

NUEVAS DIMENSIONES DE LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE: EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA, EL DERECHO A LA SALUD Y EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR¹

NEW DIMENSIONS OF THE PATIENT PROTECTION: IN THE MEDICAL RESPONSIBILITY, THE RIGHT TO THE HEALTH AND THE STATUTE OF THE CONSUMER

DE NOUVELLES DIMENSIONS DE LA PROTECTION DU PATIENT : DANS LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE, LE DROIT À LA SANTÉ ET LE STATUT DU CONSOMMATEUR

Olenka Woolcott²

Fecha de Recepción: 30 de mayo de 2014

Fecha de Aprobación: 25 de junio de 2014

Págs.: 237-266

RESUMEN

En el presente estudio, tratamos de destacar los nuevos conceptos que van tomando forma en el derecho comparado y precisamente en el derecho de daños, como es el caso de la responsabilidad médica, para extender la cobertura indemnizatoria a situaciones que no permitiría el régimen tradicional de la responsabilidad civil. En esta misma línea de orientación, la protección del paciente se hace cada vez más sólida a través de las consideraciones que, desde una perspectiva constitucional en Colombia, apuntan a colocar

1 El presente estudio se enmarca en el proyecto de investigación sobre la protección del paciente desde la responsabilidad civil y el derecho del consumo que se registra en el CIFRAVI, Universidad Santo Tomás. Asimismo, se ha contado con la colaboración de la abogada Hicsa Vivas, alumna de la Maestría en Derecho Contractual de la misma Universidad.

2 Abogada por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho de los contratos y de las obligaciones por la Scuola Superiore S. Anna, Pisa.

el derecho a la salud como un derecho fundamental.

ABSTRAC

In the present study , we tried to highlight new concepts that go taking shape in comparative law and precisely in the law of torts, such as liability medical, to extend coverage damages to situations not allow the traditional regime liability. In the same line guidance, protection patient becomes increasingly strong through considerations, from a constitutional perspective in Colombia, aimed at placing the right to health as a right fundamental.

RÉSUMÉ

Dans la présente étude , nous avons essayé de mettre en évidence de nouveaux concepts qui vont prendre forme en droit comparé et précisément dans le droit de la responsabilité, telles que la responsabilité médicale, d'étendre la couverture dommages à des situations non permettre au régime traditionnel responsabilité. Dans le même conseils en ligne, la protection patient devient de plus en plus forte par des considérations, à partir d'un point de vue constitutionnel en Colombie, visant à placer le droit à la santé comme un droit fondamentale.

1. INTRODUCCIÓN

Como ha ocurrido con otras actividades humanas, la práctica de la medicina también se ha adecuado progresivamente a los profundos cambios que han dado lugar los avances científicos y tecnológicos. El siglo XX es testigo de múltiples y trascendentales logros de la ciencia médica en el descubrimiento de nuevas enfermedades y las posibles terapias como la prescripción de exámenes y medicamentos adecuados para combatirlas. Paralelamente, la

manera organizativa que predomina modernamente, en la prestación de los servicios de salud a través de los establecimientos creados para dicho fin, ha determinado la configuración de características distintas a la antigua relación médico-paciente, caracterizada mas bien por sus connotaciones paternalistas y de carácter directo frente al paciente. La presencia notoria de los establecimientos de salud, es decir, toda una organización de índole empresarial para la prestación de los servicios de salud, ha tenido como lógica

consecuencia, la despersonalización de las prestaciones de salud.

El marco institucional y de carácter empresarial, dentro del cual tiene lugar la prestación de los servicios de salud, ha determinado la necesidad para los Estados, de especificar en sus respectivos sistemas jurídicos los deberes y derechos que emanan de tan significativa relación médico-paciente, en la cual, el paciente es quien recibe el servicio y el médico como el establecimiento de salud, quienes ejecutan dicho servicio.

Es indiscutible que el progreso de la ciencia médica ha tenido un efecto trascendental para la humanidad, dado los grandes descubrimientos en la cura y tratamiento de las enfermedades, pero también hay que reconocer, que dicho desarrollo ha dado lugar a una multiplicación de las ocasiones de daños individuales.

Esta realidad que revela la existencia de nuevas formas con los que se prestan los servicios de salud, impone reconocer que, así como el acto médico está destinado a mejorar la condición de salud del paciente, al mismo tiempo puede matarlo o lesionarlo. En este sentido, el jurista Pierre Sargos expresa sus reflexiones sobre la indemnización de los daños médicos, arribando al siguiente corolario: “la medicina eficaz se ha convertido en una medicina peligrosa, ella no elimina el peligro y

amenaza de daño, sino por el contrario, lo introduce con el propio acto de cuidado médico” y el mensaje que transmite puede ser apreciado con el ejemplo que cita: “*En otros tiempos lejanos a los actuales, uno podía sufrir de dolor de cabeza, pudiendo llegar a ser insoportables, pero entonces no se corría el riesgo de una parálisis de las cuatro extremidades por el hecho de un acto de investigación médica destinado a determinar la causa del mal*” (Sargos, 1997).

En el presente estudio, tratamos de destacar los nuevos conceptos que van tomando forma en el derecho comparado y precisamente en el derecho de daños, como es el caso de la responsabilidad médica, para extender la cobertura indemnizatoria a situaciones que no permitiría el régimen tradicional de la responsabilidad civil. En esta misma línea de orientación, la protección del paciente se hace cada vez más sólida a través de las consideraciones que, desde una perspectiva constitucional en Colombia, apuntan a colocar el derecho a la salud como un derecho fundamental. Y finalmente, surge en los últimos años, en el marco del propio derecho del consumidor, una orientación a contemplar bajo este manto especial de protección, también al paciente. En Colombia, el estatus del paciente como consumidor no parece ser acogido con claridad, conforme se desprende del propio Estatuto del Consumidor, contenido en la Ley

1480, a lo que se agrega la escasa jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la cual, mas bien va fijando una tendencia de exclusión del régimen de protección del consumidor, respecto a los servicios de salud, en detrimento evidente de los intereses del paciente.

En ese sentido, nuestra investigación da cuenta de algunos logros en la protección del paciente desde la perspectiva indemnizatoria en el derecho comparado, y en esta línea, aborda en especial, el problema de la posible aplicación del estatuto del consumidor, respecto a los servicios de salud en el complejo marco normativo de la salud en Colombia.

2. Nuevos lineamientos para la protección del paciente en la responsabilidad médica

Una noción que sin duda se encuentra en el eje del tratamiento de la responsabilidad médica y sus grandes transformaciones que hoy confluyen en la denominada responsabilidad sanitaria³, es el relativo al álea terapéutica (Sargos, 1997), que no es sino una aplicación de la noción de riesgo para el acto médico. En efecto, no podemos desconocer la realidad del operar médico, dado que se ejecuta

el acto sobre el cuerpo humano de un sujeto y que, visto desde el puro ángulo de la realidad, configuraría una agresión a la integridad física, que podría hasta devenir en una agresión a la vida, si el acto médico no encontrara su justificación más elevada, y de allí la bondad de la Medicina y su desarrollo, en el fin que tiene para mejorar la salud del paciente, en relación al estado en que se encontraba antes de la intervención médica. Se trata pues, del planteamiento que se desprende de una parte del Juramento Hipocrático y que a la letra señala: "... Cuando entre en una casa no llevaré otro propósito que el bien y la salud de los enfermos, cuidando mucho de no cometer intencionalmente faltas injuriosas o acciones corruptoras ...". Esta parte del juramento contiene el principio de la beneficencia que rige la actividad médica y precisamente en él, encuentra su justificación el accionar del médico sobre el cuerpo de la persona humana, sin dejar de reconocer que el acto en sí mismo encierra el álea al que nos referimos.

En efecto, "el álea es de la esencia del arte médico", como destaca François Chabas en un escrito en que defiende la caracterización de la obligación médica como obligación de medios, atendiendo a la línea trazada por la famosa sentencia Mercier de 20 de mayo de 1936, donde la Casación

3 Se trata de una perspectiva muy amplia que en la actualidad corresponde examinar bajo la responsabilidad sanitaria. En ella, se superan los límites del clásico derecho privado, para pasar también a ser objeto de interés del derecho constitucional, precisamente debido al desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho a la salud y del derecho administrativo. En este sentido, los aportes de Busnelli, (1978), Morana, (2002), Salazar (2000).

francesa consagró la ausencia de una obligación de curar por parte del médico, y reconoció implícitamente la existencia de un álea en la prestación médica. De esa manera, el insigne jurista francés, a quien rendimos homenaje por su sensible y reciente partida, mantiene una posición distante de la innovadora apertura que ha tenido la jurisprudencia francesa, al reconocer en las últimas décadas una obligación de resultado, es decir, una posición a favor de la indemnización del álea terapéutica.

Paradójicamente, no obstante la evolución de la ciencia médica, el álea sigue siendo el elemento ineludible en toda práctica médica, sea en las terapias o en los métodos de investigación. No podemos, ni siquiera hoy, con todos los avances alcanzados por la ciencia, afirmar con certeza que la intervención quirúrgica, por más insignificante que fuera, es plenamente segura para el paciente, aunque el riesgo que corra merced a los adelantos tecnológicos, pueda ser ínfimo. Es científicamente aceptado que todo acto médico, comporta siempre un porcentaje de probabilidad de que se produzcan ciertas complicaciones (Woolcott, 2008).

La noción de álea médica o álea terapéutica (Sargos, 1997) nos permite considerar que en un mismo acto médico pueden tener lugar tanto los **riesgos evitables** y los **riesgos**

inevitables. Los primeros, permiten que se configure la culpa médica, en la cual, la previsión y la evitabilidad del daño son los criterios basilares para su determinación y consiguiente imputación de la responsabilidad. En cambio, los riesgos inevitables, se encontrarían, de acuerdo a la perspectiva de la culpa profesional, fuera de la esfera de la responsabilidad médica, con la consecuencia de ser asumidos exclusivamente por el propio paciente.

La exclusión de los riesgos inevitables en la responsabilidad médica, ha constituido el enfoque tradicional de la responsabilidad civil, caracterizada precisamente, por excluir de plano, de su esfera de acción, los riesgos inevitables en la Medicina y apuntalada entre otros criterios, por un conocido dogma del Derecho, hoy revisado en diversos sistemas jurídicos, referido a la concepción tradicional, convertida en el tema de moda, de la clasificación doctrinaria de raíz francesa de los años veinte (Mengoni, 1954), sobre la dicotomía entre las obligaciones de medios y obligaciones de resultado. De acuerdo a esta división dogmática de las obligaciones, el médico solo asume obligaciones de medios, es decir, que no se compromete a curar al paciente, sino a brindarle el cuidado diligente para dicho fin.

En cambio, la nueva tendencia que se encuentra en la justicia administrativa

francesa, en lo que respecta a la responsabilidad de los establecimientos de salud públicos, dispone indemnizar a las víctimas por el álea terapéutica, afirmando una obligación de reparar el daño en ausencia de toda culpa del médico.

El desarrollo que ha tenido la responsabilidad médica en las últimas décadas, muestra una clara tendencia hacia la tutela de las víctimas de daños. Se aprecia una evolución a favor de la protección del paciente en el sentido de cubrir, según algunos sistemas jurídicos, como el francés, hasta el área de los riesgos imprevisibles. Se dejan atrás los tradicionales compartimientos de la responsabilidad civil, y hasta en algunos sistemas jurídicos, se ha considerado necesario, incluso, sobrepasar estos límites para encontrar mejores respuestas en las **indemnizaciones provenientes de fuente colectiva**, como por ejemplo, el sistema de seguros, en especial, en lo que respecta a la cobertura de la nueva noción de daño provenientes de **“accidentes médicos”**, es decir, aquellos que no deben su producción a una culpa del agente y carecen de nexo causal con el estado inicial del paciente o su evolución previsible. Este tipo de daños quedaría totalmente fuera de la esfera tradicional de la responsabilidad civil.

Entre las nuevas tendencias que se vienen produciendo en materia de la

responsabilidad médica, consideramos que la experiencia francesa (Penneau, 1997) ilustra de manera coherente la confluencia de dos enfoques en la indemnización de los daños médicos: Un enfoque individual, que sigue siendo el de la responsabilidad civil, y otro de carácter colectivo, el de los seguros y los fondos indemnizatorios para los denominados “accidentes médicos”. En ese sentido, se manifiesta la ley francesa 303 de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos del paciente y a la calidad del sistema de salud, la cual, introdujo una reforma al sistema de salud francés que mantuvo como criterio de imputación de responsabilidad a la culpa pero, para los casos en que no pudiera determinarse la responsabilidad y se configurare un supuesto de “accidente médico”, se aplica el régimen de indemnización proveniente de un fondo de solidaridad (Castelletta, 2002).

La noción de accidente médico (Sargos, 1996) en este nuevo contexto de indemnización de los daños, aflora como uno de los más notorios reconocimientos por parte del Derecho Comparado, de lo que se conoce como “error médico”. Se trata de una noción amplia y que mas bien, se acuña en la Medicina. El concepto comprende todas aquellas conductas del médico que pueden configurar una “culpa médica” propia del terreno de la responsabilidad, pero en otros casos, pueden no configurarla, debido a que el error no le es imputable al médico,

sino a otros factores que pueden haber intervenido en él, pero cuya identificación es difícil de establecer. Este concepto también es conocido en el sector de la Medicina como “eventos adversos” y ha encontrado una justificación en el principio *Errare humanum est* (Tunc, 1997).

Por su parte, la experiencia italiana, presenta una reciente reforma en el sistema de la responsabilidad médica, la cual, tuvo lugar con la dación del decreto Balduzzi. El decreto ley de 13 de septiembre de 2012, entrado en vigencia recién en el 2013, contiene “disposiciones de urgencia para promover el desarrollo del país mediante un elevado nivel de protección de la salud”. La reforma impacta en el terreno de la responsabilidad médica, desde el plano de la normatividad penal y civil, así como desde los seguros.

La norma específica en el decreto aludido que concierne estrictamente, a la responsabilidad médica, es el art. 3° que a la letra dispone: “Quien ejerce la profesión sanitaria que en el desarrollo de la propia actividad sigue las líneas guía y las buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica no responde penalmente por culpa leve. En tales casos resulta aplicable el deber a que se refiere el art. 2013 del código civil”.

La referida disposición, contempla un cambio de rumbo para la responsabilidad

médica (Visintini, 2014). En efecto, formula con claridad la diferencia entre la culpa civil y la culpa penal y admite la graduación de la culpa solo en el campo penal. Se deja de lado la vieja concepción unitaria jurisprudencial de la culpa civil y penal, con la cual, no se permitía la existencia de la primera, si no existía al mismo tiempo, la segunda. La nueva normatividad admite en cambio, la configuración de la culpa civil, independientemente de la existencia de la culpa penal. El principio anterior, de la unidad de la culpa, dio lugar incluso a una aplicación extensiva de la norma del 2236 del C.C. al campo de la culpa penal, es decir, de aquella norma del código civil italiano que contiene una limitación de la responsabilidad a la culpa grave en las relaciones de obra intelectual (Fortino, 1984). De manera que la nueva fórmula legislativa admite el hecho que no habiéndose condenado al imputado en el proceso penal por falta de pruebas de la culpa o por no constituir el hecho un delito, el juez civil puede determinar la responsabilidad del mismo sujeto por el hecho culposo y valerse para su determinación, de las presunciones simples según el *id quod plerumque accidit*.

Además, el citado artículo 3° reenvía en todo caso que haya una responsabilidad por culpa leve, a la norma del ilícito aquiliano configurada por el art. 2043 CC. It. Se trata de la cláusula general de la responsabilidad civil por culpa, una disposición antigua que se inspira

en la correspondiente norma del *Code Civil* y que encabeza el régimen de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tal como destacó la citada jurista italiana, el reenvío a la norma de la responsabilidad extracontractual debe interpretarse teniéndose en cuenta la evolución que ha tenido la jurisprudencia italiana anterior a la posición de la Casación italiana que, mas bien se orientó por aplicar al establecimiento de salud y al médico dependiente, el régimen de la responsabilidad contractual (Sella, 2009), bajo la aplicación del concepto de “contacto social” de origen jurisprudencial (De Rosa, 1999). Se trata de un régimen riguroso de responsabilidad civil que llegó a considerar como presupuesto de aplicación, el fracaso del tratamiento sanitario, comprendiendo en él, no solo la intervención directa sobre el paciente, sino toda prestación concerniente a la organización, como la seguridad de los equipos, la alimentación, los turnos del servicio y vigilancia.

La nueva ley italiana del 2013, impone la aplicación del supuesto de responsabilidad civil extracontractual, lo que comporta que el paciente deba probar el hecho culposo generador del daño. En este sentido, contempla una responsabilidad fundada en la culpa, y por tanto, en la negligencia, imprudencia o impericia como hecho constitutivo de la responsabilidad del médico. Hecho que debe ser

demostrado. Este cambio que impone la ley italiana, respecto del rumbo que había tomado la jurisprudencia, en el sentido de asimilar la responsabilidad de la estructura sanitaria a la del médico individualmente considerado, no quiere sino significar, como lo ha destacado Giovanna Visintini (2014), un evidente rechazo a la referida evolución que ha tenido hasta el momento, la jurisprudencia italiana en el sector de la responsabilidad médica. En cambio, se mantiene la rigurosa aplicación de la responsabilidad contractual a la estructura sanitaria por toda disfunción, a diferencia del personal médico, el cual, responde en los términos del supuesto de responsabilidad extracontractual. Entonces, resulta importante retomar las aplicaciones de la jurisprudencia en torno a la responsabilidad extracontractual del médico, las cuales tuvieron lugar con anterioridad a la casuística que la ubicó en el territorio de la responsabilidad contractual.

De esta manera, el reenvío que contiene la norma al supuesto de la responsabilidad extracontractual médica, nos obliga a considerar la jurisprudencia italiana que hacía una referencia permanente al art. 2236 CC., el cual, se encuentra ubicado en el marco del régimen del contrato de obra intelectual en el código civil italiano. La remisión a dicha norma tuvo como efecto, que el médico respondiera solo en caso de culpa grave. Sin embargo,

la norma en referencia contenía una infeliz redacción que no reflejó el verdadero contenido de los trabajos preparatorios. Pues, de acuerdo a una interpretación literal de la norma, se estaría contemplando una limitación de la responsabilidad profesional. Ante semejante redacción normativa, la jurisprudencia tuvo que señalar su correcto sentido interpretativo, para lo cual, destacó que la norma partía del hecho de que el error profesional, debía considerarse una causa de exoneración de la responsabilidad, a condición que no consistiera en una evidente y gruesa incompetencia del profesional, vale decir, en una culpa grave. Sin embargo, la norma del art. 2236 CC. no tradujo con propiedad sintáctica lo que ya era una regla de la jurisprudencia⁴.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el presupuesto de la norma en referencia, consistente en la limitación de la responsabilidad del profesional a la culpa grave, se basa en el hecho de que nos encontremos ante una “prestación que implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad”, de lo cual, justamente se desprende que la norma alude a la culpa profesional, esto es, a la violación de las reglas técnicas y a la falta de determinados conocimientos. En ese

sentido, se ha hecho énfasis en que no se debe perjudicar la iniciativa del profesional y el avance de la ciencia. En lo demás, el comportamiento del profesional debe ser evaluado a la luz de la norma general de la diligencia ordinaria y solo cuando se dé un caso de especial dificultad técnica, únicamente respecto a esta, se tendrá en cuenta la limitación a la culpa grave, a los fines de la determinación de la responsabilidad profesional (Fortino, 1984).

Por otro lado, el decreto Balduzzi, introduce otra innovación significativa para la institución de la responsabilidad médica. Se trata de la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, no a cargo de la estructura sanitaria, lo que habría sido lo más lógico imaginar, dada las dimensiones de su actuación, sino un seguro a cargo de los médicos individualmente considerados. Esta innovación legislativa, comporta la creación de un fondo indemnizatorio para las víctimas de daños que se produzcan en el ejercicio de la profesión médica y que no sean imputables a la luz del régimen de responsabilidad civil. La ley italiana propone así una solución para el denominado “riesgo profesional”, con la cual, consolida una línea de tendencia hacia la indemnización del riesgo médico, que en Italia, se puede

4 Cabe anotar, que el art. 2236 del CC. italiano fue adoptado por el CC. peruano de 1984 en el art. 1762, lo que ha acarreado desconcierto interpretativo, dado que el legislador peruano desconoció, al momento de la dación del código de 1984, la discutible redacción de la norma italiana y de las dificultades interpretativas que le generó a la jurisprudencia, la que mas bien, evitó una aplicación literal que, por cierto, no se condice con el espíritu de la responsabilidad civil. Un desarrollo aplicativo de la norma del CC. peruano en confrontación al CC. italiano se encuentra en el trabajo sobre la responsabilidad civil de los profesionales de la autora del presente estudio (Woolcott, 2002).

considerar iniciada en el campo del sector médico, y sobre la base de un principio de “solidaridad social”, a través del cual, se trató a partir del 2002, de dar cobertura indemnizatoria a los daños derivados de vacunaciones obligatorias, transfusiones y suministro de hemoderivados⁵.

La reforma italiana del 2013, consolida la tendencia asistencialista del Estado para aquellos daños que puede soportar los pacientes que se someten a tratamientos sanitarios. Se trata de una tendencia ya consolidada en Francia con la reforma de la salud del 2002, y que va teniendo ecos en otras latitudes.

En síntesis, podemos afirmar de una parte, que el sendero que va adquiriendo la responsabilidad médica, visto desde una perspectiva comparada, evidencia que la protección de los pacientes constituye interés fundamental de los sistemas jurídicos, ante el desarrollo de la ciencia y la tecnología aplicadas al sector médico, mal puede dejar desprotegidas a las víctimas de estos daños bajo el pretexto de que dichos avances aún no puedan determinar con certeza el defecto o disfunción en la prestación profesional. De otra parte,

la regla de la responsabilidad civil por culpa sigue firme en la valoración de la conducta del médico individualmente considerado.

De esa manera constatamos de las innovaciones legislativas en la responsabilidad médica, las mismas que secundan las tendencias jurisprudenciales de las últimas décadas, que los sistemas jurídicos son cada vez más conscientes de que una buena parte de los daños que se producen a propósito de la ejecución de los servicios de salud, no se refieren precisamente a la realización de los denominados riesgos previsibles, sino más bien, se producen con ocasión de aquellos riesgos imprevisibles. En los primeros, cabe determinar la conducta que pudo evitar se produzca el daño. En los segundos, esa previsión es casi imposible, lo que bajo una aplicación estricta de las normas de la responsabilidad civil, quedaría fuera del campo de aplicación, con la consiguiente carga para el paciente de tener que asumir absolutamente el daño producido. Con relación a estos riesgos imprevisibles, respecto de los cuales, no puede si quiera establecerse una relación causal, los

5 Se trata de la ley 210 del 2002 que previó la indemnización de los daños derivados de vacunaciones obligatorias, de transfusiones sanguíneas y de suministro de hemoderivados. Posteriormente, se dictó en Italia también la ley 229 del 2005, en la cual, se prevé una indemnización adicional, debida a las complicaciones de tipo irreversible derivadas de las vacunaciones a las que se refiere la ley 210. Además, la ley 244 del 2007, contempló indemnizaciones por el síndrome del talidomide. La finalidad de todas estas normas es la de garantizar, por parte del estado, una indemnización basada en el principio de solidaridad social, a las víctimas que soporten daños graves como consecuencia de los tratamientos sanitarios a los cuales, se hayan sometido.

sistemas han venido implementando soluciones indemnizatorias paralelas al régimen de responsabilidad, las cuales en algunos casos, como el sistema italiano, se refieren a indemnizaciones por vacunación⁶ así como los daños generados por el talidomide⁷ y otros casos más que van contemplando de manera especial, diversos sistemas jurídicos. Por su parte, el caso francés, como se ha podido apreciar, junto a las reglas de la responsabilidad civil, ha contemplado un régimen indemnizatorio de los accidentes médicos en general.

3. La protección de la salud en Colombia

La Constitución Política de 1991 ha consagrado el derecho a la salud como derecho a la seguridad social en el título II, capítulo 2 bajo el título “De los derechos sociales, económicos y culturales”. El art. 49 contempla la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado y garantiza el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Se trata de un precepto general de tipo programático relativo a la prestación del servicio público por parte del Estado.

Cabe destacar que aún cuando la Constitución no se refiere literalmente al “derecho a la salud”, lo ha hecho en cambio la doctrina y la jurisprudencia constitucional, al garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Y a diferencia de lo que se da en otros sistemas sanitarios, en el caso colombiano, el sistema de salud se encuentra estructurado como parte de las prestaciones del más amplio marco de la seguridad social (Arbeláez, 2006).

La norma en mención, va concordada con el art. 48 que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social, y señala que “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado...”. Estamos frente a un derecho de la persona tan importante cuya protección es necesaria para que se cumpla el más amplio “derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden público” (art. 16 Const. Col.).

De manera específica, la Constitución consagra el derecho fundamental a la salud de los niños (art. 44), el derecho a la salud de los minusválidos (art.

6 La ley italiana n° 210 de 1992 prevé indemnizaciones para las víctimas irreversibles de daños derivados de vacunación, transfusiones y suministro de hemoderivados infectados. Esta ley ha sido actualizada en cuanto al monto indemnizatorio por disposiciones sucesivas.

7 En este sentido, la ley italiana n° 244 del 2007, la cual, ha previsto la indemnización a favor de los sujetos que fueron afectados por el síndrome del talidomide.

54), de los campesinos (art. 64) y de los consumidores (art. 78). De todas las previsiones normativas citadas, la que más compromete la actuación del Estado en la prestación del servicio de salud es el art. 44 concerniente a los derechos fundamentales de los niños.

La protección del derecho a la salud se inserta en el marco normativo que otorga relieve al respeto de la dignidad humana en el art. 1 de la Constitución y con relación a los derechos de los débiles⁸ en el art. 13. En este contexto, se consagra el derecho a la vida (art. 11), que es el hecho fundamental o la categoría básica, lo que se trata de mantener cuando se dispone de un marco de protección de la salud, entendida esta en su más amplio sentido, como realización plena del ser humano, conforme a la conceptualización que se ha presentado en el punto 10.1 Es concordante con esta noción amplia el art. 366 de la misma Carta que hace alusión a las finalidades sociales del Estado como son, el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud.

De esta manera, el derecho a la salud se hace efectivo a través del concepto de 'seguridad social' sobre el cual, se ha señalado que "hace referencia a un conjunto de medios de protección institucional frente

a los riesgos que atenten contra la capacidad y oportunidades de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna" (Sarmiento, 1995). En esta línea, la Corte Constitucional se ha pronunciado, como se apreciará en breve, sobre la trascendencia del derecho a la salud en el marco normativo colombiano, y aclarado la noción desde una perspectiva amplia acorde con la dignidad de la persona humana.

La ley 100 de 1993 crea en Colombia el sistema de seguridad social integral y regula lo concerniente al sistema integral de salud en el Libro II. Así, en el art. 152 ratifica el mandato constitucional sobre la naturaleza de la salud como servicio público esencial y señala la "equidad" como el primero de los principios en que se fundamenta el sistema (art. 153, 1). Precisa esta ley que entre sus fines se encuentra que el Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud para asegurar su carácter obligatorio y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia (art. 154, b).

La noción de salud de la que parte la ley en referencia es amplia, con la cual, descarta la referencia estricta a la ausencia de enfermedad. En efecto, de acuerdo al preámbulo de la ley 100,

8 La Sent. T- 597-93, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, hace énfasis en los derechos de los sujetos débiles.

la salud comprende un vasto espectro para colocar al individuo en el disfrute de “una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional (...)”. Y respecto a las políticas que se deben implementar para lograr esos objetivos, la ley 1122 de 2007, que modifica en parte el sistema de seguridad social en salud, contempla las acciones de salud pública en el art. 32: “la salud pública está constituida por el conjunto de políticas que buscan

garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, a que sus resultados se constituyan en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país (...)”.

La ley colombiana N° 23 de 1981, contiene las normas en materia de ética médica. De esta manera, Colombia se encuentra en la línea de los pocos países que como Francia⁹ y Luxemburgo¹⁰, los Códigos de Ética son instrumentos legales de obligatorio cumplimiento, a diferencia de una gran parte de países, donde los Códigos deontológicos solo obligan moralmente¹¹.

9 El 25 de abril de 2005 entra en vigencia en Francia la ley N° 2005-370 relativa a los derechos de los pacientes y el final de la vida. La ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, ley relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, modifica entre otras normas, el Código de salud pública (1953, reformado últimamente en 2008). Igualmente, este código, regula los derechos del paciente.

10 En Luxemburgo, la ley de establecimientos hospitalarios de 28 de agosto de 1998, contempla los derechos de los pacientes en el capítulo 10. En este dispositivo legal se comprenden derechos básicos, sin embargo no se encuentra sanción alguna para el caso de incumplimiento. El Código de ética médica ha sido aprobado por Decreto Ministerial de 7 de julio de 2005 cuyo capítulo IV se refiere a las relaciones entre el médico y el paciente. Dado que este código emana de autoridad con facultad de legislación, es jurídicamente vinculante.

11 En Europa, encontramos que Italia establece que los derechos de los pacientes se rigen por el Código Deontológico, ergo, no existe carácter jurídicamente vinculante. Sin embargo, Italia ha adecuado su legislación a la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997 (este país firma el Convenio de Oviedo de 1997 el 4 de abril de 1997, pero no lo ratifica). Las otras disposiciones legales que se refieren a los derechos del paciente en Italia están dadas por los artículos del 13 al 32 del Constitución italiana, la ley 833 de 1978; la ley 135 de 1990; el D.M. de 15 de enero de 1991; el D.M. de 27 de abril de 1992; la ley 675 de 1996 y la ley 91 de 1999. En Portugal, son diversos los dispositivos legales que hacen referencia a los derechos de los pacientes. Así, la ley fundamental de la salud 48/90 de 24 de agosto de 1990, la ley de salud mental N° 36/98 de 1998 y la ley N° 45/2003, de 22 de agosto de 2003, sobre terapias no convencionales. Se encuentran también la ley N° 12/2005 de 26 de enero de 2005, sobre información genética personal y la información sanitaria; la ley N° 32/2006 de 26 de junio de 2006, sobre la procreación médica asistida; la ley N° 60/2003 de 1 de abril de 2003 sobre atención primaria de la salud y la ley N° 281/2003 de 8 de noviembre de 2003 sobre la continuidad de la atención de la salud. Portugal firma el Convenio de Oviedo el 4 de abril de 1997 y lo ratifica el 13 de agosto de 2001. Por su parte, el Código deontológico contempla también los derechos del paciente, pero carece de carácter vinculante.

En Latinoamérica prevalece el carácter no vinculante de los Códigos de ética, de los cuales el caso Colombiano es una excepción, por tener un Código de ética aprobado por ley (L. 23 de 1981).

Esta ley ha destacado en su declaración de principios que “la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso”. Asimismo precisa que “el respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes” (art. 1°).

Diez años más tarde, el Ministerio de Salud colombiano mediante Resolución

13437 de 1991 adopta un decálogo de los derechos de los pacientes, y así propende por la humanización en la atención de los pacientes y mejora de la calidad en la prestación del servicio público de salud en las Instituciones Públicas y privadas.

La jurisprudencia constitucional en Colombia, desde un inicio, ha reconocido que la salud “(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”¹².

Mediante Sentencia T-760 de 2008 plasmada en 411 páginas, la Corte

12 La sentencia T-597-93 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) protegió el derecho a la salud de un menor que había sufrido deterioro en una pierna, por una mala práctica de un servicio de salud que requería (una inyección que se le aplicó), en un primer momento, y la negativa posterior de la institución (un Hospital) para atender las secuelas causadas a la salud del menor en un segundo momento.

La Corte hizo suya una visión amplia del derecho a la salud que destaca que se trata de un derecho fundamental no solo en cuanto se relaciona directamente con el derecho a la vida, sino en la medida que “se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”. De acuerdo a esta visión, “la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. Con base en esta apreciación gradual de la salud, el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal”. A este respecto, la Corte trae a colación la consideración de la Organización Mundial de la Salud, según la cual, el derecho a la salud de las personas se encuentra respaldado en el principio de igualdad de oportunidades en una sociedad. Asimismo, la Corte hace énfasis en la amplitud de la noción de salud, y cita una sentencia anterior (T-398-93) para referirse a la amenaza del derecho a la salud, en términos de “grave deterioro de la calidad de vida”, idea que complementa la definición de salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en Documentos básicos de la Organización Panamericana de la Salud, Documento Oficial N° 188). Señala además la decisión constitucional que “la salud no puede asimilarse a una situación estática. Su carácter prestacional es esencial y comprende, no solo la intervención puntual necesaria para evitar la enfermedad, sino también, la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de vida”.

resolvió veintidós acciones de tutela¹³, en las que se solicitaba protección al derecho a la salud. Reiteró que “el derecho a la salud es fundamental”¹⁴, con lo cual, no se quiere afirmar que

sea absoluto. Sin embargo, como cualquier derecho fundamental, la salud tiene un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas y en caso de existir limitaciones,

13 En la sentencia se resuelven trece problemas jurídicos, nueve de ellos derivados de los casos concretos, cuatro de ellos atinentes a las fallas en la regulación y en la vigilancia del sistema de salud. En relación con el deber de proteger la salud, por parte de los órganos estatales respectivos, la Corte constató la existencia de fallas en la regulación (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Comisión de Regulación de la Salud y Ministerio de Protección Social) y omisiones por parte de los entes de vigilancia del sistema (Superintendencia de Salud). Por lo tanto, impartió órdenes encaminadas a asegurar que se proteja de manera efectiva el derecho a la salud, dentro del sistema vigente, es decir, el creado por la Ley 100 de 1993 con sus posteriores modificaciones. Tales órdenes se refieren a dos temas puntuales. El primero, sobre la reforma de los planes de beneficios, su actualización periódica y su adecuación para que tanto el POS como el POSS respondan a las necesidades de salud de la población. Frente a ello, impartió las siguientes órdenes: 1) adoptar medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y lograr la actualización periódica de los mismos; 2) unificar los planes de beneficios (POS y POSS), primero en el caso de los niños y, luego, progresivamente en el caso de los adultos teniendo en cuenta su adecuada financiación; 3) ampliar las competencias del Comité Técnico Científico de cada EPS para que también se pronuncie sobre si aprueba o niega solicitudes de servicios médicos diferentes a medicamentos en cualquiera de los regímenes y; 4) adoptar las medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS. El segundo tema, concierne a asegurar el flujo de recursos al Sistema de salud, de tal forma que se garantice el goce efectivo del derecho mediante su financiación sostenible y oportuna. Por ello se dispuso: 1) agilizar la ejecución de las sentencias de tutela; 2) adoptar un plan de contingencia para asegurar los pagos de los recobros atrasados en el FOSYGA; y 3) corregir las trabas en el sistema de recobros, como la definición del momento de ejecutoria de las sentencias de tutela y las llamadas “glosas”. Adicionalmente, como medidas complementarias para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, se ordenó: 1) proteger el derecho a la información, mediante la distribución a las personas afiliadas de una carta de derechos de los usuarios y una carta de desempeño de las entidades del sector de la salud y 2) adoptar medidas para que progresivamente se alcance la cobertura universal del Sistema antes de enero del 2010.

14 La postura de la Corte sobre qué es un derecho fundamental “(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata” -Sentencia SU-225 de 1998- y la esencialidad e inalienabilidad del derecho de la persona” (Sentencias T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2000). Si bien la Corte ha señalado que el carácter fundamental del derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente en un capítulo determinado, no existe en su jurisprudencia consenso a qué se ha de entender por derecho fundamental. Esa diversidad de posturas sirvió para que se evite una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, distinta a la concepción generosa y expansiva que demanda la propia Constitución en su art. 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que “siendo inherentes a la persona humana”, no estén enunciados en la Carta. Véase Sentencia T-760 de 2008, p. 18.

La Corte afirmó en sentencia T-548 de 1992 que “los derechos constitucionales fundamentales se determinan no solo por la mención expresa que de ellos haga la Constitución, sino también por su significación misma para la realización de los valores y principios consagrados en ella y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados. En la carta del 91 la salud de los colombianos es -por conexidad- un derecho fundamental cuya efectividad corresponde en buena medida garantizar al estado, tomando muy en cuenta las específicas necesidades de su titular y los recursos existentes para satisfacerlas”.

La sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) afirmó que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” La decisión ha sido reiterada en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

su admisibilidad estará en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo importante es destacar que en este contexto, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. De lo establecido por la propia Corte Constitucional se infiere que el ámbito de protección de este derecho, no está delimitado por el plan obligatorio de salud, dado que podría existir un servicio de salud que no esté incluido en el plan, pero que se requiera con urgencia y comprometa en forma grave la vida y dignidad de la persona o su integridad personal.

La sentencia¹⁵ da cuenta que la Corte ha protegido el derecho a la salud por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana¹⁶, lo que ha permitido a la corte identificar aspectos del

núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo que ha conducido a la corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; y la tercera, es afinando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, que coincide con los servicios básicos tutelados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

El pronunciamiento de la alta Corte colombiana, precisa que el derecho fundamental a la salud comprende entre otros, “el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad”. Este derecho es tutelable en diversas circunstancias, entre las cuales, la jurisprudencia ha resaltado las siguientes: cuando los servicios de salud se requieren, de acuerdo con

15 Sentencia N° T-760 de 2008, p. 15-16.

16 La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de dignidad humana, el cual debe ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona, como lo dijo el art. 2 del Decreto 2591 de 1991. Este concepto, ha señalado la Corte, guarda relación con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y con “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”. Véase, Sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Sobre la relación entre derecho fundamental y dignidad humana ha señalado la sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) que “(...) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema (...) En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo (...).

el concepto del médico tratante, en especial, si el servicio fue ordenado en beneficio de un niño o una niña; cuando el acceso al servicio es obstaculizado mediante la exigencia previa de que se paguen sumas de dinero, si se carece de capacidad económica; cuando el servicio que se requiere es un examen o prueba diagnóstica; cuando la persona incumplió el pago de las cotizaciones a la salud, y la EPS se allanó a la mora; cuando el servicio se requiere para enfrentar enfermedades catastróficas y de alto costo; cuando el servicio de salud es interrumpido súbitamente; cuando la EPS, o la entidad del sector de salud encargada, no brinda la información, acompañamiento o seguimiento necesario para poder asegurar a la persona el acceso a un servicio de salud que requiere; cuando se obstaculiza el acceso al servicio, al trasladarse al usuario cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS; cuando el servicio solicitado hace parte integral de un tratamiento que se está recibiendo o que se tiene derecho a recibir; cuando se obstaculiza a la persona la libertad de elegir la entidad a la cual se puede afiliarse. En relación con el respeto al derecho a la salud de los tutelantes, la Corte amparó el acceso al servicio solicitado, y reiteró su jurisprudencia.

La protección del derecho a la salud que ha sido canalizada por la

jurisprudencia constitucional, a través de una conexión con el derecho a la vida, se sustenta en que la salud es un componente fundamental para una 'vida digna'. En este sentido se ha pronunciado la Corte en la Sentencia T-849 de 2002 al establecer que "el ser humano, (...) necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aún cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias pueda llevarse con dignidad"¹⁷. Prosigue la sentencia señalando que "lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible"¹⁸. Igualmente ha destacado la sentencia que el concepto de derecho

17 En este sentido, la Sentencia T-224 de 1997, MP Carlos Gaviria Díaz, reiterada en T-099 de 1999 y T-722 de 2001, citado en Tutela, Acciones populares y de cumplimiento, IV: 38, Legis, Bogotá, 2003, pp. 279-280.

18 En este sentido, la Sentencia T-395-1998, citado en Tutela, Acciones populares y de cumplimiento, IV:38, Legis, Bogotá, 2003, pp. 279-280.

a la salud, cuando va aparejado de su conexidad con la vida, se le ha definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser: Implica por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”¹⁹.

En la sentencia T-597-93, que se pronuncia sobre el caso de un menor que sufre las consecuencias de una mala práctica y la posterior negativa de atención de la institución, cabe resaltar el deslinde que hace la Corte entre los derechos fundamentales de aplicación inmediata y los derechos de prestación al que pertenece el derecho a la salud. Al respecto, se pregunta si las normas que lo consagran tienen el carácter de preceptos de imperativo e inmediato cumplimiento o si su contenido refleja un mero postulado programático cuya suerte se encuentra librada a la buena voluntad del legislador. Es así que sobre la base de jurisprudencia sentada por la Corte en materia de derechos económicos, sociales y culturales y, a partir de los criterios derivados del caso concreto se procede a dar respuesta a la interrogante.

En efecto, se parte del reconocimiento que si bien, en principio, los derechos de prestación no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, sin

embargo, la Corte ha sostenido que su vulneración puede ser tutelable en ciertos casos en los cuales se viola igualmente un derecho fundamental de aplicación inmediata. Ahora bien, para establecer dicha conexidad, no debe hacerse en abstracto, sino que será producto del análisis detallado en el que se relacione la interpretación sistemática de las normas constitucionales y las circunstancias del caso concreto.

En ese sentido, la sentencia ha resaltado que “la Constitución se preocupa por el hombre y por su situación concreta por encima de fórmulas o tipos ideales”; se precisa que mientras la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata se pone en evidencia mediante una lectura de los hechos llevada a cabo a la luz de las normas constitucionales, “en los derechos de prestación, en cambio, la violación se hace patente por medio de un proceso inverso en el cual el alcance y sentido de las normas se determina en buena parte mediante las circunstancias específicas del caso”; los derechos constitucionales de prestación le otorgan un amplio margen de discrecionalidad a la ley para que los desarrolle, lo que debe interpretarse sin desmedro del carácter normativo de dichos preceptos.

El legislador colombiano también ha reconocido, a través de la Ley 972 de 2005, que el acceso al servicio de salud es un derecho fundamental autónomo, cuyo objeto es ‘mejorar la

19 En este sentido, la Sentencia T-597 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

atención' de las personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas, y cuyo art. 2 precisa que el contenido de la ley, y de las disposiciones que las complementen o adicionen, "se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona"²⁰.

4. El paciente en el marco de la protección del consumidor

Se ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental, y

como tal, se encuentra protegido por instancias e instrumentos nacionales e internacionales²¹. Su trascendencia es de tal envergadura que se le reconoce la calidad de derecho de referencia más importante, junto al derecho a la seguridad, a los fines de resguardar al consumidor en las diversas relaciones de consumo en que se pueda encontrar involucrado. En ese sentido, la salud y la seguridad de los consumidores (Reyes López, M.J., 2005) representan uno de los principales pilares de la protección del consumidor, tal como se desprende de la Constitución Política²² y del Estatuto del Consumidor²³. Dicha consideración ha permitido desde ya hace algunas décadas en el mundo,

20 La Corte Constitucional colombiana al poner de relieve la estrecha relación entre la salud y el concepto de 'dignidad humana' ha precisado respecto a este último que se trata de "(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición". En el caso se reiteró, como se hizo en sentencia C-684 de 2005, que "...dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo" (Sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

21 Entre los instrumentos internacionales se encuentran: la Convención Americana de los Derechos del Hombre, art. XI; la Declaración Americana de los derechos y Deberes del hombre, la Declaración Universal de los Derechos del hombre, art. 25.1; y el Pacto Internacional de los Derechos económicos sociales y culturales, art. 12. Entre los instrumentos nacionales podemos citar, la Constitución Política de Colombia, la Acción de Tutela y el Proyecto de Ley Estatutaria n° 209 de 2013 Senado y n° 267 de 2013 Cámara "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".

22 Constitución Política Art. 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

23 Ley 1480 de 2012, art. 1° Principios generales. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.
2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.
3. La educación del consumidor.
4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.
5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

incorporar a los productos farmacéuticos (Jourdain-Fortier, C. y Moine-Dupuis, I., 2013) como cualquier otro producto, bajo las normas de la protección del consumidor. Del mismo modo, la salud y la seguridad²⁴ del ser humano son objeto de protección fundamental en toda relación de consumo²⁵, sea que involucre productos o servicios, y que al recibir consagración constitucional, adquieren la calidad de principios que informan todo el sistema jurídico del país (Tomillo Urbina, 2010).

La Ley 1480 de 2011 no contiene una definición de la relación de consumo. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante concepto radicado N° 12-128862- 00001-0000 de 30 de agosto de 2012, manifestó que "... si bien la Ley 1480 de 2011 no define de manera específica lo que es una relación de consumo, sí consagra las normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas, la fijación pública de precios de bienes y servicios y la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores aplicables a toda relación de consumo, entendida esta como aquella que se establece entre productores, distribuidores, expendedores y consumidores, en

donde estos últimos se encuentran en búsqueda de la satisfacción de una necesidad personal (artículo 5° de la Ley 1480 de 2011)".

Bajo la premisa indicada en el párrafo precedente, se puede desprender que todo ciudadano que resida en territorio colombiano tiene derecho a acceder al servicio esencial de salud y en consecuencia, a disfrutar de un plan obligatorio de salud, consistente en un plan integral de protección, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, conforme a lo previsto en la ley 100 de 1993, art. 156°, lit. c, y asimismo, tiene la posibilidad de adquirir planes voluntarios de salud adicionales al primero y en dicha medida, tiene derecho a ser beneficiario de las coberturas contenidas en cada Plan, aún cuando no se encuentre en estado de enfermedad.

Desde la perspectiva de la cobertura de los planes de servicios de salud, bien se puede entender que, el beneficiario o mejor aún, el destinatario de tales coberturas de salud, es un consumidor de productos y servicios de salud.

La consideración del afiliado o paciente como consumidor, tiene sentido desde

24 La salud y la seguridad pasan a constituir el elenco de derechos fundamentales de carácter prevalente. Particularmente, la obligación de seguridad ha experimentado un ensanchamiento del ámbito de actuación distinto del campo contractual en el que se le situó originariamente y tuvo su desarrollo, por lo que actualmente alcanza la relación de consumo. En este sentido la jurisprudencia argentina sigue las directivas impartidas por la Corte Suprema de la Nación, definiendo los alcances de la obligación de seguridad y la responsabilidad del proveedor (Japaze, 2009).

25 En este mismo sentido lo ha reconocido el art. 51° de la Constitución de España así como el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre-, normas que consagran el derecho del consumidor a su salud y seguridad.

que el concepto que prevé la ley 1480 de 2012 en su artículo 5° n. 3°, define al consumidor o usuario como “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”. La lectura de la norma en referencia, se completa con la del n. 8° del mismo artículo, en el cual, se define al producto como “todo bien o servicio”.

Desde esa óptica, podemos inferir que el legislador colombiano ha entendido que la protección del consumidor alcanza por igual, a usuarios de servicios como consumidores de productos, y en ese sentido, ha unificado ambas nociones en una sola, la noción de consumidor. Pues trata de brindar una protección especial al sujeto que se encuentra en desventaja frente al proveedor de productos y servicios, debido al desequilibrio en la información, lo que constituye el tema de capital importancia en el derecho del consumidor (Rusconi, 2009). Bajo este entendimiento, las prestaciones de salud a cargo de los

proveedores, quienes detentan la información profesional, sean Empresas Prestadoras de Salud del régimen contributivo o voluntario del complejo sistema público-privado de salud en Colombia, deben sujetarse a los deberes de protección frente a los destinatarios de las mismas, los consumidores, los que se encuentran previstos por la normatividad especial, representada por el Estatuto del Consumidor.

Bajo la mencionada esfera de protección, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha emitido diversos pronunciamientos en casos relativos a la vulneración de los derechos de los usuarios – pacientes, y ha ordenado la devolución de pagos realizados por estos últimos²⁶, así como, la imposición de medidas cautelares por causas originadas en el incremento injustificado de tarifas²⁷. Asimismo, ha dispuesto el restablecimiento de contratos de medicina prepagada cuando estos han sido modificados o terminados unilateralmente, valiéndose de cláusulas contractuales consideradas abusivas, pronunciamientos que referimos en párrafos sucesivos, como evidencia de lo que venimos afirmando.

Sin embargo, la indagación jurisprudencial que hemos realizado,

26 En este sentido se pronunció la SIC, mediante Sentencia N° 01156 de marzo 28 de 2012, Superintendencia de Industria y Comercio en función Jurisdiccional, radicación 11-158121 y Sentencia N° 07 de 17 de enero de 2012, Superintendencia de Industria y Comercio en función Jurisdiccional, Expediente N° 11-46658.

27 La SIC ordenó a Medicina Prepagada Medplus (antes Cafesalud) restablecer el contrato de una usuaria y aplicarle una nueva tarifa de aumento, tras descubrir que la entidad incrementó en un 80 por ciento la cuota mensual de prestación del servicio. El caso ha sido reportado en la página web <http://www.portafolio.co/economia/incrementos-medicina-prepagada-sic>

en base a las resoluciones de la SIC, revela que no existen actuaciones de parte de la SIC, referidas a la mala o defectuosa ejecución del servicio de salud, en el marco de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud (POS). La presente constatación, despierta perplejidad, toda vez que nos estaríamos encontrando ante un cuestionable tratamiento discriminatorio, por parte de la propia entidad encargada de conocer y deliberar lo correspondiente ante la vulneración de los derechos del consumidor, considerando que los usuarios-pacientes, pueden verse afectados por servicios de salud no idóneos. Frente a esta debelación, nos surge la inquietud de determinar cuál es la concreta y real esfera de protección que deben tener los pacientes que soportan servicios no idóneos o defectuosos.

A continuación, referenciamos dos casos en los cuales, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado en garantía de los derechos de los consumidores de servicios de salud:

El primer caso fue resuelto por la Sentencia n° 07, de 17 de enero de 2012, Expediente N° 11-46658, donde la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de su función Jurisdiccional, “a título de efectividad de garantía”, ordena al prestador del servicio, el reintegro del valor pagado por un tratamiento de odontología, con la respectiva indexación, tras no haber controvertido el hecho de

que la demandante perdió una pieza dental estando en curso el tratamiento odontológico, y al no existir prueba de su debida diligencia ni de la evolución del tratamiento que hubieran permitido al despacho concluir que el paciente presentó mejoría odontológica y tampoco de causal de exoneración que la libere de su responsabilidad.

El segundo caso se resolvió mediante Sentencia n° 01156, de 28 de marzo de 2012, radicación 11-158121, donde la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de su función Jurisdiccional, “a título de garantía”, ordena la devolución de dinero que el actor pagó con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, suscrito para el tratamiento de fármaco-terapia intracavernosa para la disfunción eréctil, con su correspondiente indexación, y con la consecuencia de dar por finalizado cualquier vínculo comercial entre las partes, por considerar que, realmente no se probó en el proceso que el tratamiento contratado no significara detrimento o menoscabo a la salud y a la vida del accionante, en tanto manifestó padecer de cáncer, y por ello se encontraba imposibilitado para recibir medicamentos o someterse a procedimientos que no hayan sido prescritos o autorizados por su médico tratante en tan especial condición. En este pronunciamiento, la Superintendencia de Industria y Comercio es enfática en afirmar que “no puede perderse de vista que en el

régimen jurídico aplicable, el derecho de consumo prevé una inversión de la carga de la prueba, como lo describe la sentencia C-1141 de 2000 de la Corte Constitucional...”.

Una revisión de la escasa jurisprudencia de la SIC en el campo de servicios de salud, nos permite advertir, que los servicios de salud que se encuentran en el ámbito del POS, que por tanto son pagados al prestador de servicios por la Entidad Promotora de Salud y no directamente por el usuario, no se encuentran cobijados por el Estatuto del Consumidor. Si bien podría ser una explicación de dicha exclusión, el que las normas especiales del sector salud, contemplen también los derechos del consumidor de servicios de salud, hipótesis que no se verifica en este caso, dado que el complejo marco legislativo del sector salud, no se refiere al usuario-paciente como consumidor y por ende, no de destina normas de protección ad hoc en cuanto consumidor.

De manera que descubrimos que la posición adoptada por la SIC, en el sentido de excluir de la protección del consumidor a los usuarios – pacientes de los servicios de salud, no obstante ser la entidad competente para conocer de la acción de protección del consumidor, tal como lo reflejan sus pronunciamientos, deja fuera de la esfera de protección del consumidor todos los asuntos, que tratándose de servicios de salud, sean

prestados y financiados en el marco del POS.

Dicha posición de la SIC contradice lo contenido en la propia ley 1480 de 2011, en cuyo art. 2° se determina el objeto de aplicación y señala: “Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”.

No se desconoce la existencia en Colombia de leyes especiales de protección al consumidor²⁸, de acuerdo al sector de la actividad correspondiente, pero lo que resulta cuestionable, es que existiendo una normatividad prolija en el sector salud, el propio sistema haya optado, conforme se desprende de la jurisprudencia de la SIC, por excluir del campo de aplicación del estatuto del Consumidor, los servicios de salud que corresponden al POS.

28 Como son los casos de la ley 1328 de 2009, reglamentada por el Decreto Nacional 2241 de 2010 cuyo Título I, establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, y la ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos domiciliarios.

No encontramos en las normas relativas a los servicios de salud, actualmente vigentes en Colombia, reconocimiento alguno de la calidad de consumidor del usuario – paciente, y en esa medida, no se le reconocen los derechos correspondientes en la relación de consumo de servicios de salud, salvo los escasos casos que se han ventilado ante la SIC, como se explicó en párrafos anteriores.

Bajo el referido entendido, resultaría plausible el inferir que, frente al vacío de las normas sectoriales respecto a la competencia y la normatividad aplicable en materia de derechos del consumidor de servicios de salud, se deba acudir a las acciones jurisdiccionales previstas en el art. 56 de la Ley 1480 de 2012²⁹, pues la coexistencia de dos marcos

jurídicos distintos con un mismo destinatario de la protección, el paciente como consumidor, no debe convertirse en un obstáculo para el acceso a la protección bajo el estatuto del Consumidor. Por el contrario, la posibilidad de reconocer con claridad la aplicación a los pacientes consumidores del Estatuto correspondiente, situaría al derecho colombiano en línea a las modernas tendencias del derecho privado moderno.

En los últimos años, podemos observar, una tendencia hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor. En esta línea de vanguardia, tuvieron lugar en España dos seminarios sobre la protección jurídica del paciente como consumidor, realizados en los años 2008 y 2009 respectivamente³⁰.

29 La ley 1480 de 2011, en su art. 56° contempla que, sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son:

1. Las populares y de grupo reguladas en la ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren.
2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.
3. <Numeral corregido por el artículo 5 del Decreto 2184 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el art. 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Parágrafo. La competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones de que trata la ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley.

30 La primera edición del Encuentro Interautonómico sobre Protección Jurídica del paciente como Consumidor, fue organizada por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en su sede de Cuenca, los días 14 al 18 de julio de 2008 y la segunda, se realizó en la sede de la Universidad de Santander entre los días 15 y 19 de junio de 2009. Las actas de las dos ediciones se publicaron en: Tomillo Urbina, J. y Cayón de las Cuevas, J. (Directores). En: La protección Jurídica del paciente como Consumidor, Aranzadi y Thompson Reuters, Navarra, 2010.

En dichos encuentros académicos, las ponencias presentadas centraron su interés en el paciente como eje del sistema sanitario y en la protección jurídica de sus derechos, donde el aporte fundamental, consistió en una visión del paciente como consumidor de productos y servicios sanitarios.

Asistimos indudablemente, a un cambio de perspectiva en el tratamiento jurídico del paciente. Se ha pasado de una visión tradicional que consideraba al paciente como un simple destinatario de productos y servicios sanitarios en una relación básicamente tutelada por el médico e inspirada en el principio de beneficencia, a una perspectiva sostenida por las nuevas líneas de investigación jurídica que coloca al paciente como un usuario más de servicios y consumidor de productos. Para este nuevo enfoque del paciente, le es aplicable también la legislación de protección al consumidor.

Somos conscientes que la consideración jurídica del paciente como consumidor exigirá de parte de las entidades competentes para dirimir los conflictos derivados de una defectuosa prestación del servicio médico, un esfuerzo de interpretación sistemática de las normas de protección del consumidor con las normas propias del sector salud, lo que en virtud del principio *pro consumatore*, redundará en todo caso, en beneficio del paciente, eje del sistema de sanidad. El esfuerzo de articulación hermenéutica

se concentrará en la integración de las instituciones procedentes del Derecho del Consumo en el ordenamiento jurídico sanitario (Tomillo Urbina, J. y Cayón de las Cuevas, J., 2010).

Con esta integración se propendería por la efectividad del derecho a la igualdad en la relación jurídica existente entre paciente-consumidor y proveedores de servicios o prestaciones de salud independientemente de las modalidades de contratación, la fuente de los recursos y la naturaleza jurídica de los aseguradores o prestadores, aspectos que hasta hoy, se constituyen en el principal criterio que determina el marco legal aplicable a la relación contractual que los vincula.

En este contexto, actualmente en Colombia, si el paciente tiene algún reclamo ante el servicio de salud, debe acudir ante la Superintendencia Financiera, si el reclamo versa sobre su calidad de tomador de pólizas de salud; a la Superintendencia de Industria y Comercio, si suscribió un contrato de medicina prepagada, planes complementarios o de servicios de ambulancia; o ante la Superintendencia Nacional de Salud, para los casos taxativos que pueden ser sometidos a la función jurisdiccional y que dejan por fuera aspectos de especial relevancia como, una posible mala ejecución de la prestación de salud que bien puede ser objeto de examen a la luz del régimen de la responsabilidad por garantía o cuando

el paciente es víctima de la publicidad engañosa, situaciones reguladas en el Estatuto del Consumidor.

Los principios en que se sustenta el Estatuto del Consumidor en Colombia están contemplados en el art. 1° de la ley 1480 de 2011. Tales principios se refieren a la protección, promoción y garantía de los derechos de los consumidores, así como al amparo de su dignidad e intereses económicos. Cabe destacar que la misma norma hace énfasis en que dicha protección va referida especialmente a la salud y seguridad de los consumidores, a una información adecuada, a la educación, a la organización de los consumidores y a la protección de un sector especial de consumidores, los niños, niñas y adolescentes.

La norma en mención contiene la piedra angular del régimen de protección del consumidor, donde el legislador parte de la dignidad del consumidor, es decir, que ve en él, al ser humano en su dimensión patrimonial y extrapatrimonial, vale decir, destaca que la protección debe darse en relación a todos los intereses que se desprenden de la dignidad³¹ de este sujeto de derechos, inherentes a su personalidad. En este sentido, la salud y la seguridad del consumidor, exigen un nivel prioritario de atención, toda vez que sin unos parámetros mínimos para su conservación, la dignidad se ve afectada.

Bajo una premisa tan amplia (Villalba, 2012) y sustantiva con la que inicia el régimen instaurado por la ley 1480, bien puede encontrar asidero la construcción jurídica del paciente como consumidor, en cuanto es destinatario de las prestaciones de servicios de salud. La lectura del art. 1° de dicho cuerpo legal, más que dirigirse a los actores del mercado, sean proveedores y consumidores, encierra un llamado a los poderes públicos para cambiar su enfoque tradicional y de raigambre decimonónica, como es el presumir la igualdad donde no la hay, y esta es la característica de las relaciones de consumo, las cuales, revelan una natural asimetría entre las partes.

Frente a la verticalidad de la relación de consumo, donde se aprecia la debilidad contractual que ostenta una de las partes, por el predominio profesional de la otra (Rinessi, 2006), se hace necesaria la institucionalidad que establece un régimen especial de protección al consumidor, con el objeto de restablecer el equilibrio inicialmente inexistente entre proveedor y consumidor. Dichas notas características están también presentes en las relaciones generadas a partir de las prestaciones de servicios de salud, donde el paciente es un consumidor de los referidos servicios. Y en este sentido, mal puede negarse al paciente, una aplicación preferente de las normas especiales de protección de los derechos del consumidor.

31 La dignidad humana es el principio base para el desarrollo de las relaciones entre la bioética y los derechos humanos (Busnelli, 2003).

Esta perspectiva de considerar al paciente como consumidor, se concilia con la medicina moderna, que se diferencia del modelo tradicional, histórico, en el cual, existía una “consideración moral y la correspondiente exención jurídica” del médico (Pelayo González-Torre, A., 1997). El derecho tradicional, tuvo como inspiración el principio teórico de la igualdad de los contratantes contemplado en las normas del Código Civil. El desarrollo del derecho del consumo, tuvo en cuenta la posición de predominio del que provee bienes y servicios al mercado, frente a quien los consume o usa para su propio provecho, y de esa manera proteger a los consumidores de los abusos o discrecionalidad del empresario y de los medios puestos a su disposición, como es el caso de la publicidad (Farina, J.M., 1995).

Nuestra propuesta se encuentra en línea a los logros que tienen lugar en materia de responsabilidad médica, desde la perspectiva de la protección del paciente como consumidor, a través de la jurisprudencia de INDECOPI en el Perú, donde los casos de servicios defectuosos en materia de la salud, pueden resolverse al amparo del Código del Consumo, en tanto que, ciertamente, la pretensión no sea la indemnización de los daños, en cuyo caso, queda libre la vía de la responsabilidad civil. Asimismo, reiteramos, el tema es de gran actualidad, que ha merecido ser abordado a través de una serie de

intervenciones en dos ediciones del Encuentro Interautonómico sobre Protección Jurídica del Paciente como Consumidor en los años 2008 y 2009, organizados por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (Tomillo Urbina, J. y Cayón de las Cuevas, J., 2010).

Rusconi (2009) comenta que “existen situaciones particularmente conflictivas en las que confluyen diferentes regímenes jurídicos y sus respectivos órganos de control específicos, una de ellas es el área de los servicios, ya se trate de los denominados “servicios públicos domiciliarios” o de las diferentes prestaciones de servicios con regulaciones diferenciadas (telefonía celular, medicina prepagada, televisión por cable, internet, turismo, ahorro previo, etc.). Anota el autor argentino, que en esos casos, la jurisprudencia ya venía señalando, de manera reiterada y prácticamente uniforme, la preeminencia del principio integrador y tutelar del Estatuto del Consumidor”.

En línea a una construcción jurídica del paciente como consumidor, y ante la diversidad de regímenes así como autoridades competentes que existen para dilucidar conflictos a propósito de los servicios de salud, consideramos especialmente oportuno el pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de Salud, que mediante comunicado de prensa CP-OCEII-076 de 24 de Octubre

de 2014, pone en conocimiento de la ciudadanía que “La Supersalud es la primera autoridad del orden nacional que formaliza su vinculación a la Red Nacional de Protección al Consumidor, a través de la suscripción de un convenio interadministrativo con la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de secretaria técnica de la red, para participar en los programas que lidera dicha entidad: las Rutas del Consumidor y las Casas del Consumidor.” Vinculación que se espera debería permitir cerrar la brecha entre la coexistencia de los diferentes regímenes jurídicos para la protección de derechos distintos en cabeza de un único titular, el usuario - paciente-consumidor de servicios y prestaciones de salud.

5. CONCLUSIONES

El presente estudio nos permite confirmar que los retos que la Medicina plantea al Derecho, a través de las prestaciones de salud y las formas de organización a través de las cuales, tienen lugar los actos médicos, son cada vez mayores y complejos.

Comprobamos una vez más, que precisamente las cuestiones suscitadas

entre dos mundos tradicionalmente lejanos, de lenguaje y razonamiento diversos, la Medicina y el Derecho (Mason, J.K. y Laurie, G.T., 2006), exigen al operador del derecho una esmerada atención para su tratamiento, con miras a encontrar soluciones a las demandas de los pacientes³².

Existe una conexión funcional entre médicos y juristas, debido a las correspondientes aspiraciones, como es el restablecimiento de situaciones ideales alteradas por la enfermedad o la injusticia. Dicha conexión, debe allanar el camino para una estrecha colaboración entre ambas profesiones, para así desarrollar la actividad con provecho social (Tomillo Urbina, J., 2010).

El tejido normativo presente en un sistema jurídico, debe apuntar a resolver los problemas que aquejan a los pacientes, y en este sentido, una mirada desde el plano del derecho comparado, nos muestra que en los tiempos actuales ya no basta con recurrir al esquema tradicional de la responsabilidad civil para aportar simplemente, una respuesta indemnizatoria a los pacientes víctimas de daños. En efecto, desde hace algunos años, se han ido introduciendo en algunos sistemas jurídicos, soluciones indemnizatorias

32 Entre las reflexiones sobre el tratamiento de los límites y problemas que conciernen al Derecho y a la Medicina, se destaca que la cuestión consiste en abordar cómo se puede llegar a un acuerdo entre los importantes avances de la ciencia y la biología humana que pueden cambiar la mirada actual sobre los seres humanos. Pero el debate concierne también a los problemas que se evidencian en el quehacer diario de los médicos y el rol que juega en este terreno el Derecho. Un enfoque referido a la bioética latinoamericana es abordado por el jurista italiano Francesco Busnelli (2003).

provenientes de fondos colectivos que se inspiran en un principio de solidaridad social, destinados a cubrir aquellos riesgos imprevisibles, que no pueden ser controlados por obra del médico.

Del mismo modo, la línea de protección a los pacientes, ha encontrado acogida y desarrollo jurisprudencial, desde la esfera constitucional. Este es el caso colombiano, en el cual, la Corte Constitucional ha destacado que la salud es un derecho fundamental, y en esta línea, ha impartido significativas directivas al Ejecutivo en relación al sistema de las prestaciones de salud. Se confirma aquí una tendencia hacia la consideración del paciente como un sujeto de derechos y libertades públicas, lo que precisamente, constituye base suficiente para articular su protección desde los diferentes prismas de protección de los derechos vigentes en el sistema jurídico.

Finalmente, en cuanto respecta al interés central de nuestro trabajo, se ha evidenciado que, siendo el paciente el fin último de la asistencia sanitaria, su protección debe articularse desde las diferentes instituciones jurídicas, y una de ellas, que recientemente ha tomado vuelo en la protección de los derechos, está representada por el derecho del consumo. De allí la necesidad de reconocer al paciente como consumidor, en cuanto destinatario

final de las prestaciones de servicios de salud, sea que estas provengan de un régimen contributivo o voluntario. La construcción jurídica de la noción de paciente como consumidor, exige un esfuerzo de interpretación por parte de las autoridades competentes para atender los reclamos de los destinatarios de los servicios de salud, frente a prestaciones incumplidas o mal ejecutadas, en el sentido de incorporar los criterios de las nuevas instituciones del derecho del consumo en el contexto de la normatividad de la salud en Colombia.

6. REFERENCIAS

Arbeláez R., M. (2006). *Derecho a la salud en Colombia. El acceso de los servicios del Sistema General de Seguridad Social*, Ediciones Antropos, Ltda. IDP, Cinep, Colciencias, Colombia, p. 164.

Bianchi, (1993). Cons. D'État, 9 de abril de 1993. En: *JCP*, 1993, II, 22061 y nota de Moreau.

Busnelli, (1978). *Danno alla salute e tutela risarcitoria*. En: *Il danno alla salute*, curado por U. Breccia y F.D. Busnelli, Giuffrè, Milán, p. 524.

Busnelli, F. (2003). *Bioética y Derecho Privado*. Grijley, Trad. Olenka Woolcott y Nélvor Carreteros, Lima, p. xxvii.

Castelletta, A. (2002). *Responsabilité Médicale. Droit des malades*, Dalloz, París, 2002.

Chabas, F. (1997). *L'obligation de moyens du médecin. En: AA.VV., L'indemnisation des accidents médicaux*, E.J.A., París, p. 8.

De Rosa, R. (1999). *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?* En: GM, 1148.

Farina, J.M. (1995). *Defensa del Consumidor y Usuario*. Astrea. Buenos Aires, p. 18.

Fortino, M. (1984). *La Responsabilità Civile del Professionista*. Giuffrè, Milán, p. 96.

Japaze, B. (2009). *El derecho a la salud y a la seguridad del consumidor*. En: Rusconi, D. *Manual de Derecho del Consumidor*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 236.

Jourdain-Fortier, C. y Moine-Dupuis, I. (2013). *La Contrefaçon de médicaments: Les premiers pas d'une réaction normative internationale*. Lexis Nexis, Vol. 40, Borgoña.

Mason, J.K. y Laurie, G.T. (2006). *Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 7a. ed. 2006, p. 1.

Mengoni, L., (1954). *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*. En: Riv. del Dir. Comm., I, Milán, p. 185.

Morana, (2002). *La salute nella costituzione italiana. Profili sistematici*. Giuffrè, Milán, p. 20 y ss.

Pelayo González-Torre, A (1997). *La intervención quirúrgica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, p. 30.

Penneau, J. (1997). *Les modalités d'une loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux même non fautifs*. En: AA.VV., *L'indemnisation des accidents médicaux*, E.J.A., París, p. 31.

Reyes López, M.J., (2005). *La protección del derecho básico a la salud y a la seguridad de los consumidores*, en *Derecho Privado de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 121 y ss.

Rinesi, A.J. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Astrea, Buenos Aires, p. 26.

Rusconi, D. (2009). *Esencia del derecho del consumidor*. En: *Manual del Derecho del Consumidor*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 15.

Rusconi, D. (2009). *Manual del Derecho del Consumidor*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 133-135.