionadas con el tema de la salud.

Esta situación genera una responsabilidad por parte del Estado, por las omisiones en la atención en los servicios hospitalarios públicos.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1
- Briceño Ch., N., & Vega B., R. (2011). *Responsabilidad estatal por falla médica en la prestación de servicios de salud – Diagnóstico equivocado: Estudio de caso – Casanare*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Castells A. J. (1976). La responsabilidad patrimonial de la administración en

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 23

materia hospitalaria. *Revista de Administración Pública*, (79), 201-233.

Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Congreso de la República. (1993). *Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (2012). *Sentencia del 15 de febrero. Rad.: 25000-23-26-000-1998-02604-01 (21907)*. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1438. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.957 del 19 de enero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (2015). *Sentencia del 28 de septiembre. Rad.: 25000-23-26-000-2000-00719-01(34086)*. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1990). *Sentencia del 24 de octubre, Sección tercera. Radicación N° 5902*. Consejero Ponente: María Helena Ayala de Pulido.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2016). *Sentencia del 24 de octubre. Rad.: 63001-23-31-000-2001-00244-01 (38555)*. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1992). *Sentencia del 30 de junio. Radicación N° 6897*. Consejero Ponente: Henry Enrique Saltaín Monroy.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-559*. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2000). *Sentencia de 16 de agosto. Radicación No. 12.123*. Consejero Ponente: Cesar Ricardo Jaramillo Ureña.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-295*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2002). *Sentencia del 11 de abril. Radicación No. 13227*. Consejero

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-1016*. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-200*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 23 de 23

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-760*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2013a). *Sentencia T-073*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2013b). *Sentencia T-188*. Magistrado Sustanciador: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (2014a). *Sentencia T-105*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2014b). *Sentencia T-499*. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-062*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Durán, V. (2001). *Estado Social de Derecho, Democracia y Participación*. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos. Valle de Bravo, México, 22-25 de abril.

González M., A. (2005). *La responsabilidad del Estado, de las instituciones y de los profesionales*. Disponible en http://www.unal.edu.co/bioetica/.../j1_cuartaparte_15_responsabilidad.doc

Hernández E., A. (2002). *Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá:

Congreso de Derecho Médico, 31 de octubre a 1 de noviembre.

Martínez R., G. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Tribunal Superior de Bogotá. (1988). *Sentencia del 16 de mayo*. Bogotá: TSB.

Vélez M., N., González A., C., & Velásquez R., A. (2016). Revisión de las barreras de acceso a los servicios de salud de la población con discapacidad en Colombia entre los años 2005 a 2015. *Revista CES de Derecho*, 7(2), 72-83.

Yepes R., Sergio. (2004). *Responsabilidad civil médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

CURRICULUM VITAE

Luis Felipe Lopera Mejía: Estudiante de último año de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.