

**“RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL TRATAMIENTO
MÉDICO DE LA MALARIA DENTRO DEL ESQUEMA DE LA SEGURIDAD
SOCIAL EN COLOMBIA; ESTUDIO DE CASO”**

JULIANA ANDREA HENAO RAMÍREZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

UNIVERSIDAD LIBRE

SECCIONAL PEREIRA

2013

JURADO:

ACEPTADO

AGRADECIMIENTOS

Agradezco enormemente el título que obtendré mediante la terminación de este trabajo principalmente a Dios quien fue mi luz y sabiduría para tomar decisiones acertadas durante el proceso de formación profesional y permitió que la culminación de la primera parte de este proyecto de vida fuera un éxito, pero sobre todo porque lo hizo posible y me permitió elegir la carrera correcta que es fuente de mi pasión.

RESUMEN

El proyecto de grado planteado tiene en su principal contenido los orígenes de la responsabilidad estatal a través del tiempo con su respectiva evolución, y permite establecer de manera clara la interpretación aplicada en el caso concreto del concepto de lo que una enfermedad de salud pública significa en Colombia, tocando la responsabilidad de la administración desde los títulos jurídicos de imputación, las fuentes filosóficas que le sirvieron de soporte literal, las leyes que regulan la materia, y se le otorga una importante connotación a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que evoca los conocimientos más profundos dentro del contexto y son fuente primaria del desarrollo que la responsabilidad estatal tiene en la actualidad, hasta indagar en el ejemplo de una víctima mortal que permite desatar las conclusiones de la investigación.

INTRODUCCIÓN

La investigación que se llevó a cabo, desarrolló en su contenido un análisis sistemático de la normatividad que la legislación colombiana ha creado sobre la responsabilidad del Estado en materia de salud por parte de los funcionarios encargados de su prestación, además de las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado en la misma materia.

Como primera medida se realizó un estudio histórico del desarrollo que ha tenido la responsabilidad estatal en Colombia desde antes de la implementación de la Constitución Política de 1991.

Para una correcta interpretación de las normas que desarrollan el tema principal de la investigación se tomó como fuente teórica principal la teoría pura del derecho del profesor Hans Kelsen, la cual permite comprender el concepto de obligatoriedad de la norma, y a partir de allí establecer si el Estado tiene esa debida responsabilidad que el Consejo de Estado denomina falla del servicio, por la falta de aplicación de las normas creadas para la regulación de la prestación de los servicios de salud y por último se profundizó la investigación en un ejemplo específico de una víctima de la enfermedad pública denominada malaria.

Al final se pudo determinar la existencia de responsabilidad estatal frente a la aplicación de las normas y decretos que reglamentan las guías y protocolos para el tratamiento de las enfermedades como la malaria en los hospitales y centros de salud en el país.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática:

Resultó necesario realizar un análisis del contexto dentro del cual se desarrolló el problema de la malaria para esclarecer la importancia del estudio de la normatividad que crea e implementa las guías y protocolos para su tratamiento a nivel nacional.

Si bien es cierto que no es factible alejarse del problema principal a desarrollar a través de ésta investigación para que no se obtenga un resultado demasiado extenso y se pierda la finalidad y el sentido de la misma, también es cierto que sin la explicación sucinta de los factores que en ella intervienen, no es posible interiorizar en el contenido normativo central.

El tema se empezó a vislumbrar desde la enmarcación de la enfermedad denominada malaria categorizada como pública para efectos de concebir su concepto, su alcance y el riesgo que representa, siendo un tema que está inmerso en una política nacional de salud como así lo señala el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y así centrar posteriormente el estudio en el caso específico de los municipios de Pueblo Rico y Pereira. La ubicación de un problema de salud, como lo es una enfermedad en salud pública, - malaria – tiene un amplio esquema de desarrollo; en el país se presenta un registro nacional de 150.000 casos anuales entre las distintas clases de malaria y esto la constituye como una de las enfermedades infecciosas de mayor riesgo en Colombia.¹

¹ COLOMBIA, Ministerio de la Protección Social, Guía de Atención Clínica de Malaria 2010 (Documento Actualizado de Versión Convenio 256/09) . Bogotá D.C. 2010. Pág. 10

En el país aproximadamente 12 millones de personas habitan en zonas de riesgo para transmisión de esta enfermedad de fácil propagación². En Risaralda, los municipios de Santa Cecilia, Pueblo Rico, San Antonio del Chamí en Mistrató, el sector La Variante de La Virginia y Caimalito Pereira son las zonas de mayor riesgo endémico de la enfermedad, según la Secretaria de Salud Departamental.³

De ahí se desprende uno de los elementos más importantes que se trató; y es que si bien es cierto que en Colombia, a través del Ministerio de la Salud y la Protección Social y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (C.N.S.S.S.) se han ocupado de implementar las políticas para su desarrollo, también es de anotar la preocupación de que la obligatoriedad de estas guías de atención o protocolos para el tratamiento que puedan tener en las entidades hospitalarias a nivel nacional no sea suficiente dado que estas tienen un énfasis en *RECOMENDACIÓN TÉCNICA*, quitándole de ésta forma el carácter de coercitividad que debería constituir las pese a su importancia.

Es una obligación gubernamental incluir dentro de las políticas públicas la regulación a los centros de salud y realizar un seguimiento a los tratamientos médicos que se llevan a cabo en los hospitales del país y que guían determinados procedimientos médicos. Éstos fueron creados, pero su aplicación es de dudosa credibilidad. ¿Qué está haciendo el estado al respecto? Una mala cirugía o negligencia médica no solo cobra una vida que jamás será restituida en una familia sino también le cuesta miles de millones de pesos al año al Estado colombiano.

La necesidad de responder ante los constantes casos de negligencia médica es otro de los factores que dio nacimiento a la figura de la denominada falla en el servicio, como el medio que determina el carácter impositivo que tiene

² *Ibidem*. Pag. 15

³ HERRERA GIRALDO, Cristian, La malaria amenaza a Risaralda. En: El Diario, Pereira, domingo 22 de abril de 2012. Sección 4, página 8.

el Estado frente a la precaria aplicación de los sistemas jurídicos que guían los procedimientos médicos y sus posteriores consecuencias.

Es así como se puede llegar a enmarcar entonces la posibilidad del estudio de la responsabilidad estatal en los temas del tratamiento efectivo de la malaria, constituyéndose en un adecuado uso de los protocolos de enfermedades de este tipo que tienen tan marcada importancia social, especialmente en zonas endémicas.

b).Enunciado del problema y análisis de sus elementos:

Como un aspecto fundamental, es menester discriminar todos y cada uno de los conceptos que enmarca el título del problema; “enunciar” las características que componen, no el todo del problema, sino los principales conceptos que de él se desengloban y así percibir la factibilidad de la investigación, su importancia y los resultados que puede arrojar, tal y como se verá a continuación:

“Responsabilidad del Estado frente al tratamiento médico de malaria dentro del esquema de la Seguridad Social en Colombia”.

Se analizarán entonces sus tres principales elementos:

- El primer elemento es “responsabilidad del Estado”; aquí ya se está demarcando hacia quien está dirigida la investigación, pero es necesario establecer una serie de cuestionamientos que surgen como:
¿A qué tipo de responsabilidad se está haciendo referencia?
¿Qué análisis de normatividad aplicable al caso concreto se debe hacer?
- El segundo elemento es “tratamiento médico de la malaria dentro del esquema de la seguridad social en Colombia”, se trata aquí el *núcleo* esencial que fue la base de la propuesta investigativa, de aquí se desprenden los siguientes interrogantes:

¿Cómo se ha desarrollado el tema de la responsabilidad que tiene el estado en el marco de la seguridad social en Colombia?

¿Qué es malaria?

¿El tema que se estudiará tendrá un rango cronológico de estudio?

¿Qué vínculo jurídico se desprende de esta enfermedad con el Estado?

¿Tiene efectiva aplicación la norma que será objeto de análisis en el desarrollo de la investigación en el ejemplo de la paciente *Natalia Cruz*?

No obstante, se hizo necesario realizar un estudio de la normatividad vigente y hacer un retroceso histórico para que se analizara cómo fue la evolución a través del tiempo de la forma en que el Estado colombiano fue adquiriendo responsabilidad frente al tratamiento médico aplicado en las instituciones de salud a su cargo, evidenciándose posteriormente el surgimiento de la responsabilidad del ente en el debido tratamiento de las enfermedades, específicamente en el caso de la malaria, según la obligatoriedad de la aplicación de las guías de atención de enfermedades de interés en salud pública, que se desarrollarían como necesidad a los eventuales casos de mortandad y altas tasas de morbilidad para determinadas enfermedades, - entre ellas la malaria- en las que se establece el adecuado suministro de los medicamentos que en las guías se plantean en pro de la protección a la vida de las personas que padecen de esta enfermedad, que sin el tratamiento formulado puede llegar a ser mortal y propagarse rápidamente generando más víctimas de la misma.

C.) Formulación del problema:

¿Existe responsabilidad estatal frente al tratamiento y procedimiento que se llevó a cabo en el caso de la malaria, teniendo en cuenta las guías y

protocolos que regulan esta enfermedad y el ejemplo evidenciado en el hospital de San Rafael de Pueblo Rico y San Jorge de Pereira?

2. JUSTIFICACION

El extenso antecedente cronológico de la responsabilidad estatal ha dejado en evidencia lo que no es un secreto para nadie en el país; que la salud es un problema de gran importancia pero de poco tratamiento efectivo por parte de las autoridades encargadas de su perfecto funcionamiento.

Sin embargo sería demasiado pretencioso intentar hacer un análisis o siquiera un bosquejo de lo que son las falencias en el sistema de salud actual; aun queriendo realizar esta investigación en el tema específico de las enfermedades de salud pública declaradas para el territorio nacional, la temática seguiría siendo muy extensa. Por eso el tema debe adentrarse solo al campo del tratamiento de la enfermedad de *MALARIA*.

La importancia que tiene este proyecto de investigación se basó en que las políticas públicas adoptadas para el manejo de una enfermedad tan grave como la malaria, no son eficientes en su aplicación concreta, dado que es de libre albedrío de la administración de las entidades de salud, aplicar o no los protocolos, situación que creó la presunta responsabilidad que al final se analizará en un ejemplo verídico.

Se analizó entonces si realmente existe un vacío en la aplicación de las leyes y decretos que crean y reglamentan los protocolos y guías de atención de esta enfermedad en los Hospitales, teniendo en cuenta que son adoptados por la Organización Mundial de la Salud. Este análisis normativo está relacionado con un importante aspecto de carácter social y constitucional

como lo es la salud a nivel nacional especialmente en zonas vulnerables en donde la enfermedad se desarrolla con mayor facilidad.

Es la salud un derecho constitucional de carácter fundamental y una obligación legítima del estado garantizarlo, y que, además merece su cobertura en todos los aspectos donde se pueda ver soslayada en pro de la protección a la vida de la población en general, especialmente de niños y mujeres en estado de gestación que pueden ser las víctimas mortales de esta enfermedad.

Los datos obtenidos ayudarán a la toma de decisiones para preparar un estudio más a fondo respecto de la responsabilidad estatal en salud y resolver el interrogante de qué se puede hacer para que esta normatividad sea modificada y obtenga el carácter de obligatoria en todas las entidades prestadoras del servicio de salud con el fin de preservar este derecho constitucional tan ultrajado.

3. OBJETIVOS

3.1 GENERAL

Determinar la existencia de responsabilidad estatal frente a la aplicación de las normas y decretos que reglamentan las guías y protocolos para el tratamiento de la enfermedad denominada *malaria* en el caso médico desarrollado en los hospitales San Rafael de Pueblo Rico y San Jorge de Pereira.

3.2 ESPECIFICOS

- Identificar los factores determinantes de la responsabilidad estatal a causa del tratamiento de enfermedades de carácter público como la malaria, categorizadas como tales según el CNSSS.
- Determinar la relación entre el tratamiento médico que se aplica en el ejemplo y los protocolos creados por CNSSS.
- Determinar el vínculo jurídico entre la norma creada (protocolos y guías de malaria) y la infectiva aplicación de la misma como consecuencia de la responsabilidad estatal ocasionada en el procedimiento aplicado en los hospitales públicos San Rafael de Pueblo Rico y San Jorge de Pereira donde se desarrolla el ejemplo del caso médico de la paciente *Natalia Cruz*⁴.

⁴ Nombre cambiado para proteger la identidad de la víctima.

- Identificar a través de un estudio histórico la manera como se ha venido desarrollando en Colombia el tema de la responsabilidad estatal en el derecho a la salud.

4. MARCO REFERENCIAL

4.1 MARCO HISTÓRICO

La responsabilidad estatal en materia de salud se ha venido estructurando por el Consejo de Estado con fundamento en la teoría de la falla del servicio, de manera que el factor de atribución es subjetivo, es decir, que solo se compromete la responsabilidad estatal cuando el ente asistencial estatal o el personal a su cargo causa daños a las personas que han requerido el servicio, si este daño ha sido causado con motivo o con ocasión de la prestación irregular, deficiente, y violatoria de las normas legales o los postulados de la *lex artis*, por parte del servicio público de salud⁵.

Evolución Jurisprudencial de la responsabilidad estatal por falla del servicio médico:

1. El Consejo de Estado tradicionalmente, venía aplicando la teoría de la falla probada del servicio médico que suponía que el actor le correspondía la carga probatoria que materializa la existencia de falla en el servicio, y de los demás elementos configurativos de la responsabilidad del Estado.
2. En sentencia del 24 de Octubre de 1990, en el proceso N. 5902, donde fue Consejero Ponente el Dr. Gustavo De Grife Restrepo, se inicia un viraje hacia la consagración de la teoría de la falla presunta del servicio

⁵ Historia del Derecho Colombiano en la Segunda Mitad del Siglo XX, Tomo VII, Administración de Justicia. Pedro Pablo Morcillo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Pág. 181.

médico estatal, en la medida en que este fallo aborda el cuestionamiento de los criterios tradicionales hasta ahora aplicados en materia probatoria en responsabilidad por daños, planteando la reflexión respecto a la necesidad de la inversión de la carga probatoria, considerando que no es al perjudicado a quien le corresponde la demostración de la falta de diligencia y cuidado o de la persona que los ejecuta sino que es a ésta a quien le toca probar que actuó con diligencia y cuidado, por ser la persona que está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido, mientras que el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de las circunstancias que le impidieron cumplir con su prestación.

3. Con posterioridad a esta sentencia, se dieron otras tantas, en donde el Consejo de Estado, seguía solucionando los casos de responsabilidad médica estatal con fundamento en la falla probada del servicio, haciendo la diferenciación entre obligaciones de medio y de resultado, como la sentencia del 29 de Noviembre de 1991, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

4. Ya en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, y de la consagración del criterio del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 90 C.P.), el Consejo de Estado hace una diferenciación en obligaciones de medio y de resultado para efecto de la aplicación de la responsabilidad objetiva a que da lugar la noción de daño antijurídico sostenido, que el criterio del daño antijurídico no se aplica a la obligación de medios, que es como se considera de manera general la obligación médica: “se entiende así porque se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio no juega el problema de la culpa. Se dice, en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos de incumplimiento de obligaciones de medio en

los cuales esa responsabilidad solo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio⁶.

5. El Consejo de Estado en sentencia de Julio 30 de 1992, con ponencia del doctor Daniel Suarez Hernández, da un viraje a su jurisprudencia tradicional y adopta definitivamente el concepto de la falla presunta en materia de responsabilidad medica estatal, sosteniendo:

“Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente normalmente al actor o a sus familiares a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas presentadas por especialistas fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamiento que contra sus procedimientos se formulan. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente mediante la comprobación, que para ellos se repite es fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento”⁷.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, sentencia de julio 30 de 1992. Pag. 40-41

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández, Bogotá, julio 30 de 1992. Pag. 23

El doctor Daniel Suárez Hernández, en el seminario, “ reflexiones sobre la responsabilidad en los servicios de salud”, efectuado en Medellín, explicó que uno de los motivos que tuvo el Consejo de Estado para establecer la falla presunta en este tema, era tratar de aliviar la pesada carga probatoria del paciente, ya que ésta se tornaba injusta, debido a que el paciente frente al médico está en una situación de inferioridad; es más fácil para el médico demostrar que obro con diligencia y cuidado, que al paciente demostrar que el médico actúo negligentemente.

La falla presunta del servicio médico oficial que empezó a aplicar el Consejo de Estado a partir de esta sentencia, consiste en que en materia médica en el evento de un daño causado por la entidad asistencial de carácter oficial, la falla en el servicio médico se ha de presumir, relevando así al actor de la carga de demostrar la falla del servicio, correspondiéndole a la entidad estatal, para efectos de su defensa, desvirtuar una presunción de falla en su contra, pudiendo demostrar que obró diligentemente, con cuidado, utilizando todos los elementos técnicos y humanos con que se contaba, y que adecuó su proceder a las normas legales y a los parámetros de la lex artis.

Debiendo la entidad demandada “demostrar la existencia de la fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o acreditar que su comportamiento fue diligente y que permitiera deducir su ausencia en la culpa...⁸”

Diligencia del servicio médico oficial que implica demostrar: “que estudió la historia y particularidades del paciente, que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia de febrero 5 de 1998, exp. 13.337. pág. 13

salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico sino acertado por lo menos consecuente con esas circunstancias y determinó la terapéutica correspondiente, que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica, que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado, que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital, que disponía de los equipos adecuados, que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y la forma prevista por su técnica; que constató los síntomas vitales del operado, que intervino al paciente en condiciones de asepsia, que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control postoperatorio; que explicó a su familia los efectos y las preocupaciones a ser tomadas durante ese período, que mantuvo el control de vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etcétera”⁹.

Falla presunta que quedó claramente delimitada en la sentencia de agosto 24 de 1992. Expediente 6754. Consejero ponente. Dr. Carlos Betancur Jaramillo:

“La falla del servicio médico asistencial se manejó en un principio por la jurisprudencia de la sala dentro del campo ordinario de la falla probada del servicio (no presunta) y tomando como patrón las obligaciones de medio. En este sentido se dijo que le incumbía a la parte actora la carga de demostrar: a) que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente, no se prestó dentro de las mejores condiciones que permita la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo en cuanto a equipo sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente

⁹ Ibídem. Pág. 33

estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) que entre aquella y éste existió una relación de causalidad.

6. Recientemente el Consejo de Estado, sostuvo que la obligación del médico obstetra es de resultado y no de medio, que es como se han considerado tradicionalmente las obligaciones de los médicos: “recuérdese que el campo de obstetricia ha dado lugar a discusiones dentro de la doctrina a propósito de si las obligaciones que surgen para los médicos tratantes en este campo de la medicina son de medio o de resultado y que al margen de la postura que se adopte sobre tan interesante punto, es cierto que es al médico a quien le incumbe demostrar que los eventuales riesgos que pueda comportar la tensión de la parturienta, pueden exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga”.

ANTECEDENTE LEGAL¹⁰:

El antecedente legal, que ha servido de referencia al constituyente de 1991, para establecer la noción de daño antijurídico, ha sido igualmente el español, quienes desde 1954 al expedir la “ley de Expropiación forzosa”, y posteriormente la “Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado”, adoptaron legalmente la noción de daño antijurídico como una responsabilidad directa y puramente objetiva, como lo expresa el artículo 40 de este último estatuto, así:

“La administración es responsable por toda lesión que los particulares sufran...siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, quedando incluidos en la fórmula legal, no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable

¹⁰ Historia del Derecho Colombiano en la Segunda Mitad del Siglo XX, Tomo VII, Administración de Justicia. Pedro Pablo Morcillo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Pág. 195

de la administración, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como lo indica la referencia del artículo en mención al “funcionamiento normal” de los servicios públicos.

Igualmente, la Constitución Española de 1978 ha adoptado este criterio de forma general, en su artículo 106-2 que señala: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, elevando a rango constitucional la responsabilidad administrativa por daños causados como consecuencia de un actuar lícito de la administración, pues la norma establece indistintamente, la responsabilidad por los daños que cause la administración como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin exigir, la irregular prestación de los mismos, y por otro lado, cuando establece las causales de exoneración, menciona únicamente la existencia de una causa extraña, como la fuerza mayor¹¹.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 90 DE LA C.N. DE 1991 Y EN PARTICULAR LA RELATIVA AL SERVICIO MÉDICO ESTATAL:

Al honorable Consejo de Estado, le ha tocado, ante la ausencia de definición constitucional, darle contenido y aplicación al concepto del daño antijurídico, y para ello se ha remitido a la doctrina española, que es el referente que tomo el constituyente de 1991 para la adaptación del actual artículo 90 de la Carta Política.

De esta manera, inmediatamente se puso en vigencia la Constitución de 1991, el Consejo de Estado empezó a solucionar los litigios de responsabilidad patrimonial del estado con fundamento en el concepto de daño antijurídico, sosteniendo sobre este particular lo siguiente “...dentro de

¹¹ *Ibidem*. Pág. 196.

ese universo constitucional no hay duda de que el fundamento de responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración el daño sufrido por el particular. No hay duda de que a partir del texto constitucional citado, la responsabilidad se ha tornado un grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que incorpora todo este universo jurídico se apoya en el principio de la solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional, cuando se afirma que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y la solidaridad de las personas que la integran”¹².

Y en sentencia de julio 30 de 1992, la corporación sostuvo sobre este particular: “estima la sala que en eventos como el aquí estudiado es más fácil el manejo del litigio desde la nueva perspectiva que presenta la Carta Constitucional en su artículo 90. Norma ésta que a la letra dice: “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”.

¹² Consejo De estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. C.P.: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. Bogotá, sentencia de 22 de noviembre de 1991. Pág. 52

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo aquel deberá repetir contra éste”.

Del texto que se deja transcrito se desprende en términos generales:

- a. Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión.
- b. Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública.
- c. Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica.

“Con estos supuestos se entiende, en primer intento, la carga de la prueba de las personas implicadas en la controversia de responsabilidad, así: de un lado, deberá la parte demandante probar: a) la conducta de la administración (su acción u omisión); b) el daño que produjo a una persona o a un grupo de personas; y c) que entre aquella conducta y este daño existe una relación de causalidad adecuada”

“A su turno al entidad demandada solo podrá exonerarse o exculparse alegando y probando la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima y el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero”.

“No se exonerará demostrando que actuó con diligencia y cuidado, es decir, sin culpa o negligencia, o que todo se debió a un caso fortuito”.

“Se entiende así porque se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa; “funcionamiento irregular del servicio público” y lo radica en la antijuridicidad del daño. Daño que es antijurídico no solo cuando la administración actúa de forma irregular o culposa “forma obvia de antijuridicidad”, sino también actuando esa actuación, pese a ser lícita o

ajustada a la ley, lesiona a alguien que no tenía por qué soportar dicho daño”.

Se empieza a limitar el alcance del concepto de daño antijurídico, estableciendo una clasificación en donde ubica la noción de daño antijurídico como el género, y la falla en el servicio y las formas de responsabilidad objetiva, como las especies, cuando dice:

“Daño que es antijurídico no solo cuando la administración actúa en forma irregular o culposa, sino también cuando esa actuación, pese a ser lícita o ajustada a la ley, lesiona a alguien que no tenía por qué soportar dicho daño”, lo que desnaturaliza la noción, es lo que determina que el daño sea o no antijurídico, no es la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa, sino es la antijuridicidad del daño y en consecuencia, para nada se ha de valorar la licitud o ilicitud de la conducta administrativa, sino si el particular lesionado como consecuencia o en desarrollo de una actividad del servicio público, tenía o no porque soporta dicho daño, y para efectos de esta determinación, se tendrá que remitir al orden jurídico que es el que establece cuando los daños causados por el estado a los asociados son jurídicos es decir, cuando éstos deben soportar tales daños, ya en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas, ya en virtud del principio de la solidaridad, ya en virtud del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, ya en nociones de justicia y equidad, entre otros¹³.

“En efecto, si bien se le ha dado un golpe duro a la noción de falla del servicio, puesto que no necesariamente tiene que ser el único fundamento para que procediera la declaratoria de responsabilidad, se debe recordar que “la consagración misma del daño antijurídico, como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito

¹³ Gaceta constitucional número 56 de lunes, abril 22 de 1991, Bogotá, edición de 16 páginas, pág. 14.

de aplicación”, puesto que “no es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque si puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación¹⁴”.

“Lo anterior conlleva a que la noción de daño antijurídico ha servido para que el juez administrativo se adapte a la nueva realidad, sin producir verdaderamente traumatismos en la jurisprudencia que se había producido bajo el imperio de la constitutivo de 1886, puesto que los regímenes que utilizaba antes de 1991 siguen vigentes y utilizados. De todas formas debe anotarse que el actual texto ha servido para que se pierda el tabú por la responsabilidad objetiva, sin que ello signifique que se califique de tal el actual ordenamiento colombiano. Es así como el juez continúa utilizando los regímenes de la responsabilidad de los cuales disponía, constituyendo todos ellos formas de expresión del daño antijurídico. Este punto, que como se verá es de importancia, permite desde ya sacar una conclusión sobre la forma como la jurisprudencia ha adoptado la noción de daño antijurídico y que se puede enunciar afirmando que todos los regímenes de responsabilidad existentes con anterioridad a la constitución de 1991 son aplicados aún bajo la vigencia de ésta, y que, por tanto, el fundamento de la responsabilidad del estado es múltiple”¹⁵.

RESPONSABILIDAD MÉDICA, PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA

¹⁴ Consejo de Estado, sección tercera, 2 de marzo de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, expediente N. 7429. Pág. 8

¹⁵ HENAO PEREZ, Juan Carlos "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia" En: Colombia. 1996. Evento: II Jornadas colombo-venezolanas de derecho público Ponencia: Libro: Segundas Jornadas Colombo - Venezolanas De Derecho Público, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, p COLOMBIA, Constitución Política Nacional. Asamblea Nacional Constituyente. 1991.

Para probar el éxito de una demanda de reparación directa por la presunta responsabilidad estatal derivada de un acto médico realizado en un hospital, resulta necesario estudiar la responsabilidad médica objetiva:

Acerca de la naturaleza de la responsabilidad medica, la sala en sentencia del 13 de junio de 1995 dijo:

“Acerca del alcance de esta obligación de medios, que consiste en otorgar al paciente atención oportuna y eficaz, la sala ha dicho que ella obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo”¹⁶.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente), si tal resultado no se obtuvo, a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedo dicho, cumplió adecuadamente con su obligación pues como también lo ha sostenido la sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada¹⁷.

El comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta de una parte la denominada *lex artis*, lo que, de acuerdo con lo expresado en la obra “la práctica de la medicina y la ley”, implica tener en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se

¹⁶Consejo de Estado, sentencia abril 18 del 94 Exp. 7973 M.P. Julio César Uribe Acosta. Pág. 29

¹⁷LOPEZ MORALES, Jairo, Responsabilidad Patrimonial del Estado. Bogotá Ediciones doctrina y ley, 1999.

trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente; razón por la cual se comparten las apreciaciones de la misma obra en la que se señala que no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser pagadas, por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un *acto negligente* que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento, en el cual se evalúe el caso¹⁸.

No puede tampoco dejar de señalarse aquí que la falla del servicio debe entenderse configurada solo cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de atención con las que contaba la administración para el servicio, éste fue prestado inadecuadamente, pues, como lo ha dicho la sala, la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla. Razón por la cual, deberá concluirse que la prestación del servicio fue diligente en los casos en que, como lo ha dicho la sala, los médicos y demás profesionales que tengan relación con el enfermo le ofrezcan “los recursos técnicos que se encuentran a su alcance de tal forma que, sin avalar su supervivencia, si le garanticen a cada paciente los mejores y más oportunos auxilios de medicina, laboratorio, cirugía, farmacia etc., sometidos desde luego a la capacidad técnica real del establecimiento respectivo”¹⁹.

¹⁸FRANCO DELGADITO, Eduardo, GUZMAN MORA, Fernando, ROSELLI COCK, Diego Andrés, La práctica de la medicina y la ley, biblioteca jurídica Diké, primera edición, 1996. Págs. 53 y ss.

¹⁹COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia Marzo 26 de 1992. Expediente 6654 M.P. Daniel Suárez Hernández. Pág. 42

Como parte del tratamiento que se debe suministrar a un paciente, es obligación de las entidades hospitalarias garantizar el buen estado y funcionamiento de los instrumentos de los cuales se vale la ciencia médica²⁰.

4.2 MARCO TEÓRICO

Corrientes de pensamiento aplicables a la presente investigación:

TEORÍA DE PENSAMIENTO JURÍDICO: LA TEORÍA PURA DEL DERECHO (Kelsen).

Es necesario tener en cuenta que Hans Kelsen, vislumbra su teoría a través del neokantismo y del positivismo, siendo esta última a la que se le dará aplicación en esta investigación.

La teoría pura del derecho, en su positivismo refleja el sentido e importancia primaria que se deriva de la norma como una fuente de derecho que se debe interpretar en su integridad tal y como lo revela el legislador, limitando toda clase de interpretaciones que conlleven a la desviación de su sentido más profundo sobre todo para el juez que será en última medida quien la aplique.

Para Kelsen, el derecho es necesariamente, un deber ser, que no está constituido como una voluntad²¹. El derecho positivo nunca es solamente voluntad estatuida por hombres, sino que siempre pretende ser obligatorio. La cuestión de obligatoriedad no se le asocia al derecho positivo como cualquier posible problema suplementario, sino que se halla indisolublemente vinculada a su noción misma²².

²⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia 9 de Diciembre de 1996, expediente 10.66. C.P. Daniel Suarez Hernández. Bogotá D.C. 1996. Pág. 34

¹⁶ SCHILD, Wolfgang. Las Teorías puras del Derecho, Editorial TEMIS, Bogotá. 1983. Pág. 46.

²² *Ibidem*. Pág. 47

No puede haber para Kelsen ningún deber obligatorio, puesto que tiene que estar estatuido por la voluntad del individuo. Si alguien habrá de estatuir determinado comportamiento – he aquí una cuestión que él solo puede resolver-. No hay ninguna teoría científica de obligatoriedad universal, porque no hay objeto previamente dado que sea calificable de deber.

La enunciación de que alguien debe estatuir determinado comportamiento por estar legalmente obligado a ello, no ha de entenderse en el sentido de un deber obligatorio. Sólo significa que conforme al supuesto de que la norma fundamenta un estado de cosas se considera como una norma que dice que una persona queda facultada para estatuir un acto coercitivo contra una persona, cuando esta última no estatuya ese comportamiento determinado, en otras palabras: que en tal caso, ese acto coercitivo no ha de considerarse ilícito, sino sanción jurídica²³.

Por eso la jurisprudencia no puede ocuparse de la obligatoriedad, sino únicamente de esa validez del derecho. Lejos de enunciar que el derecho debe ser obedecido, la jurisprudencia solamente comprueba la vigencia (o sea la existencia del derecho como un facultar bajo el supuesto de la norma fundamental y de las relaciones de producción establecidas por él)²⁴.

Por eso la necesidad de considerar validas únicamente las normas coercitivas eficientes, tal validez no coincide con la efectividad: primero, formalmente, por razones de índole epistemológica, luego por consideraciones prácticas, ya que las disposiciones jurídicas nunca se cumplen ni se aplican en su totalidad, y, por lo tanto, basta que el orden jurídico constituya un orden coercitivo a grandes rasgos efectivo²⁵. De ello se infiere para la jurisprudencia concebida como ciencia del deber, la necesidad

²³ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, (La Teoría Pura del Derecho). Escuela moderna alemana. Primera edición Leipzig y Viena, 1934. Pág. 65-66.

²⁴ SCHILD, Wolfgang. *Las Teorías puras del Derecho*, Editorial TEMIS, Bogotá. 1983. Pág. 36

²⁵ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, (La Teoría Pura del Derecho). Escuela moderna alemana. Primera edición Leipzig y Viena, 1934. Págs. 48 ss.

de dejar totalmente a un lado la cuestión de efectividad. Sólo puede ser tenido en cuenta la efectividad como criterio relevante para la elección de la norma fundamental²⁶.

- *FRANCISCO CAMPOS (jurista)*

Adicionalmente, en el actual pensamiento jurídico latinoamericano el jurista Francisco Campos, en su tesis de concurso *Introducción Crítica a la Filosofía del Derecho* (1918), traduce la influencia del positivismo jurídico italiano, principalmente de Vanni, Fragapane y Groppali. Francisco Campos afirma, con Groppali, que para legitimar una función crítica especial para la filosofía del derecho sería necesario demostrar que el fenómeno jurídico escapa de las condiciones de conocimiento del fenómeno social "in genere". Como el derecho no supone condiciones de conocimiento especiales, no se puede atribuir a la filosofía del derecho una función gnoseológica. A ella le compete formular un juicio relativo a una época y a un grupo social, del derecho positivo y del derecho en formación, en función de exigencias de la conciencia social. De esta manera, teniendo en cuenta las nuevas exigencias sociales, le corresponde verificar hasta qué punto el derecho positivo satisface esas exigencias, opinando en cuanto a las reformas que deben introducirse en el orden jurídico positivo de modo de satisfacer los ideales jurídicos de la época, es esa, según Francisco Campos, la función práctica de la filosofía del derecho. Para facilitarla el jusfilósofo deberá examinar los criterios de las transformaciones jurídicas en el pasado. Pero el examen de la historia no basta, pues es necesario reintegrar el fenómeno jurídico en los fenómenos sociales y de esa manera, desde un punto de vista sociológico, comprender al derecho en la totalidad de aquellos.

²⁶ SCHILD, Wolfgang. *Las Teorías puras del Derecho*, Editorial TEMIS, Bogotá. 1983. Pág. 36 y 37

Sostiene Campos que la filosofía del derecho está colocada entre la ética y la economía política, y que tiene por fin establecer los principios generales del derecho sirviéndose de los resultados de las ciencias jurídicas particulares, estudiando la génesis y las transformaciones jurídicas, indagando las tendencias jurídicas de cada época, a fin de proponer reformas oportunas en el derecho positivo²⁷.

Son estas corrientes iuspositivistas las más aplicables a esta investigación, dado que se da a conocer la interpretación que le da Kelsen a la obligatoriedad de la norma y su análisis en forma amplia, revelando de manera un tanto sorprendente que no sólo debe entenderse ésta en su sentido más taxativo y estricto, sino también que permite generar el interrogante de si en realidad la norma que otorga el derecho prima sobre él mismo o si el ciudadano está en la facultad de acogerse a éste. Y en cuanto a Campos, su concepción filosófica propone reformas jurídicas aplicables a la época y hasta qué punto son satisfactorias permitiendo aplicarlo en el ejemplo analizando si en verdad la aplicación de la norma creada para el ejemplo concreto fue efectivo en lograr su fin más esencial. En el caso se puede ver la negativa a esta pregunta.

4.3 MARCO JURÍDICO

- REPARACION DIRECTA EN LA LEY 1437 DE 2011

La investigación llevada a cabo manejó un alcance analítico que se desarrolla principalmente en el estudio de las siguientes normas pero que también tocará someramente una parte del componente jurisprudencial del

²⁷ WINFRIED HASSEMER, Arthur Kaufmann, El Pensamiento Jurídico Contemporáneo, editorial española Gregorio Robles, Madrid. Primera edición 1992. Pág. 97

tema debatido siendo clave para comprobar la responsabilidad del ente estatal.

Es importante resaltar que la estructura de la administración pública ha sufrido una transformación, dado que con la implementación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entraron en vigencia nuevas normas, no obstante la figura de la reparación directa, a la cual se le atribuye importancia debido a que es por la cual tiene vida jurídica el concepto de falla del servicio, tiene igual connotación en esta nueva normatividad, encontrándose así en el **artículo 140**, dentro del cual se entiende que el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Así mismo el **artículo 164** del mismo código, en su numeral segundo literal i), confirma el término de caducidad que tiene la reparación directa el cual se establece en dos años.

Así mismo en tratándose de la competencia para este medio de control, se fija según el **artículo 155 numeral sexto**, la cual corresponde al juez administrativo en primera instancia cuando se trate de una cuantía inferior a 500 SMMLV y de los tribunales administrativos en primera instancia cuando se trate de cuantía superior a los 500 SMMLV.

Así mismo, el **artículo 257** establece que será procedente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia –nueva figura instituida en este código-, cuando la cuantía exceda los 450 SMMLV.

- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Ahora bien, cuando en la investigación llevada a cabo se hace alusión a la responsabilidad del estado en las enfermedades públicas en cuanto a que, constituirían una posible falla en el servicio, es necesario entonces delinear el escenario en el cual se desenvuelve; esto es, el régimen de responsabilidad estatal o los títulos jurídicos de imputación del daño, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y es dentro del régimen subjetivo donde se encuentra la falla probada y falla presunta que permiten atribuir jurídicamente el daño al Estado por falla en el servicio. Toda vez que los títulos jurídicos de imputación del daño son tres específicamente (falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional), es necesario resaltar que la responsabilidad del estado atribuida en este caso a investigar encaja exclusivamente en la falla del servicio. Se entrará más adelante a definir que cuando se trata de responsabilidad médica específicamente se trata de falla presunta.

La importancia de probar la existencia del título jurídico de imputación en la actividad del Estado, radica en que allí se prueba la vinculación de ésta en el nexo causal y su responsabilidad en el perjuicio, lo que demostrará las razones que se tienen de la necesidad de indemnizar por parte de la administración.

En Colombia, el título jurídico de imputación de falla del servicio hace su primera aparición en la búsqueda por desligar los fundamentos de la responsabilidad civil y la estatal. En el célebre caso Tinjacá de 1962, se expusieron los principales aspectos de la aplicación de la falla del servicio, entre los que se pueden destacar los siguientes:

1. Necesidad de la víctima de demostrar la falla y daño para buscar una indemnización.
2. Presunción de culpa de la entidad estatal derivada de su función de

prestar los servicios públicos.

3. Solidaridad entre la administración y el agente determinado que causó el daño.
4. No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva.

La falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. Estas dos Maneras de abordar el contenido obligacional en lo que al Estado respecta, y que permitirá concluir que hay falla del servicio cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido, lejos de excluirse se complementan, como pasa a verse para el caso en estudio²⁸.

Vale la pena también destacar que la teoría inicial de la falla del servicio tuvo una importante variante: la falla presunta del servicio. Esta solución surgió para aligerar la carga probatoria del particular en los casos en los que ésta resultaba demasiado difícil demostrar la falla de la administración. Con este mecanismo, el particular podía instaurar demandas contra el Estado probando el daño, la acción de la administración y el nexo causal. De esta forma era el ente estatal el encargado de desvirtuar la presunción de falla, en unos casos demostrando ausencia de la misma y en otros demostrando causa extraña.

Aunque en teoría se aplicaba para las actividades peligrosas y para los casos de responsabilidad por actos médicos, el tratamiento práctico que se le dio a

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de marzo de 1990, Ponente: José Antonio de Irizarri. Expediente No. 3510. Pág. 32

los procesos de riesgo, llevó a regímenes de responsabilidad objetiva, por lo que se puede afirmar que esta tesis se aplica en la actualidad principalmente para casos de responsabilidad por actos médicos²⁹.

Con respecto a la Responsabilidad Médica del Estado se observa que “al hablar de presunción de falla se está indicando que el demandante no tiene que acreditar la deficiencia del demandado en la causación del daño. Esto es, el actor queda relevado de la actividad de probar que la autoridad demandada no actuó, actuó irregularmente, o lo hizo bien pero de manera tardía, sin que ello quiera decir que no debe alegarlo (...) la presunción tiene que ver con un aspecto procedimental que surge para el damnificado de probar la falla frente a ciertas actividades que han venido complicándose por las circunstancias o por la ciencia que implican, razón por la cual la jurisprudencia razonablemente la presume, no porque normalmente se espere que ocurra la responsabilidad, sino porque la prueba está más próxima al demandado, a quién le corresponderá entonces demostrar que dicha falla no existió³⁰”

Sin embargo no lo hace este criterio, parte de la responsabilidad objetiva, dado que a pesar de ello, se debe analizar la necesidad de hallar o descartar un defecto de conducta que siendo así exoneraría de esa responsabilidad.

SOPORTE CONSTITUCIONAL

Artículos 2, 6, 11, 49, 89, **90**, 91, 92, 123, 124, 150-23, 366 Constitucional.

²⁹ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá: Nueva Jurídica, 2007.. Op cit. P. 8

³⁰ RIVADENEIRA BERMUDEZ, Rosember Emilio. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO ADMINISTRATIVO, Edición 2008, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 77

SOPORTE LEGAL

1. Ley 100 de 1993.

2. Decreto 2357 de 1995 artículo 4: Funciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. Le corresponde a los Departamentos, Distritos y Municipios a través de las Direcciones de Salud:
 - a) Dirigir el Régimen Subsidiado en Salud a nivel territorial de conformidad con las normas y orientaciones expedidas por el Gobierno Nacional, Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

 - b) Adoptar y adecuar las políticas para la ampliación de la cobertura a través del régimen subsidiado concertando con todos los actores involucrados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las acciones tendientes a garantizar su funcionamiento y el logro de sus objetivos.

 - j) Cumplir con las funciones de vigilancia y control que le corresponden de conformidad con la ley.

3. Los artículos 140, 155 -numeral 6, 164 numeral segundo literal i), artículo 257, del Nuevo Código Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), y demás disposiciones concordantes.

4. Resolución 5261 de 1994, por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Artículo 6.

5. La Resolución número 412, de 25 de febrero de 2000.
6. la Resolución número 1078 de 2 de mayo de 2000.
7. Resolución 3384 de 2000. De la Responsabilidad en el Cumplimiento de las Guías de Atención.
8. Acuerdo 028 de 2011, Artículo 12. *Promoción de la salud y prevención de la enfermedad.*
9. Guía de Atención Clínica de Malaria 2010 (Documento Actualizado de Versión Convenio 256/09).

- LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL ACORDES CON LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Adicionalmente, es menester dar a conocer la posición de la Corte al respecto de la responsabilidad estatal también vista desde el enfoque normativo que se mencionó anteriormente y analizada desde las sentencias con mayor relevancia:

- I. Sentencia de 27 de Abril de 2011, radicado 1996-08017: Falla médica; prueba indiciaria del nexo causal.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos

que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad’ (...)”, que permitían tenerla por establecida. De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

**II. Sentencia de 11 de Mayo de 2011, radicado 1996-05026:
Responsabilidad médica por los protocolos médicos:**

En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas

enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado. Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente. La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos³¹, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico, en tanto permite establecer la cobertura del concepto “responsabilidad médica”.

³¹ Consejo de Estado, sentencia de 11 de noviembre de 1999 y sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944. En la jurisprudencia colombiana el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido ‘el de falla presunta’.

Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente.

4.4 MARCO CONCEPTUAL

Los términos claves para la correcta comprensión de la presente investigación son:

-Malaria: La Malaria es una enfermedad categorizada como salud pública, parasitaria transmitida al humano por un mosquito del género *Anopheles*. Es la enfermedad parasitaria sistémica más frecuente en el mundo con más de 200 a 500 millones de casos anuales y más de 1 millón de muertes a causa de esta enfermedad. La mayoría de las muertes ocurren en los niños.

-Malaria Vivax: es uno de los parásitos causantes de la más frecuente y extensamente distribuida forma de malaria benigna. Es una de las cuatro especies del parásito que causa la infección en humanos. No es tan virulenta o mortal como lo es *Plasmodio falciparum*, la más letal de las cuatro. *P. vivax* se transmite por la hembra del mosquito *Anopheles*.

-Malaria *Falciparum*: es un protozoo parásito, una de las especies del género *Plasmodio* que causa malaria en humanos. Es transmitida por mosquitos *Anopheles*. Se pueden observar diferentes fases evolutivas, en el mosquito *Anopheles* (donde se reproduce el parásito), en el interior de los hepatocitos y en el interior de los glóbulos rojos del hospedador humano. *P. falciparum* transmite la forma más peligrosa de malaria con los índices más altos de complicaciones y mortalidad,

productor del 80% de todas las infecciones de malaria y 90% de las muertes por la enfermedad.

-Quinina: es un alcaloide natural, blanco y cristalino con propiedades terapéuticas, antipalúdicas y analgésicas producido por unas especies del genero cinchona. La quinina era el principal compuesto empleado en el tratamiento de la malaria hasta que fue sustituido por otros medicamentos sintéticos más eficaces. La quinina se puede utilizar todavía en el tratamiento de la malaria resistente.

-Cloroquina: es un fármaco del grupo de las 4 aminoquinolinas usado en el tratamiento o prevención de la malaria. Se ha encontrado que es muy activo contra las formas eritrocíticas de plasmodio vivax excepto gametocitos de plasmodio falciparum. No se conoce el mecanismo de acción preciso de la droga. No previene las recaídas en pacientes con paludismo por P. vivax o P. malaria porque no es efectivo contra las formas extraeritrocíticas del parásito ni tampoco previene la infección por P. vivax o cuando se administra como profiláctico.

-La Responsabilidad Médica: es la obligación de los profesionales médicos de sufrir las consecuencias jurídicas de sus actos profesionales, cuando sin intención dolosa causan daño a las personas por actuación culpable" definida por Samuek Fajardo³².

El maestro Alfredo Achával, define la responsabilidad Médica como "la obligación civil de reparar los daños ocasionados y sufrir las consecuencias penales de los actos cometidos con culpa en el ejercicio de su profesión".

-Resistencia a medicamentos: Susceptibilidad reducida del agente causal de la malaria a los diferentes antimaláricos. La resistencia a los antimaláricos se disemina debido a la selección de parásitos con mutaciones genéticas o

³² FAJARDO, Samuek, Referencia Conferencia Médica Panamericana "The American Journal of Tropical Medicine", Panamá, mayo de 1956. Pág.188.

amplificaciones de genes que confieren reducción de la susceptibilidad. Estrictamente hablando la resistencia solo puede documentarse in vitro. La resistencia a los antimaláricos no necesariamente es lo mismo que falla terapéutica, que es la falla para clarear la parasitemia y/ o resolver los síntomas clínicos a pesar de la administración de un antimalárico. De forma que mientras que la resistencia puede llevar a falla terapéutica, no todas las fallas terapéuticas son debidas a resistencia. Las fallas terapéuticas también pueden resultar de dosis incorrecta, pobre calidad del medicamento, interacciones con otros medicamentos o deficiencias en la absorción.

-Guías de Atención: Es el documento mediante el cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones a seguir y el orden secuencial y lógico para el adecuado diagnóstico y tratamiento de las enfermedades de interés en salud pública establecidas en el Acuerdo 117 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a cargo de las Entidades Promotoras. Las Guías de Atención de enfermedades de interés en salud pública, son documentos técnicos de referencia útiles para el manejo de algunas enfermedades en el contexto Nacional.

-Norma Técnica. Es el documento mediante el cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones costo – efectivas de obligatorio cumplimiento, a desarrollar en forma secuencial y sistemática en la población afiliada, para el cumplimiento de las acciones de protección específica y de detección temprana establecidas en el Acuerdo 117 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Igualmente determinan las frecuencias mínimas anuales de atención y los profesionales de la salud responsables y debidamente capacitados para el desarrollo de las mismas.

-Protección Específica. Es el conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a garantizar la protección de los afiliados frente a un riesgo específico, con el fin de evitar la presencia de la enfermedad.

-Detección Temprana. Es el conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones que permiten identificar en forma oportuna y efectiva la enfermedad, facilitan su diagnóstico precoz, el tratamiento oportuno, la reducción de su duración y el daño causado, evitando secuelas, incapacidad y muerte.

-Reparación Directa: La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

4.5 ESTADO DEL ARTE

Para la presente investigación se realizó un estudio de los proyectos de grado relacionados con el tema que se habían llevado a cabo por estudiantes del programa de Derecho de la Universidad Libre, indagando en la biblioteca de la misma universidad y se encontraron las siguientes:

El tema tratándose de índole administrativa se refiere también a la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos ocasionados por sus agentes y su deber de indemnizar como garante de derechos de la sociedad.

1. La acción de repetición como una herramienta eficaz frente a la acción indemnizatoria por parte de las entidades estatales de cara a la acción u omisión por parte de sus agentes.

Presentado por: Juan Pablo Álvarez C. y Jorge Ariel Marín T. Año 2011.

2. Responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

Presentado por: Marcela Gil, Alejandra Giraldo, Mariza González, Marcela Hoyos y Carlos Olivares. Año 2010.

La primera de ellas tiene como objetivo principal esclarecer que la responsabilidad del servidor público se trata bajo los preceptos constitucionales y que la efectividad en los mecanismos propios de la aplicación estricta para sancionar su conducta omisiva e impropia, se liga a los estamentos legales a sus principios y a sus fundamentos jurisprudenciales.

También aclara que la acción de repetición no es una acción plenamente del derecho administrativo sino una acción civil de carácter patrimonial, que deberá ser ejercida en contra del servidor público que, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de un conflicto determinado.

La segunda investigación, tuvo como objetivo principal presentar un documento cuyo contenido sirva a estudiantes, profesionales y la ciudadanía de Pereira, como herramienta de consulta, a través de lo cual podrá obtener conocimiento sistemático sobre los procedimientos de trámites disciplinarios; ello con el fin de lograr que la ciudadanía conozca los mecanismos presentes en las formas, para que puedan ejercitar vigilancia y control sobre las actuaciones de los servidores públicos y puedan desarrollar las acciones pertinentes ante las entidades de control. Mediante este trabajo se llevo a cabo la investigación del contexto histórico, la evaluación de la responsabilidad de los servidores públicos desde la perspectiva de la Constitución Política, un estudio de las fuentes y naturaleza jurídica del derecho disciplinario y una descripción de los comportamientos que afectan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas.

5. DISEÑO METODOLÓGICO

5.1 Tipo de Investigación

La investigación que llevada a cabo es de tipo Socio-Jurídica, dado que permite el análisis de la norma desde su contenido en el contexto social; es decir el estudio concreto en donde tiene efectos -hospitales- las políticas públicas que de ésta hacen parte y de las cuales se infiere la efectiva aplicación de la norma estudiada.

La Investigación Sociojurídica es el conjunto de supuestos epistemológicos e instrumentos metodológicos que se deben utilizar para formular el derecho, a partir de una concepción fáctica del mismo.

Siendo el método en la Investigación Sociojurídica el instrumento adecuado para construir el Derecho, él tiene que adecuarse a las características ontológicas de éste. Por eso en la Investigación Sociojurídica se distinguen tres etapas: a) La formulación del fin político del sistema normativo correspondiente; b) La problemática social que se pretende superar con el fin político; y c) Las hipótesis normativas encaminadas a alcanzar el fin.

EL FIN POLÍTICO

Siendo el Derecho un fenómeno cultural, su ser se confunde con el fin para el cual fue creado. El Derecho es por esencia un conjunto de postulados de “deber ser”; nace con un claro sentido teleológico. Por eso la primera etapa en el proceso de Investigación Sociojurídica es la de definir el fin que se persigue con el correspondiente estatuto normativo, sea cuando éste se va a expedir, o cuando se trata de evaluar uno existente. Pero no se trata de un fin en abstracto, sino en concreto. No se puede establecer cuáles serían los

medios necesarios para alcanzar el fin, si éste no está definido en términos cualitativos y cuantitativos perfectamente delimitados. No se debe buscar la libertad como valor absoluto, porque es ésta una expresión metafísica inaprehensible empíricamente, sino de garantizar, por ejemplo, la libertad de asociación de las organizaciones sindicales, o la de expresión de los profesores universitarios. Sólo frente a la concreción de la meta comienzan a vislumbrarse los medios que pueden ser utilizados para alcanzarla. Igualmente, sólo a partir del fin se puede evaluar la eficacia de un ordenamiento jurídico expedido para alcanzarlo. Es más, si sobre un mismo objeto de regulación normativa se predicen fines diferentes, las regulaciones normativas serán necesariamente distintas: Si se expide un estatuto normativo para garantizar la redistribución de la tierra entre los campesinos, será muy distinto si el mismo se hubiera expedido para garantizar la productividad del campo.

LA PROBLEMÁTICA SOCIAL.

Cuando se busca alcanzar un determinado fin político, es porque con relación a él existe una grave problemática social. Si con un estatuto normativo se busca garantizar el suministro oportuno de alimentos cóngruos para los hijos, es porque en la realidad social hay problemas con relación a ellos. Es por tanto necesario conocer la problemática que en materia de alimentos se presenta en la población objeto del estatuto normativo: qué magnitud tiene, a qué clases sociales afecta preferentemente, cuáles son los factores que inciden en la inasistencia alimentaria, etc. etc. Eso implica que es necesario realizar un análisis cualitativo y cuantitativo de la problemática alimentaria de los hijos, pues sólo a partir de él se puede precisar la meta que se busca alcanzar, y determinar los medios que sean más adecuados para ello.

Pero no se debe olvidar que es una investigación de una problemática social para construir a partir de ella un nuevo orden normativo; no se queda, por tanto, en la simple descripción de los fenómenos, sino que busca valorarlos con relación a la meta que se pretende alcanzar. Por eso los alcances de la investigación sociojurídica van más allá de las ciencias que le sirven de soporte, pues no se reduce a establecer el ser, sino el deber ser. Por esta razón, las características de la investigación sociojurídica son las siguientes:

- En primer lugar es comprensiva, y no explicativa o meramente descriptiva. Comprender un fenómeno es entender su racionalidad en función del fin al cual apunta. Son descriptivos sólo en los aspectos relevantes para el fin estudiado, todos los demás aspectos deben ser descartados por irrelevantes.
- En segundo lugar, es holística. El comportamiento humano es abierto al mundo. Comprender es más un acto de intuición en el que se integran simultáneamente el fenómeno analizado, el fin que se pretende alcanzar con él, y las circunstancias en que el fenómeno se da. Por eso tiene tanta importancia en la investigación sociojurídica la realización de paneles de expertos que desde todos los puntos de vista, tanto teóricos como prácticos, se han aproximado a la problemática estudiada.
- En tercer lugar es dialéctica. El fenómeno cultural nace como una negación del “ser”, afirmando un “deber ser”. Desde el punto de vista ontológico, hay en la realidad empírica un ser relacionado con la meta que se persigue (tesis); una antítesis, en cuanto se niega ese “ser” y se afirma un “deber ser”; y una síntesis, en cuanto se concreta en un nuevo “ser” que integra al ser existente los cambios que es necesario introducir para alcanzar la meta propuesta. Y esta síntesis se convierte en una nueva tesis que es objeto de un nuevo cuestionamiento, sobre cuya base se construye una nueva síntesis, en un proceso continuo que refleja el devenir histórico de las instituciones jurídicas, según las condiciones situacionales en las que les toca

desenvolverse. Por eso el estudio del Derecho debe incluir el de su desarrollo histórico, para comprender sus modificaciones dentro de un marco témporo-espacial.

LAS HIPÓTESIS NORMATIVAS.

Al mismo tiempo en que se va estudiando la problemática social que dio lugar a la formulación de las metas que se pretenden alcanzar con la regulación normativa, es necesario analizar los mecanismos sociales y jurídicos que se hayan intentado para superarla, analizando los factores que pueden haber incidido en su fracaso. Luego, en un proceso de creación imaginativo, se deberán formular las hipótesis normativas que se considera van a lograr alcanzar la meta³³.

5.2 Método

Realizar un análisis interpretativo de las normas que regulan los protocolos y las guías de atención en malaria para la población colombiana y su efectiva aplicación en los hospitales públicos, para deducir la existencia o no de responsabilidad estatal, apoyada en el estudio de los antecedentes de la responsabilidad del Estado vista desde las diferentes órbitas y del largo complejo normativo que ha venido desarrollando la creación de los protocolos de salud de esta enfermedad.

5.3 Instrumentos de Recolección de Información

Dado que la investigación es de índole analítica, como fuente primaria esta la **normativa**, desde su creación hasta su aplicación en concreto una vez publicada, la fuente **jurisprudencial**, toda vez que de ella se desprende la

³³ GIRALDO, Jaime y otros. Metodología y técnica de la investigación sociojurídica. Bogotá, Librería de lo Profesional, 2 edición, 2002. Pág. 25-26

interpretación que de la norma se da cuando se han generado vacíos, y la **revisión bibliográfica** en búsqueda de los antecedentes que hayan marcado las responsabilidades del Estado en materia de falla del servicio médico y de la cual se puede inferir los elementos probatorios que permiten calificarla de esta forma.

Y por último no hubiera sido completo este estudio sin que el análisis de esa norma se llevara a un ejemplo específico que permita incorporar a través del ejemplo la forma como este estudio socio jurídico se da en el mundo real y se analice desde una óptica más cercana los posibles argumentos que puedan armar una demanda de reparación directa para que sea exitosa.

No se trata entonces de condenar al Estado de forma injusta sino de esclarecer los fundamentos que puedan tener un soporte normativo que conduzcan a inferir esa posible existencia de responsabilidad, o si por el contrario llevan a demostrar su exoneración en la materia.

5.4 Técnicas de Análisis de Información

La interpretación para este tipo de investigación conlleva al estudio de un conglomerado de normas que se desarrollan desde su pilar fundamental, siendo este la Constitución Política, hasta la norma nacional que la desarrolla y la aplica y le da firmeza.

Por ello se puede decir que la interpretación sistemática es la técnica primordial que se usará dado que el componente normativo está analizado desde una visión general que enmarca el sentido de la misma y le genera la importancia que tiene dado que han sido temas de estudio social y jurídico a nivel internacional otorgándole una connotación mucho más elevada y un carácter de primordial teniendo en cuenta así mismo los derechos humanos en la Constitución Nacional.

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

DONDE SE DESARROLLAN LOS RESULTADOS DEL PROYECTO

- EL CASO CONCRETO: MALARIA

Llegando del estudio general de las normas de responsabilidad por falla presunta del estado en el servicio médico ahora se hablará específicamente del tema propuesto; el tratamiento de las enfermedades de salud pública desde la normativa que las creó, cómo son aplicadas en los hospitales y su vínculo específico con la malaria como principal objeto de la investigación.

Para dilucidar el tema con mayor precisión, se hizo necesaria la personificación del problema que se trató dentro de la investigación en el caso concreto de una víctima mortal de esta enfermedad de tan sólo 18 años de edad; *Natalia Cruz*, una paciente del Hospital San Rafael de Pueblo Rico y Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

La causa de la muerte de la paciente cuya identidad se revela en la investigación bajo el nombre de *Natalia Cruz*, es el mal tratamiento médico de la enfermedad pública denominada malaria. Pero para establecer por qué la muerte se atribuye como responsabilidad del Estado Colombiano, fue necesario enfocarse en el desarrollo legal que los temas de salud tienen dentro del contexto del territorio como se verá con posterioridad.

Natalia Cruz, una usuaria del servicio de urgencias de la IPS Hospital San Rafael de Pueblo Rico –localidad donde residía–, ingresa con síntomas controlados de la enfermedad, por lo que le realizan los exámenes médicos que confirman que padece de malaria mixta (*vivax* y *falciparum*).

Al día siguiente es remitida a la IPS Hospital San Jorge de Pereira donde de inmediato le inician tratamiento médico con el medicamento cloroquina, (como lo indica la historia clínica)³⁴ a pesar de que éste sólo sirve para tratar un tipo de malaria; esto es la malaria vivax, más *NO* la mixta; para el tratamiento de ésta última debe usarse quinina³⁵. La falta de uso del medicamento adecuado hace que la malaria se determine como complicada.

Las razones por las cuales no se le prescriben los medicamentos adecuados para el estado de su enfermedad, (indispensables e irremplazables para que tenga mejoría y conservarle la vida) es que en el Hospital San Jorge no tienen el medicamento.

Tan solo cuatro días después de que la paciente hubiera ingresado al Hospital, tras ver el delicado estado de salud y el rápido avance de la enfermedad que ya llega inclusive a afectarle el sistema nervioso, sin el medicamento idóneo para la malaria mixta, la IPS decide realizar las gestiones administrativas tendientes a la obtención del medicamento externamente. Como respuesta se obtuvo que tampoco hay existencias de quinina en toda la región, consultando en todo Risaralda, Medellín, Caldas, Quindío, Valle, por lo que resulta imposible aplicárselo a tiempo a la paciente y al no controlarse con la cloroquina suministrada, como consecuencia de ello fallece 5 días después de ser ingresada a la institución hospitalaria.

Ahora bien, es necesario adentrarse en la norma que regula el tratamiento para las enfermedades de salud pública:

El gobierno nacional está en la obligación de crear una reglamentación para las enfermedades que se han categorizado como de salud pública; es por eso que el Ministerio de la Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud crearon las guías de atención integral para cada una de estas

³⁴ Ver soportes en la Historia clínica de Natalia Cruz. Anexos.

³⁵ COLOMBIA, Ministerio de la Protección Social, Guía de Atención Clínica de Malaria 2010 (Documento Actualizado de Versión Convenio 256/09). Bogotá D.C. 2010. Pág. 130

enfermedades, para el caso concreto la guía de Atención Clínica de Malaria del año 2010 (la más reciente), donde se establecen todos los procedimientos a seguir que deben ser tenidos en cuenta en una entidad prestadora de servicios de salud al momento de atender un paciente que presente el paludismo.

A continuación se mencionan los aspectos más relevantes de la respectiva guía:

1) Acceso Gratuito y universal al tratamiento etiológico de la malaria: una vez realizado el diagnóstico y definida la situación clínica debe instaurarse el tratamiento parasitológico. El tratamiento etiológico con antimaláricos en Colombia es gratuito, universal y el Ministerio de Salud lo adquiere y **distribuye a los entes territoriales los cuales deben garantizar su disponibilidad en los sitios de atención.**

2) Distribución de antimaláricos. El mantenimiento de un surtido permanente de todos los antimaláricos debe ser prioridad entre las acciones de los entes territoriales, aseguradoras e IPS en zonas endémicas de malaria³⁶. Los siguientes aspectos del suministro de medicamentos deben ser cumplidos sin deficiencias por las secretarías departamentales de salud con el fin de garantizar la existencia permanente de antimaláricos en todos los municipios donde haya atención de malaria: i) cálculo de necesidades. ii) solicitud oportuna al Ministerio de Salud. iii) almacenamiento adecuado. iv) manejo de inventarios y distribución oportuna a los municipios e IPS. v) monitoreo sistemático del desabastecimiento y condiciones de uso en los puestos de atención. Deficiencias en estos aspectos se traducen en desabastecimiento en los puestos de atención y son una falla crítica del programa.

³⁶ Como se demostró con anterioridad en la investigación, Pueblo rico y Pereira son zonas endémicas.

3) En la página 128 de la guía se indican las responsabilidades de los actores del sistema de salud en Colombia con relación a la atención adecuada de la malaria complicada así:

Ministerio de la Protección Social:

- Adquirir el tratamiento etiológico indicado para esta forma clínica y distribuirlo oportunamente a las entidades territoriales.
- Establecer con los departamentos una política de distribución, manejo de surtido y uso de medicamentos para malaria complicada (quinina).
- Gestionar ante las instancias correspondientes la vigilancia sobre la actuación y deficiencias de otros actores del sistema frente a la atención de la malaria.
- Vigilancia de la ocurrencia de la malaria complicada y la mortalidad por malaria en el país, promover investigaciones de caso y correctivos de forma oportuna.
- Asistencia técnica a entidades territoriales.

Secretarías Departamentales y Municipales de Salud:

- Garantizar la existencia de surtido adecuado de los medicamentos en todas las cabeceras municipales de las zonas endémicas y en todas las unidades de salud donde pueda ser iniciada la terapia.
- Establecer mecanismos efectivos para el suministro inmediato de estos antimaláricos a cualquier hospital donde pueda llegar un caso de malaria complicada en su territorio.
- Difusión de guías de manejo establecidas por el nivel nacional.

Empresas Sociales del Estado e instituciones prestadoras de servicios de salud privadas de mayor complejidad:

- Atención de la malaria complicada y otros casos remitidos del nivel primario. Las IPS en las regiones maláricas deben disponer de los equipos y cuidados necesarios para el manejo de la malaria grave y deben registrar y notificar los casos de malaria complicada por medio del SIVIGILA. De igual forma es esencial que las IPS hagan un cuidadoso manejo de inventarios y solicitudes oportunas de medicamentos para malaria grave a los niveles superiores de la red de atención y desarrollen actividades de capacitación del cuerpo médico y enfermería.
- Remitir a instituciones de mayor complejidad, aquellos casos complicados que requieran una atención más especializada.
- Realización de autopsia de las muertes intrahospitalarias producidas por malaria complicada.

Como se pudo observar, está más que visto que en la guía si se establecía el adecuado abastecimiento de quinina y que su falta de existencias no sólo en el departamento de Risaralda si no en todo el territorio colombiano constituye una responsabilidad del Estado por la gravedad de la enfermedad, adicional a ello existen resoluciones expedidas por el Ministerio de la Salud que regulan la materia.

-La resolución 5261 de 1994, establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el sistema general de la seguridad social en salud. En su articulado segundo proclama: el Ministerio de salud orientará la adopción de Guías de atención integral para las principales enfermedades en razón del perfil de morbimortalidad y del costo de efectividad de sus tratamientos, las cuales deberán contener sin excepción actividades de promoción y fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad específica. Todo paciente que padezca alguna enfermedad cuyo manejo este definido por una de las guías de atención integral, deberá inscribirse en ella y seguir las

recomendaciones tendientes a mantener su salud, recuperarse de la enfermedad y evitar consecuencias críticas.

-Así mismo de conformidad con el artículo 2 del decreto 1485 de 1994 y el decreto 2357 de 1995 el Sistema General de Seguridad Social, **fija como responsabilidad** de las EPS, entidades transformadas y adaptadas y las administradoras del régimen subsidiado administrar el riesgo en salud individual de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, estableciéndose aquí la responsabilidad estatal derivada de los actos médicos que no se ciñan a este procedimiento estandarizado.

-La resolución número 412 del 25 de febrero 2000, establece las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública.

Sin embargo, arbitrariamente y ante la gran preocupación por el amplio esquema territorial que presenta esta enfermedad, el Ministerio de Salud expide las resoluciones número 1745 del 30 de junio de 2000 y 3384 del 29 de diciembre de 2000, perjudicando el desarrollo obligatorio que se venía dando en el tema por cuanto modifican la resolución 412 y establecen que:

Artículo 8: Responsabilidad en el cumplimiento de las guías de atención: las guías de atención de enfermedades de interés en salud pública, son documentos técnicos de referencia útiles para el manejo de algunas enfermedades en el contexto nacional. Si bien estos documentos constituyen recomendaciones técnicas, **no son de carácter obligatorio** para las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado. Sin embargo, es obligación de todas las administradoras garantizar la atención de las enfermedades y seguimientos de las mismas, con sujeción a los contenidos

del plan obligatorio de salud y plan obligatorio de salud subsidiado.
PARÁGRAFO: Las guías de atención para tuberculosis, lepra, leishmaniasis y malaria contienen elementos normativos de obligatorio cumplimiento para las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado, en lo que se relaciona con los contenidos del POS y POSS respectivamente.

Lo anterior significa que el ministerio de la Salud le resta importancia al seguimiento de los protocolos y guías de atención de enfermedades de interés en salud pública quitándoles la connotación de obligatorio a simple recomendación técnica, pero queda abierta la posibilidad en el parágrafo con las enfermedades específicas como la malaria cuando dice que su contenido normativo es de obligatorio cumplimiento por el POS y POSS.

He aquí una parte importante cuya responsabilidad se estudia; el acuerdo 028 de 2011 en su artículo 12, le recobra vida a la responsabilidad que tienen de adoptar la resolución 412 cuando dice: Promoción de la Salud y Prevención de la Enfermedad: de conformidad con la estrategia de atención primaria en salud, el plan obligatorio de salud (POS) cubre todas las atenciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, protección específica y detección temprana adoptadas mediante las resoluciones 412 de 2000, 3384 de 2000 del Ministerio de Salud y Protección Social. Se concluye aquí entonces que la aplicación de la resolución 412 continúa vigente.

Para la comprensión de la responsabilidad del Estado atribuida por el caso específico de Natalia Cruz cuyo tratamiento no se adecuó a la Guía de Atención Clínica de Malaria 2010 por cuanto no se le suministró el medicamento necesario para su recuperación y evitar su deceso por falta de éste en todo el país que lo hace aún más grave cuando así lo declara la

Gobernación de Risaralda en respuesta al derecho de petición interpuesto de fecha 6 de diciembre de 2011³⁷:

“Para la fecha de la solicitud del medicamento quinina (fecha en que la paciente se encontraba interna en el Hospital San Jorge de Pereira), no habían existencias en el país”.

La omisión se halla en que una vez realizado el diagnóstico tanto la empresa social del Estado Hospital San Rafael de Pueblo Rico como el Hospital Universitario San Jorge de Pereira debieron iniciar lo más pronto posible la primera dosis de tratamiento para la malaria mixta....establece la página 25 de la guía para la malaria:

“Adecuada dispensación, prescripción y uso de los antimaláricos: se establece además de la susceptibilidad de los parásitos a los antimaláricos, la efectividad curativa en el tratamiento antimalárico depende entre otros factores en gran parte de la adecuada prescripción, dispensación y de la adherencia de los pacientes al esquema terapéutico. A su vez, las mismas condiciones de prescripción y dispensación, determinan la adherencia. La calidad de la atención, con el seguimiento cuidadoso de las mejores prácticas de dispensación es un aspecto esencial en la gestión de entidades territoriales e IPS en el manejo de la malaria.

No sólo son responsables las IPS prestadoras del servicio de salud por la negligencia en la obtención oportuna del medicamento tal y como lo establece la guía de atención para la malaria 2010, sino también la administración departamental por la omisión en el suministro del medicamento y permitir que se agotara en todo el territorio nacional quedando inhabilitada toda forma oportuna de obtenerlo con prontitud y preservar la vida de Natalia Cruz, dejando abierta la posibilidad de interponer una acción de reparación directa como medio de control contra el inoportuno

³⁷ Ver anexo respuesta de derecho de petición Gobernación de Risaralda.

ejercicio e ineficacia de las funciones de la administración pública. Y aunque es un juez de la república el llamado a decidir si el Estado es responsable o no, las mismas normas dejan ver con claridad las acciones a seguir en este tipo de enfermedades públicas y que por falta de seguimiento en sus protocolos le costaron la vida a una joven de tan sólo 18 años de edad.

La causa del deceso de la paciente Natalia Cruz fue la malaria mixta que se complicó con el pasar de los días sin que se le siguiera el tratamiento adecuado, no se le practicó la necropsia al cadáver, por lo que se puede considerar que la muerte, según los datos consignados en su historia clínica indican como su causa la malaria mixta complicada.

Así mismo, de conformidad con la historia clínica, la salud de la paciente degeneró hasta el estado de malaria mixta complicada, durante el tiempo de permanencia en las dos IPS dado que los médicos que la atendieron se limitaron a suministrarle medicamentos para un solo tipo de malaria vivax y para calmar los síntomas que presentaba, pero no para atacar la enfermedad que padecía, esto es malaria mixta: VIVAX + FALCIPARUM, cuando ésta ya había sido diagnosticada, situación que agrava los elementos que tipifican la conducta.

Los elementos de la responsabilidad señalados y expuestos anteriormente determinan la culpa en la ejecución de la actividad médica de tratamiento, un nexo causal entre el daño y la defectuosa prestación del servicio médico que por lo tanto impone la declaratoria de responsabilidad médica de la ESE Hospital San Rafael de Pueblo Rico, de la ESE Hospital San Jorge de Pereira, Ministerio de la Salud y la Protección Social y la Gobernación de Risaralda ante una eventual acción de reparación directa.

Igualmente, se ha referido al respecto el H. Consejo de Estado así: “En tratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas

que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico-hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud”.³⁸

Vale la pena a demás mencionar el artículo publicado por Caracol Radio el 23 de noviembre de 2012, en donde se afirma que los directivos de la Territorial de Salud en Caldas reportaron el registro de 10 casos de malaria o paludismo en erradicadores de coca, provenientes del sur del país y quienes son oriundos de poblaciones del oriente del departamento. La enfermedad es más común en zonas de clima tropical húmedo.

El Centro Nacional de Enlace reportó los casos en Marquetalia, Caldas, brote importado por erradicadores de cultivos ilícitos, remitidos a las clínicas de Villapilar y Versailles, IPS de alta complejidad diagnosticados con malaria complicada por lo que registran fiebre, tos, escalofrió, dolores musculares, vómito, insuficiencia renal y pérdida de la conciencia.

Según el funcionario los pacientes están afiliados por el régimen contributivo a la Nueva EPS Y Coomeva, empresas prestadoras de salud que no respondieron oportunamente sus líneas 018000 por lo que fue necesario que la Dirección Territorial de Salud de Caldas con su Centro Regulador de Urgencias y Emergencias, realizara la remisión y ubicación de los enfermos. Explicó que se ordenó a las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud

³⁸ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 16 de Julio de 2008, expediente 16775. C.P Doctora Myriam Guerrero de Escobar. Pág. 19-20

elaborar el Plan de contingencia para controlar dicho brote en las poblaciones del oriente del departamento.

Adicional a ello, la columna realizada por Paula Andrea Agudelo Roldán - Periodista del Periódico El Pulso - (periódico de la salud de Medellín), indica según su estudio “Enfermedades endémicas” que:

“Las enfermedades infecciosas siguen siendo un grave problema para la salud pública, más ante las pobres acciones del gobierno y del sistema de salud para enfrentarlas: los 15.000 nuevos casos de tuberculosis y 150.000 nuevos casos de malaria al año dan indicio de ello.

Sin embargo, sí existen medidas generales de salud pública que deben ser garantizadas mediante responsabilidad compartida entre la población y el gobierno, como higiene, saneamiento básico, disponibilidad de vacunas, consulta oportuna y tratamientos.

Según datos del Instituto Nacional de Salud (INS) del año 2003, en 2002 hubo unos 165.000 casos de malaria, Agregó que en vacunación, el Plan de Desarrollo se comprometió a llegar a una cobertura del 95%: “El país hace unos años tuvo un bache, y ahora, con excepción de algunos departamentos, ha llegado al 90%. Hay territorios apartados donde no se llega al 50%. Son comunidades aisladas, con problemas de violencia o desconocimiento. En enfermedades tropicales señaló que al año hay 140.000 casos de malaria”.

Esta situación permite comprender que el problema del deficiente tratamiento en las enfermedades de salud pública se encuentra en todo el país y que su control no llega a ser eficiente dado los cientos de casos que al año se presentan permitiendo dimensionar la gravedad del caso.

Natalia Cruz es sólo una víctima más, un caso del montón con un desenlace fatal cuya indebida aplicación de los procedimientos médicos adecuados termina con la activación de los mecanismos judiciales que haga valer los derechos de vida digna y salud que le pertenecían a la víctima, pero que hoy

sólo su familia puede cobrar pecuniariamente sin que ello represente una compensación equilibrada.

7. MEDIOS DE DIVULGACIÓN

El presente trabajo de investigación será evaluado y aprobado por un jurado que será asignado por el centro de investigaciones de la Universidad Libre Seccional Pereira y que posteriormente se expondrá en la fecha y hora que determine el mismo jurado.

8. CONCLUSIONES

“La responsabilidad por falla en la prestación del servicio de salud se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio”³⁹.

Una vez analizados los puntos previstos en esta investigación cuyo objetivo era esclarecer la responsabilidad del estado o no frente a la aplicación de las normas y decretos que reglamentan las guías y protocolos para el tratamiento de la malaria en el caso médico desarrollado en los hospitales San Rafael de Pueblo Rico y San Jorge de Pereira, se pudo obtener conclusiones de significativa relevancia, algunas de ellas positivas y otras negativas que al final dejan grandes interrogantes sobre el problema que enfrenta el país actualmente a nivel de responsabilidad estatal en salud.

-Ante la premisa de identificar los factores determinantes de la responsabilidad estatal como causa del tratamiento de enfermedades de carácter público como la malaria según el CNSSS, se estableció que dado que la norma fija con exactitud los eventos en que el paciente debe tener un riguroso tratamiento cuando se trata de enfermedades categorizadas como públicas; tiene el estado la obligación de responder ante una eventual falla en el servicio que preste la institución pública de salud, así lo establece la norma cuando dice:

³⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de mayo 11 de 2011. Radicado 1996-05026-01. Pág. 36

“La resolución 5261 de 1994, establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el sistema general de la seguridad social en salud. En su articulado segundo proclama: el Ministerio de salud orientará la adopción de Guías de atención integral para las principales enfermedades en razón del perfil de morbilidad y del costo de efectividad de sus tratamientos.... Todo paciente que padezca alguna enfermedad cuyo manejo este definido por una de las guías de atención integral, deberá inscribirse en ella y seguir las recomendaciones tendientes a mantener su salud, recuperarse de la enfermedad y evitar consecuencias críticas”.

-Ahora bien, en tratándose del vínculo existente entre el tratamiento médico aplicado y los protocolos creados por el CNSSS; hablando del tratamiento médico, aunque si se refería a malaria, no fue el adecuado ya que no se trató como sugería la guía. Según el historial clínico de Natalia Cruz, La paciente no solo recibió una atención deficiente y tardía del procedimiento adecuado y ordenado a seguir para el diagnóstico de su enfermedad, si no que debido a ello se complicó terminando con su vida. La malaria que padecía fue tratada con medicamentos insuficientes que no acudían a la urgencia de disminuir los síntomas dado que ella sufría de una malaria mixta y según la guía ésta debe ser tratada exclusivamente con el medicamento quinina que para esa época presenta inexistencias no sólo en las sedes regionales sino a nivel nacional y para el momento de conseguir la droga sería demasiado tarde para la paciente.

Al ingresar al Hospital San Rafael de Pueblo Rico y pese a no tener los suministros necesarios, se remite al Hospital San Jorge de Pereira donde de inmediato le inician tratamiento médico con el medicamento cloroquina, (como lo indica la historia clínica) a pesar de que éste sólo sirve para tratar un tipo de malaria; esto es la malaria vivax, más NO la mixta; para el tratamiento de ésta última debe usarse quinina. La falta de uso del

medicamento adecuado hace que la malaria se determine como complicada. Sin embargo sólo le suministran cloroquina que solo cura un tipo de malaria, por ende no le calma el dolor y los síntomas incrementan. La responsabilidad del estado se incrementa aún más porque la entidad misma del departamento de Risaralda, en requisito previo de la demanda responde frente a un derecho de petición, que efectivamente para la fecha de ocurrencia de los hechos no habían dosis en el departamento y que serán imposibles de obtener.

Según esto, es importante entonces recordar lo que señala la página 128 de la Guía de Atención Clínica de Malaria 2010, que establece que en la malaria complicada y otros casos remitidos del nivel primario, las IPS en las regiones maláricas deben disponer de los equipos y cuidados necesarios para el manejo de la malaria grave y deben registrar y notificar los casos de malaria complicada por medio del SIVIGILA. De igual forma es esencial que las IPS hagan un cuidadoso manejo de inventarios y solicitudes oportunas de medicamentos para malaria grave a los niveles superiores de la red de atención y desarrollen actividades de capacitación del cuerpo médico y enfermería.

-Ante la necesidad de establecer un vínculo jurídico que establezca con claridad el nexo entre la norma creada y su inaplicación en el caso estudiado, se observa que la omisión se hace efectiva cuando una vez realizado el diagnóstico tanto la empresa social del Estado Hospital San Rafael de Pueblo Rico como el Hospital Universitario San Jorge de Pereira debieron iniciar lo más pronto posible la primera dosis de tratamiento para la malaria mixta.....establece la página 25 de la guía para la malaria: “la efectiva curativa en el tratamiento antimalárico depende entre otros factores en gran parte de la adecuada prescripción, dispensación y de la adherencia de los pacientes al esquema terapéutico. A su vez, las mismas condiciones de prescripción y dispensación, determinan la adherencia. La calidad de la

atención, con el seguimiento cuidadoso de las mejores prácticas de dispensación es un aspecto esencial en la gestión de entidades territoriales e IPS en el manejo de la malaria”.

La relevancia jurisprudencial para el caso que se presenta como ejemplo, se deriva de la sentencia de febrero 5 de 1998, cuando dice que: “la Diligencia del servicio médico oficial implica demostrar: “que estudió la historia y particularidades del paciente, que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico sino acertado por lo menos consecuente con esas circunstancias y determinó la terapéutica correspondiente, que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica, que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado, que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital, que disponía de los equipos adecuados, que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y la forma prevista por su técnica; que constató los síntomas vitales del operado, que intervino al paciente en condiciones de asepsia, que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control postoperatorio; que explicó a su familia los efectos y las preocupaciones a ser tomadas durante ese período, que mantuvo el control de vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etcétera”⁴⁰. Esta aquí entonces la evidencia de que el caso concreto de Natalia Cruz, si fue un acto de negligencia médica toda vez que los procedimientos aplicados fallaron ante el protocolo que se debía seguir ante la enfermedad que padecía y la condujo a la muerte.

No sólo son responsables las IPS prestadoras del servicio de salud por la negligencia en la obtención oportuna del medicamento tal y como lo establece la guía de atención para la malaria 2010, sino también la

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia de febrero 5 de 1998, exp. 13.337. Pág. 51.

administración departamental por la omisión en el suministro del medicamento y permitir que se agotara en todo el territorio nacional quedando inhabilitada toda forma oportuna de obtenerlo con prontitud y preservar la vida de Natalia Cruz, dejando abierta la posibilidad de interponer una acción de reparación directa como medio de control contra el inoportuno ejercicio e ineficacia de las funciones de la administración pública. Y aunque es un juez de la república el llamado a decidir si el Estado es responsable o no, las mismas normas dejan ver con claridad las acciones a seguir en este tipo de enfermedades públicas y que por falta de seguimiento en sus protocolos le costaron la vida a una joven de tan sólo 18 años de edad.

Así mismo, la Guía para la Malaria establece la responsabilidad de los actores estatales del sistema de salud frente al tema, tal y como se evidenció en el punto 6, resultados y discusión de la investigación, páginas 47 a 49, desarrollando cada una de las obligaciones de los organismos respecto de los cuidados con la malaria complicada, señalando también que las deficiencias en estos aspectos se traducen en desabastecimiento en los puestos de atención y son una falla crítica del programa que pone en riesgo la vida de la población. Esto demuestra entonces la ineficiencia en la prestación del servicio médico que recibió Natalia al ingresar con el plasmodio que causaría su deceso.

Ya jurisprudencialmente hablando, se ha referido al respecto el H. Consejo de Estado así: “En tratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico-hospitalario se torna más exigente, como

quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud”.⁴¹

No obstante y lamentablemente, es difícil llegar a una conclusión con certeza a cerca de la existencia determinada de la responsabilidad estatal en esta caso médico específico, ya que a pesar de que la realidad en este ejemplo verídico muestra como son vulnerados los derechos del paciente a un trato médico que permita tener la tranquilidad de que se va hacer el mejor esfuerzo y se van aplicar los procedimientos establecidos y profesionales para el caso, como ocurrió con “Natalia”, queda en el entredicho el asentamiento del efectivo castigo a las entidades que incumplan con este tipo de protocolos pues en una norma de confusa interpretación como lo es el artículo 8 del decreto 3384 de 2000, en el que se habla de que la responsabilidad en el cumplimiento de las guías de atención de enfermedades de interés en salud pública, son documentos técnicos de referencia útiles para el manejo de algunas enfermedades en el contexto nacional y que éstos documentos constituyen recomendaciones técnicas, que **no son de carácter obligatorio** para las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado. Sin embargo, es obligación de todas las administradoras garantizar la atención de las enfermedades y seguimientos de las mismas, con sujeción a los contenidos del plan obligatorio de salud y plan obligatorio de salud subsidiado. PARÁGRAFO: Las guías de atención para tuberculosis, lepra, leishmaniasis y malaria contienen elementos normativos de obligatorio cumplimiento para las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado, en lo que se relaciona con los

⁴¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 16 de Julio de 2008, expediente 16775. C.P Doctora Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C. 2008. Pág. 45.

contenidos del POS y POSS respectivamente. Lo que genera una confusa interpretación normativa.

Los elementos de la responsabilidad señalados y expuestos anteriormente determinan la culpa en la ejecución de la actividad médica de tratamiento, un nexo causal entre el daño y la defectuosa prestación del servicio médico que por lo tanto impone la declaratoria de responsabilidad médica de la ESE Hospital San Rafael de Pueblo Rico, de la ESE Hospital San Jorge de Pereira, Ministerio de la Salud y la Protección Social y la Gobernación de Risaralda ante una eventual acción de reparación directa.

El Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que la prestación asistencial no le fue brindada al paciente de manera diligente utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer las entidades médicas estatales, de acuerdo a su nivel de complejidad, o no se remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, porque esas fallas vulneran su derecho a la asistencia en salud.

Es así como la investigación arrojó como resultado la efectiva responsabilidad del estado que se permitió vislumbrar en el caso de *Natalia Cruz* en que dicha responsabilidad estatal se deriva de la deficiente atención a su enfermedad y particularmente ante la desobediencia para acogerse a los protocolos que regulan el tratamiento para una enfermedad categorizada como de salud pública como lo es la malaria no sólo por parte de las IPS donde fue atendida sino también de la administración departamental y del Ministerio de Salud por cuanto permitió que se agotaran los medicamentos previstos por este mismo ente para el control y curación de la enfermedad y que por su grado de importancia requieren un riguroso cuidado con los

medicamentos específicos que allí se establecen para evitar consecuencias mortales como ocurrió con la paciente.

- Como propósito último dentro de los objetivos a desarrollar en la investigación, se logró definir a través del estudio histórico la manera como se ha venido desarrollando en Colombia el tema de la responsabilidad estatal en el derecho a la salud; el marco histórico, evidencia como la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado ha ampliado la visión de la responsabilidad estatal desde el año 1990 cuando aparece el término de falla probada del servicio invirtiéndole a la obligación del ente de salud en brindar de forma oportuna y diligente el cuidado del paciente y el procedimiento médico que garantizara la calidad de vida del mismo.

Para 1992, mediante sentencia de Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Con C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández, se establece la condición de inferioridad en la que se encuentra el paciente frente al médico para enfrentar la carga probatoria y se decide presumir la falla en el servicio y es el ente medico quien está en la obligación de desvirtuarla, debiendo la entidad demandada “demostrar la existencia de la fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o acreditar que su comportamiento fue diligente y que permitiera deducir su ausencia en la culpa.

Para el año 1996, establece el Consejo de Estado que como parte del tratamiento que se debe suministrar a un paciente, es obligación de las entidades hospitalarias garantizar el bueno estado y funcionamiento de los instrumentos de los cuales se vale la ciencia médica⁴².

Teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente), si tal resultado no se obtuvo,

⁴² COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia 9 de Diciembre de 1996, expediente 10.66. C.P. Daniel Suarez Hernández. Bogotá D.C. 1996. Pág. 27

a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedo dicho, cumplió adecuadamente con su obligación pues como también lo ha sostenido la sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada⁴³. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un *acto negligente* que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento, en el cual se evalúe el caso⁴⁴. Consecuencialmente, se puede entender entonces que no se logró establecer a través de un fallo la existencia de antecedentes en casos específicos de responsabilidad estatal derivados de los tratamientos aplicados en los centros hospitalarios, sin embargo la responsabilidad es tan relevante y evidente que bien puede llegar a demostrarse con los elementos probatorios adecuados.

Cuantos casos podrán tener existencia en ese momento sin que hubiese el medicamento para tratarlos teniendo en cuenta las tasas q se presentan de morbilidad del paludismo?

Una vez analizados los puntos previstos a tratar en esta investigación cuyo objetivo era esclarecer la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos ocasionados, se puede señalar que actualmente Colombia pertenece en un régimen que consagra la protección del derecho a la salud de la población bajo el riguroso esquema normativo que la salvaguarda y el deber de resarcir los perjuicios ocasionados, pero que por causa de las precarias condiciones en las que se presta el sistema

⁴³ LOPEZ MORALES, Jairo, Responsabilidad Patrimonial del Estado. Bogotá Ediciones doctrina y ley, 1999. Pág. 606.

⁴⁴FRANCO DELGADITO, Eduardo, GUZMAN MORA, Fernando, ROSELLI COCK, Diego Andrés, La práctica de la medicina y la ley, biblioteca jurídica Diké, primera edición, 1996, págs. 53 y ss.

de salud hoy por hoy son cientos de víctimas mortales de este tipo de enfermedades como la malaria que consecuentemente conllevan a un volumen innumerable de demandas contra el Estado que probablemente serán falladas en su contra perjudicando el erario y que mientras el sistema de salud siga funcionando en nefastas condiciones cometiendo errores como en el caso afrontado en la investigación, no cesarán los resultados que potencialmente demuestren su responsabilidad.

El tema abordado en esta investigación deja al relieve importantes cuestionamientos acerca de qué tan efectivo es el derecho a la salud en realidad, dado que existe vigente una normatividad que regula el tratamiento médico para enfermedades de salud pública como ésta, no obstante permite cuestionarse ¿cuál es la solución a un problema tan importante como éste? ¿Será entonces que una nueva legislación o la creación de sistemas penales y nuevas categorías de delito podrían ser el efectivo método de prevención para que las enfermedades de salud pública entre otras tantas sean tratadas con la relevancia que merecen? Si bien el objetivo de esta investigación tenía como finalidad llegar a conclusiones certeras, es importante recordar que no quiere ello decir que de ella se dedujera la solución que podría erradicar las fallas en el servicio médico estatal; por el contrario, los resultados que arrojan los antecedentes analizados dentro del marco histórico de este proyecto, implican que aún con las herramientas y la evolución que trae consigo los años y con ellos las nuevas tecnologías, no hizo los errores se disminuyeran. El sistema de salud sigue siendo precario y los extensos y tan elaborados protocolos y guías para la atención clínica de enfermedades como la malaria, son sólo hasta ahora no más que hermosa pero intangible letra muerta a la sombra de la tan ya desgastada Constitución Política Nacional. Es inevitable entonces plantearse interrogantes como ¿cuál será entonces la medida efectiva para que los protocolos tengan aplicación real en los centros médicos y hospitalarios? ¿Qué está haciendo el Gobierno actual para

minimizar las consecuencias fatales de los malos tratamientos a la salud en el país? ¿La alternativa de una reforma a la ley 100 como alma mater dentro del esquema de la seguridad social actualmente podrá llegar a ser la solución efectiva, o sólo un calmante temporal o tal vez un detonante para esta bomba de tiempo?

9. BIBLIOGRAFÍA

Instituto de Medicina Legal, Casos Forenses 4, editorial Señal Editorial, Medellín, 2007.

Instituto de Medicina Legal, Casos Forenses 5, editorial Señal Editorial, Medellín, 2007.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil” (con especial atención a la reparación del daño), Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995.

DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007.

FRANCO DELGADITO, Eduardo, GUZMAN MORA, Fernando, ROSELLI COCK, Diego Andrés, La práctica de la medicina y la ley, biblioteca jurídica Díké, primera edición, 1996.

WINFRIED HASSEMER, Arthur Kaufmann, El Pensamiento Jurídico Contemporáneo, editorial española Gregorio Robles, Madrid. Primera edición 1992

HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá: Nueva Jurídica, 2007.

FRANCO DELGADITO, Eduardo, GUZMAN MORA, Fernando, ROSELLI COCK, Diego Andrés, La práctica de la medicina y la ley, biblioteca jurídica Diké, primera edición, 1996.

Gaceta constitucional número 56 del lunes 22 de abril de 1991, Bogotá, edición de 16 páginas.

GIRALDO, Jaime, Metodología y técnica de la investigación socio jurídica. Bogotá, editorial Librería de lo Profesional, 2 edición, 2002.

KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, (La Teoría Pura del Derecho). Escuela moderna alemana. Primera edición Leipzig y Viena, 1934.

LOPEZ MORALES, Jairo, Responsabilidad Patrimonial del Estado. Bogotá Ediciones doctrina y ley, 1999.

MORCILLO, Pedro Pablo, Historia del Derecho Colombiano en la Segunda Mitad del Siglo XX, Tomo VII Administración de Justicia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005.

RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio, Manual De Derecho Probatorio Administrativo, Edición 2008. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2010

SCHILD, Wolfgang. Las Teorías puras del Derecho, Editorial TEMIS, Bogotá. 1983.

AGUDELO ROLDAN, Paula Andrea, Enfermedades Endémicas. En: Periódico El Pulso, Medellín, domingo, 16 de octubre de 2011, sección 2 página 2.

HERRERA GIRALDO, Cristian, La malaria amenaza a Risaralda. En: El Diario, Pereira, Domingo 22 de abril de 2012. Sección 4, página 8.

FAJARDO, Samuek, Referencia Conferencia Médica Panamericana "The American Journal of Tropical Medicine", Panamá, mayo de 1956.

HENAO PEREZ, Juan Carlos "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia" En: Colombia. 1996. Evento: II Jornadas colombo-venezolanas de derecho público Ponencia: Libro: Segundas Jornadas Colombo - Venezolanas De Derecho Público, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, p COLOMBIA, Constitución Política Nacional. Asamblea Nacional Constituyente. 1991.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 100 (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema nacional de seguridad social y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial, Bogotá D.C. 1993.

COLOMBIA, Nuevo Código Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), artículos 140, 155 -numeral 6, 164 numeral segundo literal i), artículo 257.

COLOMBIA, Ministerio de Salud, decreto 1485. Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud. Bogotá D.C. 1993.

COLOMBIA, Ministerio de la Protección Social, decreto 2357, Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud. Bogotá D.C. 1995.

COLOMBIA, Ministerio de Salud, resolución 5261, por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Art. 6. Bogotá D.C. 1994.

COLOMBIA, Ministerio de Salud, resolución número 412, de 25 de febrero de 2000. Por la cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública. Bogotá D.C. 2000.

COLOMBIA, Ministerio de Salud, resolución número 1078 de 2 de mayo de 2000. Por la cual se modifica la Resolución 412 del 25 de febrero de 2000. Bogotá D.C.

COLOMBIA, Ministerio de Salud, Resolución 1745 del 30 de junio de 2000. Por la cual se modifica la fecha de entrada en vigencia de la Resolución 412 de 2000 que establece las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y adopta las Normas Técnicas y Guías de Atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública. Bogotá D.C. 2000.

COLOMBIA, Ministerio de Salud, resolución 3384 del 29 de diciembre de 2000. Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud y de la Responsabilidad en el Cumplimiento de las Guías de Atención. Bogotá D.C. 2000.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de marzo de 1990, expediente No. 3510. M.P. José Antonio de Irizarri. Sección Tercera. Bogotá D.C. 1990.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo Sentencia de 22 de noviembre de 1991, sección tercera. C.P.: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. Bogotá. 1991.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia Marzo 26 de 1992. Expediente 6654 M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá D.C. 1992.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de julio 30 de 1992. Sección tercera, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá. 1992.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo Sentencia de julio 30 de 1992, sección tercera. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández, Bogotá. 1992.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo Sentencia marzo 2 de 1993, expediente N. 7429. sección tercera, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo. Bogotá D.C. 1993.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo Sentencia abril 18 del 1994. Expediente 7973 M.P. Julio César Uribe Acosta. Bogotá D.C. 1994.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia 9 de Diciembre de 1996, expediente 10.66. C.P. Daniel Suarez Hernández. Bogotá D.C. 1996.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de febrero 5 de 1998, expediente 13.337. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá D.C. 1998.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 3 de mayo de 1999, expediente 11.169. Bogotá D.C. 1999.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 11 de noviembre de 1999 y sentencia de 10 de agosto de 2000, expediente 12.944. Bogotá D.C. 1999.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 16 de Julio de 2008, expediente 16775. C.P Doctora Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C. 2008.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de mayo 11 de 2011. Radicado 1996-05026-01. Bogotá D.C. 2011.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 27 de Abril de 2011, radicado 1996-08017. Bogotá D.C. 2011.

COLOMBIA, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 117 de 1998, artículo 23. Bogotá D.C. 1998.

COLOMBIA, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 028 de 2011, Artículo 12. *Promoción de la salud y prevención de la enfermedad*. Bogotá D.C. 2011.

COLOMBIA, Ministerio de la Protección Social, Guía de Atención Clínica de Malaria 2010 (Documento Actualizado de Versión Convenio 256/09)⁴⁵. Bogotá D.C. 2010.

Página Ministerio de la Salud y de la Protección Social. <http://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/SaludPublica.aspx>.

Página Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/es/>

⁴⁵ Para tener acceso a la guía completa ingresar a:
<http://www.risaralda.gov.co/sitio/salud/images/stories/files/guiadeatencionclinicademalaria.pdf>

10. ANEXOS

-Historia clínica de la paciente *Natalia Cruz*⁴⁶. Hospital San Rafael de Pueblo Rico y Hospital San Jorge de Pereira.

-Respuesta al derecho de petición del 6 de diciembre de 2011 de la Gobernación de Risaralda.

⁴⁶ El acceso a este caso particular y verídico se obtuvo mediante la oficina para la cual la investigadora es dependiente judicial de la doctora Diana Cristina Erazo Casanova quien se desempeña como abogada litigante y apoderada de la familia de la víctima y actualmente adelanta la demanda de reparación directa. (teléfono de la oficina: 3255746).

