

EL PAPEL DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MÉDICO

VICTOR MANUEL TELLEZ COBO

INVESTIGADOR PRINCIPAL:

HÉCTOR HERNANDO HERNÁNDEZ MAHECHA

TRABAJO DE GRADO PARA OPORTUNAR POR EL TÍTULO DE: MAGÍSTER



UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO MÉDICO

Santiago de Cali, 2020

6.-EL PAPEL DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MÉDICO¹

(The Roll of The Responsibility in Medical Law)

Victor Manuel Tellez cobo²

Héctor Hernando Hernández Mahecha³

Resumen

Se determina la incidencia de la *Responsabilidad* en el Derecho Médico. La relación prestacional entre paciente-médico y/o paciente-institución implica una obligación, que termina generalmente en una *responsabilidad*. Así entonces, se analiza la normatividad que funda la responsabilidad en el Derecho Colombiano, para entender la pertinencia en el campo del Derecho Médico. Igualmente, más allá de la normatividad general de la responsabilidad, entran a estructurar la responsabilidad médica, el precedente judicial, la *lex artis*, y el «Sistema de Seguridad Social Integral» con «su reglamentación en el Sector Salud y Protección Social», que se montaron bajo el principio del «aseguramiento». Se observarán dos columnas vertebrales que estructura la responsabilidad médica en Colombia, una es «la casuística», que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han venido decantado⁴ y otra, la normatividad propia del Sistema de Seguridad Social Integral en el Sector Salud.

¹ Para todos los efectos de este ensayo, la responsabilidad en el Derecho Médico, implica la responsabilidad de todo el personal que labora en las instituciones prestadoras de salud (personal sanitario), así como la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud como tal. Sin embargo, este ensayo mirará específicamente la responsabilidad extracontractual que nace de la relación médico-paciente y/o paciente-médico en el denominado acto médico.

² Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Administrativo (Universidad San Buenaventura de Cali y Pontificia de Medellín). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Libre de Cali). Especialista en Contratación Estatal (Universidad Externado de Colombia). Magister en Derecho Constitucional (Universidad libre de Cali), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Libre de Cali). Magister en Filosofía (Universidad del Valle Cali). Maestrante en Derecho Público (Universidad Santo Tomas de Bogotá y Kostanz de Alemania). Doctorante en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires Argentina). Doctorante en Derecho del Medio Ambiental (Universidad de Jaén, España). Candidato a Magister en Derecho Médico (Universidad Santiago de Cali). Experiencia laboral: abogado litigante. Exdocente de la Universidad Santiago de Cali.

³ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional de Colombia). Magister en Filosofía (Universidad del Valle). Magister en Derecho Penal y Justicia Transicional (Universidad Santiago de Cali). Especialista en Derecho Privado (Pontificia Universidad Bolivariana). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Libre de Cali). Profesor universitario. Tutor del trabajo.

⁴ Hay también antecedentes jurisprudenciales muy importantes que están produciendo los Tribunales de Ética Médica; pero para este trabajo no serán analizados. Sin embargo, para saber de la *lex artis* (conjunto de prácticas médicas), la fuente más idónea son las sentencias de estos Tribunales. La razón básica para el comentario, se fundamenta en que los juzgadores en esos Tribunales son los propios médicos. Además, se juzga el comportamiento ético de los mismos médicos, en relación al acto médico directo.

La responsabilidad médica, se analizará desde lo que se entiende por «el acto médico». Los Principios Generales del Derecho, la Teoría General de las Obligaciones y la *lex artis* (conjunto de prácticas médicas), terminan confluyendo para ayudar a resolver la casuística de la relación médico-paciente y/o paciente-institución. Se plantea que es necesario que el Derecho médico, tenga una normatividad compilada en un Estatuto o Código, para crear una responsabilidad médica acorde a los parámetros ya recogidos en la casuística de las altas Cortes, en materia de la responsabilidad médica, y en la normatividad que nace del «Sistema de Seguridad Social Integral» con «su reglamentación en el Sector Salud y Protección Social».

Dentro de un contexto médico, la responsabilidad no surge *ab initio*, como cuando las personas se interrelacionan en sus negocios jurídicos; sino que la responsabilidad médica parte de la relación médico-paciente y/o paciente-institución sobre el tema de la «salud», bien jurídico que implícitamente involucra la vida. Ambos (vida-salud) son Derechos Fundamentales.

Desde esta visión (la salud y la vida), la responsabilidad médica, termina siendo muy compleja, y como el ensayo lo insinúa, el nuevo protagonista en resolver asuntos de responsabilidad médica, es la Corte Constitucional Colombiana, con la definición de un lenguaje preciso y único; sobre lo que, por ejemplo, es un núcleo esencial, un bloque de constitucionalidad, un estado de cosas inconstitucionales, unas vías de hecho, entre otros términos. Por lo cual, la Corte está generando una teoría de la «corrección constructivista»⁵, que, argumentativamente hablando, genera teorías y metateorías⁶, para repensar, reformar, y clasificar las teorías de las demás Jurisdicciones (Civil

⁵ “...El constructivismo plantea que nuestro mundo es un mundo humano, producto de la interacción humana con los estímulos naturales y sociales que hemos alcanzado a procesar desde nuestras "operaciones mentales (Piaget). Esta posición filosófica constructivista implica que el conocimiento humano no se recibe en forma pasiva ni del mundo ni de nadie, sino que es procesado y construido activamente, además la función cognoscitiva está al servicio de la vida, es una función adaptativa, y por lo tanto el conocimiento permite que la persona organice su mundo experiencial y vivencial, La enseñanza constructivista considera que el aprendizaje humano es siempre una construcción interior. Para el constructivismo la objetividad en sí misma, separada del hombre no tiene sentido, pues todo conocimiento es una interpretación, una construcción mental, de donde resulta imposible aislar al investigador de lo investigado. El aprendizaje es siempre una reconstrucción interior y subjetiva. El lograr entender el problema de la construcción del conocimiento ha sido objeto de preocupación filosófica desde que el hombre ha empezado a reflexionar sobre sí mismo. Se plantea que lo que el ser humano es, es esencialmente producto de su capacidad para adquirir conocimientos que les han permitido anticipar, explicar y controlar muchas cosas...”. Para todos los efectos de la cita esta se tomó de (<https://www.monografias.com/trabajos11/constru/constru.shtml>).

⁶ En su momento “la salud” no era legalmente un Derecho Fundamental; debió la Corte Constitucional reconstruir la salud como Derecho Fundamental (T-016 de 2007), luego ya el legislador mediante la ley 1751 de 2015 (ocho años después) establece la salud como un Derecho Fundamental. De ahí la importancia de las metateorías en la argumentación jurídica de la Corte Constitucional en Colombia.

y Contenciosa Administrativa, entre otras)⁷.

Casi toda la literatura médica, *la lex artis*, el articulado constitucional y legal sobre la salud y la vida, contiene una gramática de «textura abierta». Esto significa que debe ser interpretada la norma legal, moral y éticamente, acorde a las circunstancias de tiempo, lugar y modo del hecho social y normativo, porque como lo dice Jürgen Habermas, citado por Christian Volk, en su libro *Arendtian Constitutionalism* «A democratic community is based on (de facto level) and should be based on (normative level) an equally-ranked relation between jurisdiction and legislation, between constitution and democracy, between private and public autonomy, between law and politics»⁸ (Volk, 2015, p. 216).

No obstante, lo anterior, La Corte Constitucional colombiana termina finalmente interpretando o reinterpretando el rol de la responsabilidad médica, pues la salud y la vida son Derechos Fundamentales. Nuestra tesis, asegura que la responsabilidad médica en Colombia (de un tiempo para acá, o sea después de la ley 100 de 1993), nace es de un «Sistema de Seguridad Social Integral» con su respectiva «reglamentación en el Sector Salud y Protección Social», que se montó bajo el principio del «aseguramiento»; aclarando eso sí, que los conceptos y Principios Generales de la responsabilidad en el Derecho, sirven para interpretar «el Sistema de Salud y Protección Social», por lo tanto, la Responsabilidad Médica requiere de un estatuto o código que determine exactamente el rol de la responsabilidad en el Derecho Médico.

Sin embargo, como se plantea en este libro (leer los demás ensayos), toda la normatividad que nace después de la ley 100 de 1993, generó unos ejes temáticos del derecho médico. Que obligan al aplicador jurídico, así no haya un estatuto o código, a recurrir primeramente a la

⁷ Sin embargo, a tono con la Jurisprudencia Constitucional, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), introdujo la figura de las “sentencias de unificación jurisprudencial”, que nacen por la importancia jurídica o trascendencia económica o social, en tanto, se necesite unificar o sentar jurisprudencia (ver artículo 270 de la ley). La importancia de esta modificación legal que sufre la legislación Contenciosa Administrativa, es que, como los temas médicos, inicialmente son conocidos por la Jurisdicción Civil y Contenciosa Administrativa; se podrá, plantear unificar jurisprudencia en materia médica, por la importancia jurídica, económica o social, reconociendo los lineamientos que viene haciendo la Corte Constitucional en materia de Derecho médico, bajo la egida de la salud y la vida como derechos fundamentales.

⁸ «una comunidad democrática está basada en un (nivel de hecho) y debería estar basado en un (nivel normativo) igualmente una clasificada relación entre jurisdicción y legislación, entre constitución y democracia, entre autonomía pública y privada, entre ley y política» (traducción libre).

normatividad del sistema de salud, para determinar la RM en el Derecho Médico, y luego sí, recurrir a las otras normas de los códigos ya existentes (civil, comercial, penal entre otros).

Palabras Claves

Responsabilidad, Derecho Médico, Precedentes Judiciales, *Lex Artis*, Títulos de Imputación, Derechos Fundamentales, dignidad humana, aseguramiento, sistema de salud, Altas Cortes, Acto Médico.

Abstract

This article analyzes the roll of the responsibility in medical law.

The relation between patient-doctor and/or patient-institution in order to establish legal responsibility in Colombia. The essay centers on the general responsibility and the judicial precedent of the Constitutional Court, the Administrative Court and Civil Court, only regarding medical law. We also look at the *lex artis* (medical protocols), the comprehensive Social Security System and Regulation in the Health Sector in Colombia. Medical responsibility is based in the definition of «medical act» (direct and indirect). There is not a statute or a code specifically regarding medical law, there are a lot of codes in different areas of law, but not properly a code of medical law. Nonetheless, since Health is a fundamental right, all medical and /or institutional responsibility, is analyzed as a fundamental right. The Constitutional Court, is the last Institution for resolving medical responsibility in Colombia (root cause analysis).

Key Words

Responsibility, Medical Law, Judicial Precedents, *Lex Artis*, Imputation Titles, Fundamental Rights, Human Dignity, Assurance, Healthcare System, Legal Courts, Direct and Indirect Medical Act

Introducción

El Derecho médico⁹, ha empezado a ganar notoriedad, en tanto la legislación sobre la salud en Colombia se volvió copiosa, y un tanto desordenada (leyes, decretos, resoluciones, etc.). Además, desde la visión de la responsabilidad médica¹⁰, el DM requiere posicionar unos elementos que le sean propios a la disciplina, y así, poder desde lo normativo relacionar el DM y la RM con los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

Entonces, *ab initio*, el término responsabilidad se predica de las personas e instituciones cuando interactúan; pero cuando interactúan médico-paciente y/o paciente-institución, la responsabilidad connota una *relación básica* especial fundada en la salud y la vida (derechos fundamentales).

Consecuente con ello, el contenido del trabajo se circunscribe al DM y la RM en el contexto normativo (como un sistema) y jurisprudencial. No sería lo mismo una Teoría General de la Responsabilidad en el Derecho, que una responsabilidad nacida o enfocada sólo en el Derecho Médico. El Derecho Médico, plantea inquietudes respecto de encontrar una Responsabilidad Médica en la relación paciente-médico y/o paciente-institución. Inicialmente se habla en el DM de una responsabilidad legal, ética o de ambas o de la responsabilidad penal del médico o el personal paramédico. Luego, categorizando la RM, se habla de una responsabilidad extracontractual o contractual médica (ver los otros ensayos en este libro, que tratan *in extenso* el tema).

La idea básica que rescata el trabajo, es ver el roll de la responsabilidad médica bajo el contexto de un sistema normativo propio. Si bien, hay una normatividad general, un trabajo jurisprudencial de la responsabilidad en el DM, el problema o la discusión se centran en cual debe ser el verdadero tratamiento a la RM; es decir, que el roll de la responsabilidad médica, no puede ser tratada común y corriente, tal y como se erige la responsabilidad en el derecho «de las cosas»; sino que, por ser la vida y la salud, bienes jurídicos protegidos a nivel de Derechos

⁹ Para efectos de este texto, de ahora en adelante, el término Derecho médico se indicará como DM.

¹⁰ Para efectos de este texto, de ahora en adelante, el término responsabilidad médica se indicará como RM.

Fundamentales¹¹, la RM además de su rol legal, debe tener una connotación constitucional, y desde ahí, empezar a construir la legalidad de la RM vía casuística, o vía «Sistema de Seguridad Social Integral» con su «reglamentación en el Sector Salud y Protección Social», que se monta bajo el principio del «aseguramiento».

La pertinencia o justificación del tema, se fundamenta en que la RM, participa de la Teoría General del Derecho de la Responsabilidad, de la Teoría General de las Obligaciones, de la *lex artis* (conjunto de prácticas médicas) y del Sistema de Seguridad Social Integral. El trabajo desarrolla, el concepto de «responsabilidad», haciéndose el rastreo de los tipos de responsabilidad, y su significado legal en las disciplinas del Derecho Civil, Contencioso Administrativo y Constitucional. A su vez, la responsabilidad será estudiada desde el precedente judicial o subregla, y, por último, se particulariza la RM como un «sistema» propio, porque los derechos que se involucran en la relación jurídica, son la salud y la vida desde la perspectiva de la «dignidad humana».

La temática de la responsabilidad se fundamenta en que personas naturales y/o jurídicas, necesariamente generan deberes y responsabilidades mutuas, mediadas por el Estado. En el amplio universo de la responsabilidad jurídica, el trabajo pretende llevar a la Responsabilidad Médica, como una de las particularidades en que se expresa dicha responsabilidad. Hay una pertinencia en concretar la responsabilidad privada o estatal en el DM, porque desde lo normativo, el estudio de la responsabilidad en ese campo (DM), presenta inicialmente una connotación diferente respecto a los títulos de imputación¹².

¹¹ Desde esta perspectiva (derechos fundamentales), José Luis Tenorio Rosas, en este mismo libro, en su ensayo *normatividad frente al registro de la actividad médica*, plantea la columna vertebral que al menos para el médico (y su personal paramédico, desde lo legal, ético y moral) representa «la historia clínica». Nos recrea inicialmente con la historia griega y romana de como los dioses en sus templos curaban y «grababan en las pilas el nombre del enfermo y el mal que padecía». Lo cual, según Tenorio Rosas, se consideraron «como las primeras prehistorias clínicas». Este ensayo al lector, lo concientiza de la necesidad y obligación que tienen el médico y su personal paramédico, de llevar la historia clínica del paciente. Desde la perspectiva de la responsabilidad en el DM, el ensayo de Tenorio Rosas, ayuda a comprender porque desde la antigüedad hasta ahora, la dignidad humana se empieza a reflejar en actos médicos como la historia clínica y demás registros médicos. Es menester leer en su totalidad el ensayo *normatividad frente al registro de la actividad médica*, para tener una idea *ab initio*, del porque desde la visión de los derechos fundamentales en el tratamiento de la dignidad humana, sin historia clínica y demás registros médicos no hay «acto médico», sino un *facto* bizarro.

¹² “...En la relación nacida entre quien ha ocasionado un daño (dañador, agente del daño, etc.) y quien lo ha sufrido (víctima, perjudicado, dañado, etc.) ha de decidirse cuál de ellas ha de soportar el daño. La decisión ha de sustentarse en una adecuada justificación. Puede afirmarse así que quien pretende una reparación por los daños que otro le ha

En el derecho privado el título de imputación general es «la culpa»¹³, que recoge conceptualmente el artículo 63 y 1902¹⁴ del Código Civil (el riesgo también está visto como título de imputación).

En la responsabilidad estatal los títulos de imputación en la RM han venido evolucionando: falla del servicio, falla presunta, falla probada y la carga dinámica de la prueba¹⁵. En ambos títulos de imputación (privado o estatal) la negligencia, la impericia, la imprudencia, inobservancia de las normas y/o reglamentos, terminan siendo los factores a evaluar para determinar la Responsabilidad Médica. Así mismo, la «obligación» que nace del denominado acto médico, legal y jurisprudencialmente, se ha determinado que puede ser de medio o de resultado; en tanto, que la propia actividad médica, es una ejecución de muchos actos que terminan constituyendo «el acto médico» (ver pie de página 53). Ahora bien, como en el acto médico, hay un sinnúmero de actuaciones del médico o su personal paramédico, se dificulta mostrar cuando se está en una «obligación de resultado o de medio»¹⁶, respecto a la actividad ejercida. Por ello, reconocer que el

causado ha de fundamentar su pretensión en una razón que le legitime para ello. Esa razón se conoce con el nombre de "criterio o título de imputación". El dañador está obligado a indemnizar siempre que concurra un adecuado título de imputación..." (tomado de <https://www.infoderechocivil.es/2012/09/titulo-de-imputacion.html>).

¹³ La culpa podemos decir, es un defecto de la conducta debida o de la voluntad o del mismo intelecto, para evitar o prever un daño. La culpa médica, indica una infracción a una obligación preexistente, que se ocasiona por la falta de idoneidad, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia, que termina generando un perjuicio a otro (negligencia, impericia, inobservancia, imprudencia).

¹⁴ "...el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, este obligado a reparar el daño causado..."

¹⁵ "...Esta teoría fue acogida por el Consejo de Estado en el año 2000, en donde se dijo que había casos en los que el demandante no podía probar situaciones técnicas o científicas ajenas a su conocimiento, que requirieran que las cargas de la prueba se invirtieran a su favor, por tal razón es el juez el que debe determinar en qué casos se debe invertir y en qué casos no. (...) CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA: **Este aparente título de imputación**, como ya se ha referido en repetidas ocasiones, alude a la actividad probatoria de las partes y no a la razón jurídica para atribuir responsabilidad al Estado por eventos médico – asistenciales...". Sin embargo, este sistema de la carga dinámica de la prueba, no es de recibo según la actora de esta cita: (...) El sistema de las cargas probatorias dinámicas, bajo la postura establecida en el año 2000, desde la estructura del proceso, supone serios problemas de aplicación práctica, por cuanto asigna en cabeza del juez una función para la cual no existe una etapa procesal específica en el procedimiento contencioso administrativo, así como tampoco en el procedimiento ordinario civil. Lo anterior, como quiera que la tesis planteada en la providencia, radica en el juez la obligación de señalar a las partes, las cargas probatorias que deben asumir en caso concreto, pero, se olvida que en el trámite procesal, tal y como está diseñado en el sistema colombiano, es imposible de materializar, toda vez que no existe una etapa en la cual aquel interactúe con los sujetos procesales en donde les establezca que de manera clara y definida cuales son las obligaciones que asumen cada uno de ellos, en relación con los supuestos fácticos que van a ser objeto de debate en el proceso...el resaltado es mío" (Tomado de <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5262/>). A ciencia cierta, esta «carga dinámica de la prueba», no sería propiamente un título de imputación, sino un medio para llegar a la prueba.

¹⁶ "En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En

roll de la RM en el derecho, está en su Sistema de Seguridad Social Integral y en el principio del «aseguramiento», casi que asegura puntualmente cuando un acto médico es de resultado o de medio, pues esa normatividad, establece dentro del «sistema» que caracteriza cada tipo de acto del acto médico, partiendo de los riesgos que se aseguran en ese sistema (tematización del derecho medico).

Se busca con este trabajo, encontrar los puntos donde la responsabilidad general del derecho converge con el DM. y, a su vez, acorde a la normatividad existente sobre responsabilidad, los precedentes judiciales, *la lex artis* y el Sistema de Seguridad Social Integral, bajo la egida del principio del «aseguramiento», redefinir o delimitar el roll de la RM en el derecho médico.

Para lograr encontrar los puntos de convergencia, la delimitación y definición de la RM; se hará primero, un relato de la evolución del concepto de «la responsabilidad» que la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional han desarrollado. Se toma como referente el libro *responsabilidad extracontractual del Estado- ochenta años de jurisprudencia* (1896 a 1976) de Jairo López Morales, pues la responsabilidad estatal y privada, fue inicialmente desarrollada por la Corte Suprema de justicia¹⁷ y no por el Consejo de Estado. Luego con la reforma constitucional colombiana de 1991, vía acción de tutela, se trabaja la vida como derecho fundamental *per se* y se reconoce la salud como derecho fundamental (no tenía ese carácter, de derecho fundamental, luego sí, vía legislativa se le da carácter de derecho fundamental). La salud y la vida, connotan constitucionalmente hablando el concepto de la responsabilidad privada y

*algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario*¹⁶. De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la *lex artis*, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas...” Tomado de SC7110-2017 Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

¹⁷El artículo 151 de la constitución de 1886, decía que la Corte suprema de Justicia, se encargaba de resolver «los negocios contenciosos en que tenga parte la nación».

estatal en el DM, adquiriendo un vínculo propio, acorde a la casuística de las acciones de tutela; que terminan amparando la dignidad humana cuando del DM se trata.

Inicialmente la responsabilidad de las personas naturales y/o jurídicas pública o privada se fundamentaba en «la culpa». La responsabilidad a causa de la culpa era indirecta (respondían la persona jurídica por lo que hacía la persona natural), para luego pasar a la culpa personal, que comprometía de forma directa a la persona. Desde estas perspectivas de «la culpa» podríamos decir, que la RM nacía o de la institución médica como tal o del médico o su personal paramédico.

Ya cuando el Consejo de Estado, asume la competencia de las demandas contra el Estado, esta entidad toma una teoría propia de la responsabilidad. Habla es de una falla del servicio (no de la culpa), luego habla de una responsabilidad sin falta y por último se sostiene que hay una «obligación a indemnizar» por o con ocasión del «daño especial»¹⁸. Las normas que se invocaban por el Consejo de Estado, para establecer la responsabilidad era la Constitución Colombiana y el Código Contencioso Administrativo de esa época. De suyo, siendo así, esta responsabilidad estatal, tendría otras connotaciones para estructurar la RM, porque si bien, pueden tomar normas del derecho privado (Código Civil), para relacionar aspectos de «la responsabilidad», la normatividad que estructura la RM, es de carácter constitucional y legal.

Por último, la Corte Constitucional Colombiana, mediante las sentencias tipo C, T y SU, le da una connotación a la RM, desde una perspectiva de los Derechos Fundamentales, para entender el «acto médico» sea este directo o indirecto¹⁹. La idea básica de la Corte Constitucional es

¹⁸ “...El Consejo de Estado aplicó por primera vez el régimen de responsabilidad objetiva fundada en la noción de daño especial, en la sentencia del 29 de Julio de 1947, en el caso del periódico “El Siglo S.A”. En esa sentencia se indicó, con fundamento en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, que si un ciudadano, como consecuencia del obrar de la administración se veía obligado a soportar una carga más onerosa que la que correspondía soportar a los demás ciudadanos y sufría un perjuicio por ese actuar, tenía derecho a ser indemnizado. Ver adicionalmente, Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño...” (tomado de la sentencia C-286 de 2017, Corte Constitucional).

¹⁹ El trabajo advierte que la RM será tratada desde el acto médico directo o riesgo primario. El acto médico indirecto o riesgo técnico, no será tratado, sin embargo, al final del trabajo se estructura el acto médico indirecto a partir del decreto 780 de 2016, el cual es Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en tanto, como se verá más adelante, la responsabilidad médica, participa es de un Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993). La RM, no responde a normatividades ajenas (civil y/o Administrativa, entre otras), sino a su propio sistema de responsabilidades, elevadas en las leyes sobre el Sistema General de Salud. Por ello, el acto médico indirecto (o sea el institucional) termina repercutiendo en la responsabilidad médica, desde la visión del acto médico directo.

proteger la vida y la salud como Derechos Fundamentales. En eso, desde el aspecto de la responsabilidad por la vulneración de los Derechos fundamentales, la Corte Constitucional, mediante las sentencias de tutela ha conocido casos tales como: el suministro de medicamentos, asuntos de los contratos de medicina prepagada, el servicio de transporte en el sistema de salud, la cirugía estética por razones reconstructivas o terapéuticas; el derecho del personal activo o no de las fuerzas armadas, a obtener nuevas valoraciones médicas (cuando tiene una valoración anterior), entre otros casos.

La Responsabilidad Médica, tendrá es una connotación, dentro de un marco jurídico de derechos fundamentales; *haciendo posible, que se argumente en materia de RM no la legalidad del sistema de salud, sino la fundabilidad de la responsabilidad en un sistema de derechos fundamentales*. Los paradigmas de la salud y la vida en el DM, terminan siendo analizados por el Sistema General de Salud y Seguridad Social o por la *lex artis*.

Luego de haber precisado la RM en las tres jurisdicciones, vendrá la articulación de la responsabilidad en el DM, y el análisis normativo, jurisprudencial de la casuística, en materia de RM.

Finalmente, se desarrollará la pregunta ¿Qué papel desempeña la responsabilidad en el Derecho Médico? pues con los insumos determinados en el desarrollo del trabajo, la pregunta puede resolverse, proponiéndose que en el Derecho médico la RM, se construya a partir de la normatividad del derecho a la vida y la salud, el precedente judicial y la *lex artis*; porque la responsabilidad médica se fundamenta en la salud y la vida partiendo de «la dignidad humana», y entendiendo que la RM responde a «Sistema de Seguridad Social Integral», a la «reglamentación en el Sector Salud y Protección Social», que se monta bajo el principio del «aseguramiento»²⁰.

²⁰ “...Es la principal estrategia del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) para lograr el acceso a la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Beneficiosos servicios de salud POS, la Ley 1122 de 2007 **define el aseguramiento como:** la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. El artículo 157 de la Ley 100/93 establece la obligatoriedad para todos los habitantes del territorio nacional de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), a través de tres formas: **Régimen contributivo:** a este régimen, se afilian las personas que tiene capacidad de pago, estas son aquellas “personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”. **Régimen subsidiado:** a este régimen pertenece la población pobre y vulnerable sin capacidad de

6.1. - ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

La responsabilidad como concepto, se centra básicamente en el aforismo “*alterum non laedere*” (el deber de no dañar a nadie), en su patrimonio representado en sus derechos personales y/o bienes y valores particulares²¹. La responsabilidad se puede generar por no cumplir un contrato, por un hecho u omisión, y por la responsabilidad legal (la misma ley establece la responsabilidad, como cuando la ley obliga a pagar al padre o la madre alimentos)²². La obligación de reparar el daño, si es o no causada por el agente, se clasifica en responsabilidad objetiva y subjetiva. La responsabilidad subjetiva es aquella reparada por la conducta del agente si este la causó con culpa, es decir, se analiza la condición subjetiva de actuación culposa. En cambio, la responsabilidad objetiva, parte de entender que todo daño debe ser reparado, independientemente de si el actor o agente actúe o no con culpa. Con esta última definición la responsabilidad se objetiviza. El Código Civil, es minucioso en este tipo de responsabilidades (objetivas), tal como sería cuando los dueños responden por lo que hacen sus dependientes, las cosas, los animales, ruina de edificios, entre otros²³.

pago identificada en los niveles 1 y 2 de la encuesta SISBEN, así como las poblaciones especiales que el Gobierno ha definido como prioritarias y que no se encuentren afiliadas al régimen contributivo o pertenezcan a un régimen especial o de excepción (población en condición de desplazamiento, comunidades indígenas, desmovilizada del conflicto, población infantil abandonada a cargo del ICBF, personas mayores en centros de protección, y ROM entre otras). **Participantes vinculados:** son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del Régimen Subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado a través de Subsidios a la Oferta...El primer resaltado es mío”. El texto mencionado es Tomado de (<https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/subdireccion-de-salud/Paginas/aseguramiento.aspx>).

²¹ Desde lo legal, un derecho real es la relación jurídica entre una cosa y una persona. El derecho personal consiste en la relación entre dos personas determinadas (para mejor comprensión, ver artículos 578 y 602 a 1014 del Código Civil) igualmente los bienes se pueden clasificar en materiales e inmateriales. Cuando hablamos de valores particulares son los que corresponden al ser humano como tal, de ahí podemos entender, de porque la Corte Constitucional colombiana, tomando del Derecho Convencional, habla de los bienes jurídicos convencionales y/o constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor de las personas, la honra, entre otros).

²² Sobre este tipo de responsabilidades legales, consúltese, por ejemplo, los artículos 282 a 288; 695 y 762 del Código Civil colombiano. Aunque podría argumentarse, que toda la responsabilidad es legal, pues el daño, para ser reparado debes ser ordenado por el legislador.

²³ “...En efecto, los artículos 2346, 2347, 2348 y 2349 del Código Civil, incluidos en el Título XXXIV bajo el epígrafe “*responsabilidad común por los delitos y las culpas*” prevén un régimen de responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno conforme al cual, según la fórmula general a que aluden las normas, “[T]oda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado.” (Subraya fuera de texto) Cabe reseñar que en este mismo título se incluyen otras categorías de la responsabilidad civil extracontractual como son las derivadas por el hecho propio o directa reguladas en los artículos 2341 y 2345, así como por el hecho de las cosas animadas o inanimadas de las que se ocupan los artículos 2350, 2351, 2353 y 2355. De las normas referidas a la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno se pueden

Así entonces, es más o menos «la responsabilidad» genérica en el Derecho Civil. La particularidad de este tipo de responsabilidad, es que se tiene en cuenta «la cosa» en la relación jurídica, lo mismo que se tiene en cuenta si la relación jurídica es con una persona natural y/o jurídica. Estos serían los principios o normas genéricas (podrían haber más), que rigen para toda relación jurídica respecto a la responsabilidad, y que, de cierta manera inciden en la responsabilidad médica.

Jairo López Morales, en su libro *responsabilidad extracontractual del Estado- ochenta años de jurisprudencia* (1896 a 1976)²⁴, ilustra el estado del arte sobre el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas (enfocada en la responsabilidad del Estado), en tres etapas, y agregamos nosotros una cuarta etapa donde hablamos del rol de la responsabilidad médica, acorde a la Corte Constitucional. **En Primer lugar**, la responsabilidad jurisprudencial de la persona jurídica pública o privada a causa de la culpa era indirecta. El principio era que «la persona jurídica» estaba en la obligación de elegir y vigilar a sus agentes, en tanto, eran sus dependientes o subordinados. La norma aplicable era el Código Civil artículo 2347 inciso primero y artículo 2349. De tal normatividad se desprendería «la presunción de culpa». Esa presunción nacía del cuidado que debía tener la persona jurídica de sus dependientes (era la responsabilidad por los hechos ajenos). La Corte suprema de Justicia, fundamentaba «la responsabilidad» en el artículo 2347²⁵, inciso primero

identificar a su vez diferentes supuestos así: **i)** La responsabilidad que recae en quien tiene a su cargo el cuidado de dementes impúberes, cuando se pruebe su negligencia, **ii)** la de los tutores y curadores por los daños causados por el pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado, **iii)** la que recae en los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores “y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir” y, **iv)** que es el supuesto previsto en la norma enjuiciada, la de los “amos” por la conducta de sus “criados” o “sirvientes”, que en nuestro régimen admite una posibilidad liberatoria para el civilmente responsable “. De esta enunciación se desprende que este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –*culpa in vigilando, culpa in eligendo*- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. Mientras que, según otro sector de la doctrina, acogido en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio-conforme a la cual, quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha expresado sobre este particular...” (tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1235-05.htm>).

²⁴ La sentencia precedente para construir la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas (se incluye al Estado) es del 30 de junio de 1962, de la sala de casación (Morales; 1977, 22). Esta sentencia se cita *in extenso* en la sentencia del 28 de octubre de 1976. Expediente 1482, actor Banco Ganadero del Magdalena. Porque en su momento el Estado con motivo de una operación administrativa liquidó ese banco, actuación de liquidación que realizó la superintendencia bancaria.

²⁵ Este artículo trata de la responsabilidad indirecta por los hechos “ajenos”.

CC y 2349 CC. La subordinación y dependencia hace solidario al empleador de la responsabilidad, y, por ende, obligado a reparar el perjuicio. La presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y/o la mala elección, fundamentó la responsabilidad estatal o privada.

La responsabilidad, digámoslo así, es indirecta porque termina respondiendo la persona jurídica de lo que hace la persona natural, dependiente o subordinada.

En segundo lugar, viene la etapa, donde la responsabilidad de la persona jurídica pública o privada pasa a ser directa, por decirlo así. Ello se da, en tanto, el Juez Civil se cuestiona la dualidad de la persona jurídica y la persona natural (artículos 2347 y 2349 del Código Civil), en cuanto a la responsabilidad. Y más bien, establece la responsabilidad de la persona jurídica directamente, porque quebrantado el patrimonio y la moral de terceros culposamente, debía aplicarse era el principio general de la responsabilidad extracontractual:

«El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido» (artículo 2341 del Código civil). La culpa personal del agente compromete de forma directa a la persona jurídica, es decir, la culpa de sus agentes es su propia culpa. Ahora bien, en este estadio jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, le crea a la responsabilidad directa de las personas públicas y privadas, dos variables: *La primera* aplica a personas jurídicas públicas y privadas, adoptando la tesis organicista, según la cual los agentes de la persona jurídica (pública o privada), se dividen unos en directores y representantes, depositarios de la voluntad de la entidad, y, otros en auxiliares o dependientes. En tal caso, construyó la responsabilidad directa con los directores y la responsabilidad indirecta con los auxiliares. *La segunda*, es la aparición de la tesis de la “falla del servicio” en la actuación estatal (no para la actuación privada). Como el Estado debe prestar servicios públicos a la comunidad, el daño originado en la irregularidad de tal prestación, no se basa en la culpa del agente; sino más bien, en la denominada «falla», que puede ser orgánica, funcional o anónima²⁶. La culpa del derecho común (derecho civil) es desplazada,

²⁶ La falla anónima la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa la ha definido así: “...La jurisprudencia ha sostenido que el carácter anónimo es un elemento natural de la falla del servicio, dado que para estructurarla no se requiere identificar a las personas cuya conducta es constitutiva de la misma. La víctima puede imputar responsabilidad a la Administración sin tener que designar al funcionario que ha desarrollado la conducta, pues, la falta del servicio público

por la tesis de la responsabilidad directa del Estado, transformándose en “una culpa de la administración pública”.

Concluyendo, se tiene que la Corte Suprema de Justicia respecto a la responsabilidad estatal, sigue con la responsabilidad directa, sustituyendo la culpa individual del agente por la “falla del servicio” o culpa de la administración. Se habla de la falla funcional, orgánica o anónima. Se presume la culpa estatal, no porque el Estado elija o controle mal a sus agentes, sino, por el deber principal del Estado de prestar a la comunidad los “servicios públicos”.²⁷ La víctima prueba la falla causante y el daño. La Corte Suprema de Justicia, una vez pierde la Jurisdicción y Competencia respecto a conocer de las demandas contra el Estado, sigue armando o fundamentando la responsabilidad directa en el artículo 2341 del CC (responsabilidad extracontractual), el factor determinante de la responsabilidad es la culpa, tal como lo hace con la persona jurídica privada.

En tercer lugar, viene la etapa, donde el Juez Administrativo, fundamenta la responsabilidad estatal partiendo es del articulado constitucional. Por ejemplo, el artículo 2 de la constitución vigente para esa época, hablaba que el poder público se ejercía en los términos de la constitución. De ahí se derivaba el principio de legalidad y la autolimitación del poder; generándose una responsabilidad, si las autoridades quebrantaban esos principios. *El restablecimiento del derecho violado, la infracción a las normas y el daño ocasionado eran la fuente de la responsabilidad.* Además, desde lo normativo «la responsabilidad» giraba alrededor del artículo 16 de esa constitución vigente «las autoridades de la república están para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el

puede resultar de las actuaciones de agentes determinados, pero no identificados, y el hecho de que los agentes sean conocidos o no, no cambia en nada la responsabilidad estatal que queda comprometida cuando el hecho dañoso es imputable a la Administración. En consecuencia, tal como sucede en el caso concreto donde no se identificó por sus nombres a los agentes de policía que perpetraron el hecho, los elementos que están presentes, muestran que existen indicios serios que comprometen la responsabilidad de la administración...” (tomado de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1995-00036-01\(16911\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1995-00036-01(16911).pdf)).

²⁷ “...Dejando de lado las nociones más antiguas, podemos recordar aquí la de Hauriou “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública,”² la de Bielsa “toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”³ y la “ad hoc” creada por Corail para resumir las ideas tradicionales sobre el punto “una empresa creada por las autoridades públicas y dotada de medios exorbitantes al derecho común, en vista de dar satisfacción a una necesidad de interés general.”...” tomado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo11.pdf.

cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares»²⁸.

Se estructura así, la típica relación de derecho público entre particulares y el Estado, por ende, el concepto de responsabilidad se enmarca dentro de lo público y no propiamente dentro del derecho privado. Se eleva además de la responsabilidad política del Estado, una responsabilidad jurídica y patrimonial. Esa relación de derecho público entre Estado y particulares, desplaza la responsabilidad en lo meramente subjetivo (del Código Civil), para localizar la responsabilidad concreta y objetiva. Desde ese momento, el Consejo de Estado viene construyendo la responsabilidad estatal desde varios frentes: Falta o falla del servicio, actos, operaciones, hechos y acciones. Expropiación, trabajos públicos, almacenaje, vías de hecho, daño especial, riesgo generado, y desde la constitución de 1991, se habla también del daño antijurídico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, reconoce que el estado del arte sobre la responsabilidad directa del Estado, se recoge del Derecho francés; Georges Vedel, Marcel Waline, Andrés de Laubadere, Jean Rivero²⁹, Jacques Moreau, entre otros, son los que sostiene la autonomía de la responsabilidad estatal con normas de la constitución y el Derecho Administrativo.

Por lo tanto, para resumir el estado del arte de la responsabilidad estatal, desde la visión del Consejo de Estado, tenemos: Se inicia de una irresponsabilidad total del Estado, para pasar a una responsabilidad culposa, luego a una falla del servicio, luego a una responsabilidad sin falta y por último a una “obligación de indemnizar” por o con ocasión del “daño especial”. Lo relevante es que jurisprudencialmente el Consejo de Estado, cuando estructura los hechos y las operaciones administrativas como situaciones estatales propias, la responsabilidad se fundamenta en la Constitución colombiana, en la norma del CCA (hoy CPACA), y demás normas administrativas. Lo anterior nos indica que la responsabilidad estatal crea su propia normatividad, alejándose del fundamento civil de la responsabilidad (aunque definiciones y principios del Código Civil son muchas veces citadas como respaldo legal por la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa).

²⁸ Entiéndase que se habla de la Constitución colombiana de 1886 y sus respectivas reformas.

²⁹ Consultar de este autor la versión en español de sus libros: *Derecho Administrativo*, su artículo *los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo*. El libro *Páginas de Derecho Administrativo*. De Georges Vedel, consultar su libro en español *Derecho Administrativo*.

Ya en recientes sentencias del Consejo de Estado³⁰, se precisa la RM, y, por la casuística se está demostrando cómo el DM tiene una particularidad en el tratamiento de la RM, que puede hacer posible que la Responsabilidad Médica, sea una especialidad dentro de la responsabilidad general del derecho, por aquello de que el objeto de la responsabilidad medica se centra sobre la salud y/o la vida, que por antonomasia son Derechos Fundamentales.

El Consejo de Estado parte de reconocer que constitucionalmente, no se prioriza ningún régimen de «responsabilidad extracontractual», por ende, tampoco se establece un único título de imputación. Se deja al Juez Administrativo, definir caso por caso, el título de imputación respectivo. El arte de llegar al respectivo título de imputación, está en «la prueba». Ahora bien, la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, entiende que la prestación médica en el servicio de salud, es de naturaleza «subjetiva», siendo la falla probada del servicio el título de imputación, por lo tanto, se debe probar la falla del servicio, o sea el daño y el nexo causal entre aquella y aquel. En la Responsabilidad Médica, si hablamos de la falla médica, hay que demostrar que la atención médica, no cumplió inicialmente el estado del arte de la ciencia médica vigente al momento de los hechos; probar igual, que el servicio médico no fue diligente (no se prestó con los medios humanos, científicos, farmacéuticos, técnicos, entre otros)³¹.

La afirmación jurisprudencial citada (en el pie de página 27), permite intuir, como la casuística, está construyendo en el DM la responsabilidad médica, partiendo de reconocer que la constitución colombiana de 1991, no prioriza un régimen de responsabilidad, y deja en manos del Juez Administrativo, reconocer el título de imputación, acorde a la prueba arrimada. Hay una línea de responsabilidad médica, que el Consejo de Estado está adoptando en sus numerosos fallos, y es

³⁰ Por y con ocasión de la constitución de 1991, y de las interpretaciones de la Corte Constitucional en materia de salud y ciertas sentencias de la Corte Interamericana de Justicia sobre el tema de la salud, en el Consejo de Estado, la Responsabilidad Medica es tratada como una particularidad dentro de un «sistema de salud».

³¹ Ver sentencia del Consejo de Estado, consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá, cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015) Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) Actor: ANA ARGENIS SUAREZ CORTES Y OTROS Demandado: E.S.E. VILLAVICENCIO. «IMPUTABILIDAD DEL DAÑO - La Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular / IMPUTABILIDAD DEL DAÑO - Se debe fallar en relación con la aplicación del título de imputación correspondiente y su consonancia con la realidad probatoria en eventos que guardan ciertas semejanzas fácticas entre sí / IMPUTABILIDAD DEL DAÑO - No puede la jurisprudencia establecer un único título de imputación / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO - No se privilegia ningún régimen de responsabilidad. Variación según las circunstancias particulares de cada caso».

aquella de recurrir al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia, donde los Estados firmantes reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», esta garantía está consagrada en la constitución 1991, bajo el deber que el Estado colombiano tiene de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (por aquello que la RM se maneja bajo un sistema, basado en el aseguramiento). Luz Adriana Rotawisky Ortiz, en su ensayo denominado «*La Necesidad De Una Configuración Temática Del Derecho Médico En Colombia*» (publicado en este mismo libro), acierta en llamar «ejes temáticos del derecho médico», porque implícita hablar de un sistema en la salud:

«tenemos los siguientes ejes: **primer** eje constitucional que implica el derecho a la salud, que tiene como basamento legal las sentencias T-760 de 2008 y la T-323 de 2010 proferidas por la Corte Constitucional colombiana (...) **El segundo** eje es el de la salud pública. El tercer eje son los derechos del paciente, la gestión del riesgo y las responsabilidades. **El cuarto** eje el de la financiación del sistema. El quinto eje es el de las tecnologías en la salud.»

Los ejes temáticos, «derecho a la salud, salud pública, los derechos del paciente, la gestión del riesgo y las responsabilidades, la financiación del sistema y las tecnologías en salud»; sólo están comprendidas en la normatividad que paulatinamente se la ha venido agregando a la ley 100 de 1993, es decir, aunado a lo que Rotawisky Ortiz, menciona como ejes temáticos, el derecho medico ya tiene su propio sistema de responsabilidad, basado en la «reglamentación en el Sector Salud y Protección Social», que se monta bajo el principio del «aseguramiento».

La otra situación plausible, que nos conduce a que el DM, tenga un sistema de responsabilidad médica propia, son las sentencias de unificación que contempla el CPACA³².

³² Ver el texto *Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Publicación realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho en: www.consejodeestado.gov.co › libros › sentencias unificación › libro.pdf.

Por ejemplo, la única sentencia de unificación en materia médica, hasta ahora, se produce el 28 de agosto del 2014³³. En el capítulo «la articulación de la responsabilidad en el DM», se hará el análisis respectivo, para demostrar como la responsabilidad médica, se está construyendo con los precedentes judiciales³⁴. Si ello es así, esto nos obliga a sostener, que en el DM la responsabilidad médica, debe ser estructurada independiente de la responsabilidad genérica; porque se prioriza que la responsabilidad atinente a la salud y la vida maneja otra conceptualización, donde va implícito *los Derechos Fundamentales a la vida y salud, en el contexto de la dignidad humana*, dentro de un sistema creado a partir del aseguramiento. La casuística de los jueces, gira sobre la salud y/o la vida alrededor de la dignidad humana, dentro de un Sistema de Seguridad Social Integral en el Sector Salud y Protección Social.

En Cuarto lugar, viene la etapa de las sentencias de la Corte Constitucional. *La Corte, es un actor judicial de suma importancia en el tema de la RM*, pues esta Corte, vía tutela o vía de constitucionalidad de leyes (sentencias tipo T, SU, C)³⁵, reinterpreta el lenguaje legal, para constitucionalizar la salud y la vida como Derechos Fundamentales. Hay un estado del arte especial en los “Derechos Fundamentales”, en tratándose de la responsabilidad médica. Hay estado del arte cuando la Corte Constitucional, analiza las sentencias proferidas por los demás jueces en las otras jurisdicciones, cuando se han tratado temas de responsabilidad médica. La Corte Constitucional³⁶, puede hacer el análisis de la posible vulneración del Derecho Fundamental y revocar sentencias de otras jurisdicciones. La Corte, a su vez, delimita la naturaleza sustantiva y procesal que se debe acreditar para que un Derecho Fundamental deba ser protegido (por ejemplo, la salud y la vida, desde el entender médico).

³³ «SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SALA PLENA. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Actor: AMPARO DE JESUS RAMIREZ SUAREZ. Demandado: HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE LORICA Y OTRO».

³⁴ Un precedente judicial valioso, que no se menciona en este trabajo, pero que es válido para entender y comprender *la lex artis*, son las sentencias de los Tribunales de Ética Médica. Este Tribunal, cuyos juzgadores son los mismos médicos, evidencian mejor el tratamiento de la prueba en el error o falla médica, pues, de suyo, conocen los protocolos médicos a llevar a cabo, en cada acto médico simple o complejo, directo o indirecto. Desde el tema de la prueba, se suele pedir siempre que se arrime al proceso de RM, las sentencias de estos Tribunales, para ayudar a entender *la lex artis*.

³⁵ Sentencias de Tutela, Sentencias de Unificación, Sentencias de Constitucionalidad.

³⁶ Ver la sentencia C-590 de 2005 y la sentencia de unificación SU-195 de 2012.

La Sala Plena de la Corte Constitucional (ver sentencias citadas en el pie de página 28), ha determinado un conjunto sistematizado de requisitos de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos ineludibles para la protección de los derechos fundamentales afectados por una providencia judicial (en nuestro caso temas de responsabilidad medica vulnerados por el Juez Civil o Administrativo). Ya en materia sobre la responsabilidad estatal y/o privada, la Corte Constitucional vía tutela conoce y determina «la relevancia constitucional» que tiene un tema sobre Derechos Fundamentales. Temas de salud y vida en relación a la práctica médica-hospitalaria son conocidos por dicha Corte. Por ende, el roll de la RM en el derecho médico necesariamente se constitucionaliza en este aplicador jurídico.

La Responsabilidad en el DM, cuando se ha cuestionado vía acción de tutela, y cuando se atacan las sentencias del Juez Civil o Administrativo, el Juez Constitucional ha venido observando problemas tales como: un defecto orgánico en las providencias (no ser el competente el juez), un defecto procedimental, un defecto factico (no pruebas del caso), un defecto sustantivo (aplicar la norma que no es), un error inducido, una decisión sin motivación, un desconocimiento del precedente o la violación directa de la constitución. Por eso, las sentencias de la Jurisdicción Civil y Contenciosa Administrativa sobre RM, son revisables y posible de ser tuteladas.

Por ende, estos eventos que se revisan, hacen entender potencialmente el roll de La Responsabilidad Extracontractual³⁷ en el DM, desde la visión Constitucional como Jurisdicción. Lo que pretende la casuística con las sentencias de la Corte Constitucional o el Juez de Tutela; es sin lugar a dudas, cuestionar la interpretación que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado hacen sobre la RM. Por eso, el estado del arte en la línea jurisprudencial de tutela,

³⁷ “...La responsabilidad civil extracontractual se genera a partir de un daño causado, sin que exista una relación contractual previa entre el causante del mismo y el perjudicado, o que a pesar de que existir un contrato anterior, el daño sea completamente ajeno a su objeto. Este régimen funciona bajo el presupuesto de que, quien haya cometido un daño con su conducta sin justificación, tendrá que rectificar lo sucedido para reponer la pérdida causada, en virtud del principio de igualdad, que protege el equilibrio existente entre el autor del daño y el perjudicado. En este sentido, el autor deberá devolver algo a la víctima, reparar un objeto dañado o indemnizarla en caso de que la situación original no pueda ser restablecida, que es lo que ocurre la mayoría de las veces. Es importante resaltar que no cualquier daño genera responsabilidad civil extracontractual, ya que el derecho sólo protege algunos intereses, en esa medida el daño debe estar protegido jurídicamente...T-158 de 2018” (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-158-18.htm>).

complementa (como última instancia)³⁸ la línea jurisprudencial de responsabilidad trabajadas por la Corte Suprema de justicia y el Consejo de Estado, en materia de Responsabilidad Medica.

6.2.- ARTICULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MÉDICO Y SU ANÁLISIS

La legislación en materia médica y de salud, es copiosa, y a su vez, esa legislación, al hablar del acto médico, lo articula como el acto directo (acto del médico sobre el organismo del paciente) que genera *ab initio* el riesgo primario³⁹, y el acto médico indirecto (todo lo que rodea el servicio médico institucional como tal) que generan *ab initio* el riesgo técnico. Las guías y protocolos médicos, orientan la actividad del acto médico directo; en cambio, los procesos de calidad y seguridad que deben seguir las instituciones hospitalarias, son las pautas del acto médico indirecto. Desde esta simple perspectiva del acto médico, empezamos la articulación de la RM en el Derecho Médico.

La responsabilidad médica, participa a la sazón, del riesgo directo e indirecto, que para ser valorado *prime facie* se hace por las guías y protocolos, así como por los procesos de calidad y

³⁸ Algunos tratadistas, reconocen que, conforme al contexto constitucional colombiano, el Derecho Convencional, podría estar por encima de los fallos de la propia Corte Constitucional, pues Colombia acoge el Sistema Interamericano de Justicia, donde se pueden ventilar casos sobre Derechos Humanos, que los Estados vulneren. Ver *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, escrito por Ernesto Rey Cantor y Angela margarita Rey Anaya. Capítulo II, sobre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (páginas 30 a 47). Capítulo III, La Responsabilidad estatal (páginas 51 a 244).

³⁹ La ley 1438 de 2011 artículo 104 y 105, respectivamente delimitan el acto médico directo así: «ARTÍCULO 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL. Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así: “Artículo 26. *Acto propio de los profesionales de la salud*. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional. Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de: 1. El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios. 2. La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social. 3. En el contexto de la autonomía se buscará prestar los servicios médicos que requieran los usuarios, aplicando la autorregulación, en el marco de las disposiciones legales. 4. No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran. 5. Las actividades profesionales y la conducta de los profesionales de la salud debe estar dentro de los límites de los Códigos de Ética Profesional vigentes. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales a adoptar conductas éticas para mayor beneficio de sus pacientes.» (el texto citado sobre el acto propio del profesional de la salud es tomado de www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011_pr002.html#104).

seguridad que las entidades prestadoras de salud asumen, en aras de prestar el servicio médico. Entonces, el rol de la responsabilidad en el DM, está inicialmente en los protocolos y/o procesos de seguridad y calidad. Esto indica, que la RM, tendrá un lenguaje técnico más allá del concepto de responsabilidad genérica del derecho común. Si bien, toda responsabilidad se articula, partiendo de la Teoría General de la Responsabilidad, el DM maneja una conceptualización de la responsabilidad propia del acto médico en el Derecho Médico.

La articulación legal del DM se fundamenta en la ley 100 de 1993⁴⁰ y demás normas complementarias, que amplían el espectro de la responsabilidad médica⁴¹; pero otra articulación legal de la RM en el Derecho Médico, es sin dudas la ley 23 de 1981, que dictó las normas en materia de ética médica. Esto nos permiten inferir, que la responsabilidad médica, como un acápite del DM, participa de la norma legal en materia médica, de la norma ética del profesional de la salud, y del constructo jurisprudencial en las tres jurisdicciones indicadas (Civil, Contenciosa Administrativa y Constitucional). Por último, no se debe descartar la articulación del rol de la responsabilidad médica, con las denominadas «políticas públicas»⁴², pues el Sistema General de

⁴⁰ Esa ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen las personas y la comunidad, para gozar de una calidad de vida. Se pretende proporcionar, la cobertura integral de las contingencias, en especial las que menoscaban la salud (ver preámbulo de esa ley).

⁴¹ Por citar algunas normas, que implican el entramado de Responsabilidad Médica del Sector Salud tenemos: Decreto 412 de 1992 (reglamenta parcialmente los servicios de urgencias). Decreto 412 de 1992 artículo 4, que define el servicio de urgencia y la atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud. Resolución 5596 de 2015 (por el cual se definen los criterios técnicos para el sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencias Triage). Decreto 4747 de 2007 (por lo se regula aspectos entre los prestadores de servicios y las entidades responsables del pago de los servicios de salud). Resolución 3047 de 2007 (por el cual se definen los formatos, mecanismos, términos, en las relaciones entre prestador de salud y las entidades pagadoras). Resolución 2003 de 2014 (por la cual se definen los procedimientos e inscripciones de los prestadores del servicio de salud y de habilitación de servicios de salud). El decreto 2200 de 2005 (se regula el servicio farmacéutico). Decreto 2353 (por el cual se regula las normas de afiliación al sistema general de seguridad social), entre otras más.

⁴² «Una política pública es el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental frente a un problema o en un sector relevante de su competencia, 1 es decir, es un marco de orientación para la acción o un programa o perspectiva de actividad. Según Lahera, 2 tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas sobre cómo manejar los asuntos públicos o situaciones socialmente problemáticas. En este sentido las políticas públicas se sustentan en determinadas posturas políticas que conforman los factores de viabilidad y factibilidad de la política pública en cuestión. De acuerdo con Meny y Thoenig, en un momento dado, en un contexto dado, una autoridad pública (ministerios, organismos, entes territoriales, etc.) adopta prácticas de determinado género, actúa o no actúa. Estas prácticas se pueden señalar concretamente en formas de intervención, reglamentación, provisión de prestaciones, represión, etc. Pero también pueden ser más inmateriales, a veces simbólicas, como un discurso o una campaña de comunicación. Al mismo tiempo, estas prácticas se refieren o son referibles a finalidades, a valoraciones explicitadas por la autoridad pública. Una política se presenta bajo la forma de un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o varios actores públicos; se presenta como un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico. Se le atribuyen

Salud en Colombia, desde la visión «política», obedece a un sistema jurídico-político en un Estado Social de Derecho (ESD). El gran debate de la responsabilidad médica en Colombia, cuando está llegando a la Corte Constitucional y demás Cortes, no solo se está analizando el tema de la responsabilidad clásica entre las partes (medico/paciente y/o paciente institución hospitalaria), sino que se está considerando las responsabilidades jurídico-política del sistema, mancomunadamente con el Estado y/o paciente y/o la población.

Siendo así, lo primero para articular el DM y la RM, es reconocer que *la salud está en un Sistema de Seguridad Social Integral*, que implica instituciones, normas, procedimientos que pretenden que la persona y la comunidad gocen de calidad de vida, y se les proporcione una cobertura integral en *el menoscabo de su salud*. En tal caso, la responsabilidad médica, debe trabajarse *prima facie* dentro de un Sistema Integral de Salud; entendiendo que las actuaciones en el denominado «acto médico» para determinar el rol de la responsabilidad médica, se cifra en muchos de sus aspectos, en el riesgo directo e indirecto contemplado en el mismo Sistema de Salud⁴³.

A su vez, las denominadas actuaciones de medio o de resultado en el DM para generar la RM, se han venido creando por el precedente judicial; porque el precedente sí orienta y define acorde a la normatividad existente en salud, que tipo de responsabilidad asume el personal médico y/o institucional en relación con el paciente desde la perspectiva del acto médico directo e indirecto, bajo la premisa de que el acto médico sea de medio o de resultado.

Ahora bien, si hablamos «del daño a la salud»⁴⁴ no se trata legalmente como «el daño a las

generalmente las siguientes características: 1 contenido, programa, orientación normativa, factor de coerción y competencia social.» (tomado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v26n1/v26n1a09.pdf>).

⁴³ Por ejemplo, temas específicos en el derecho médico (no previstos en la norma, civil, comercial, etc.), expresamente indicados, tenemos «el riesgo en la salud» (plan decenal de salud pública 2012-2021, resolución 1841 de 2013) que es «la probabilidad de ocurrencia de un evento no deseado, evitable y negativo para la salud del individuo, (...) el riesgo en salud a su vez puede clasificarse como primario si se refiere a la probabilidad de aparición de una nueva morbilidad (incidencia), o como técnico si se alude a la probabilidad de ocurrencia de eventos derivados de fallas de atención en los servicios de salud». Esto nos demuestra inicialmente, que la responsabilidad en el DM, asume identidad léxica propia. Se habla también, de la «gestión del riesgo jurídico en el acto médico» (ver resolución 4331 de 2012, 3047 y 416 de 2009).

⁴⁴ «...En lo específicamente concerniente a los daños derivados de la lesión psicofísica, existió una cierta oscilación entre posturas que lo subsumían en conceptos globales como “daño a la vida en relación” y su reconocimiento como entidad autónoma bajo denominaciones como “daño a la salud” o “perjuicio fisiológico” o daño corporal. Así mismo,

cosas», por ende, los conceptos generales de la responsabilidad, que atañen casi siempre a bienes jurídico materiales-inmateriales, deben ser evaluados o revaluados cuando de RM se hable en el DM. Dos situaciones aparecen sobre ese Derecho Fundamental (la salud). La primera, la salud y la vida como bienes jurídicos tutelables, a nivel de Derechos Fundamentales y la segunda la relación directa de esos Derechos Fundamentales con «la dignidad humana».

El precedente judicial articula una serie de conceptos legales, políticos, éticos y de la profesión médica (*lex artis*, por ejemplo), que permiten mapear como y cuando la RM surge por el acto médico directo o indirecto, y nos orientan para entender el rol de la RM en el Derecho Médico.

En las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el eje temático de la responsabilidad médica, gira en el concepto «daño a la salud». Los daños genéricos conocidos a la salud son el «daño a la vida de relación» o «alteración grave de las condiciones de existencia»; pero también, jurisprudencialmente, se reconocen la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias, en caso de lesión de bienes constitucionales o convencionales protegidos.⁴⁵ Como se

persistían las dudas respecto de la extensión y la comprensión del concepto de **daño a la salud**, entendiendo algunos que aquel comprendía únicamente el hecho de la perturbación psíquico-física (daño evento), mientras que otros incluían dentro de él también la repercusión que la misma en las condiciones de vida de la víctima (daño consecuencia), determinadas éstas en atención a su subjetividad, gustos, aficiones y modo de vida. (...) Las antedichas imprecisiones que durante mucho tiempo dominaron en la jurisprudencia y la doctrina fueron superadas mediante sentencias de 14 de septiembre de 2011, en la que la Sección establece, claramente que **el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de “daño a la vida en relación”** y comprensiva de aspectos diversos aspectos. En lo relativo a autonomía y no subsunción ni identificación de los conceptos de daño a la salud y “daño a la vida de relación” o “a la alteración de las condiciones de existencia” ...el resaltado es mío” (tomado de SECCION TERCERA- SALA PLENA, sentencia. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804).

⁴⁵ “...La Sección Tercera del Consejo de Estado sostiene que **las afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidas como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos** Dentro de esta categoría se deben considerar vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico. La providencia precisa que el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados deben tener las siguientes características: i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la

manifestó en antes, la salud está en un sistema dentro de la seguridad social, los bienes constitucionales o convencionales protegidos, surgen dentro del rol de la RM en el derecho médico. Se parte del principio «de la reparación integral del daño», por ello, la compensación puede ser mediante medidas reparatorias y no indemnizatorias a favor de la víctima y/o núcleo familiar.

Así entonces, *el daño a la salud está en la órbita psicofísica del paciente*, correlativamente la tipología del perjuicio inmaterial le corresponderá un perjuicio material, un perjuicio moral, un daño a la salud (perjuicio biológico o fisiológico), y un bien constitucional o convencional protegido (podemos citar el derecho al honor, al buen nombre, honra, derecho a tener familia, entre muchos más). Lo importante para la articulación del DM y la Responsabilidad Médica, es que, si el daño antijurídico se radica en una «afectación psicofísica»⁴⁶, **el daño a la salud surge como categoría autónoma**, por lo tanto «la responsabilidad», desplaza tipos de perjuicios abiertos, y nos centramos sólo al daño corporal en la connotación de lesión al derecho constitucional de la salud y/o la vida como fundamental.

Concluimos, que el universo de la prestación del servicio de salud en Colombia⁴⁷,

víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales, concluye la sentencia (C.P. Marta Nubia Velásquez). CE Sección Tercera, Sentencia 25000232600020050245301 (34554), Mar. 09/16...el resaltado es mío”. Este precedente de la Sección Tercera indicado, fue tomado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/caracteristicas-del-dano-bienes-o-derechos>).

⁴⁶ “... En mi sentir, a raíz de la vigencia de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad extracontractual del Estado se modificó, en el sentido de que se tiene como único fundamento el elemento daño, lo cual lleva a que sea menos importante el elemento intencional o subjetivo del autor del daño y cobra mayor importancia, tanto para efectos de determinar el régimen de responsabilidad aplicable como para indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas, el daño que experimenta el ofendido tanto en su patrimonio como en su órbita extrapatrimonial, por lo que los regímenes conocidos de responsabilidad ya no son el fundamento sino que se convierten en argumentos jurídicos destinados a obtener la responsabilidad del Estado. El daño antijurídico no es más que aquel daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe o no se presenta ninguna causal que justifique la producción del mismo por parte de la administración, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta. Así pues, con ocasión del artículo 90 de nuestra Constitución Política se exige que se presenten tres requisitos para poder hablar de una responsabilidad patrimonial del Estado...” (tomado de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-rodriguez-506427/el-dano-antijuridico-y-su-funcion-resarcitoria-2183216>).

⁴⁷ La Sentencia T-760/08, indicó los temas y eventos puntuales respecto al derecho fundamental de la salud: “...Comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad (...)Debe ser respetado por las entidades responsables de asegurar y prestar servicios de salud - IPS y EPS - (...) Órganos de regulación y vigilancia del Sistema, tienen el deber de adoptar las medidas para proteger el derecho a la salud- (...)Omisiones por parte de los entes de vigilancia del sistema - Superintendencia de Salud- (...) Servicios de salud que se requieren, de acuerdo con el concepto del médico tratante, en especial si el servicio ha sido ordenado en beneficio de un niño o una niña- (...) Protección cuando el acceso al servicio ha sido obstaculizado mediante la

independiente que la presten los privados o los públicos, denota en relación al rol de la RM unicidad en lo normativo, lo ético, y jurisprudencial.

Se quiere significar, que si bien en la actualidad «la responsabilidad médica» pareciere tener dos jurisdicciones (la Civil y la Contenciosa Administrativa), a la sazón, la responsabilidad iría por un lado como pública y por la otra como privada; esto no del todo cierto. Solo basta leer sentencias de la Corte Constitucional⁴⁸, para entender que la RM, es una sola, sea la jurisdicción que sea, todo porque la salud y la vida se predica es de los humanos, arropados en la dignidad humana. Lo primero a observar (para desvirtuar responsabilidades disimiles entre lo privado y lo público), es que el precedente constitucional de tutela se origina por los numerosos temas de salud *reclamados por los pacientes o usuarios del sistema de salud*, independientemente si el prestador de tal servicio es privado o público (ver puntualmente los temas en los pies de páginas 27-28-29-30-31)⁴⁹.

exigencia previa de que se paguen sumas de dinero, si se carece de capacidad económica-(...)Protección cuando el servicio requerido es un examen o prueba diagnóstica- (...)Protección cuando la persona incumplió el pago de las cotizaciones a la salud, y la EPS se allanó a la mora- (...) Protección cuando el servicio se requiere para enfrentar enfermedades catastróficas y de alto costo-(...) Protección cuando el servicio ha sido interrumpido súbitamente- (...) Protección cuando la EPS, o la entidad del sector de salud encargada, no brinda la información, acompañamiento y seguimiento necesario para poder asegurar a la persona el acceso a un servicio de salud que requiere-(...)Protección cuando el servicio solicitado hace parte integral de un tratamiento que se está recibiendo o que se tiene derecho a recibir- (...)Corte Constitucional ordena adoptar medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y lograr la actualización periódica de los mismos- (...)Corte Constitucional ordena adoptar medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS-...” (tomado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Sentencia-T-760-08.pdf>).

⁴⁸ Por ejemplo la sentencia T-160 de 2008 dice: “...Sentencia T-760/08-DERECHO A LA SALUD-Financiación sostenible y oportuna-DERECHO A LA SALUD-Carta de derechos de los usuarios-DERECHO A LA SALUD-Carta de desempeño de las entidades del sector de la salud--DERECHO A LA SALUD-Indicadores de gestión y de resultados en el ámbito de la salud deben incorporar la medición del goce efectivo del derecho a la salud por parte de las personas-a-DERECHO A LA SALUD-Characterización del derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad-DERECHO A LA SALUD-clases de obligaciones derivadas del derecho a la salud: respetar, proteger y garantizar-DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Comprende la garantía de acceso a servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz-DERECHO A LA SALUD-Existencia de un Sistema de Salud que garantice el acceso a los servicios de salud-DERECHO A LA SALUD-Pertenencia al Sistema y garantía de la prestación de servicios de salud-DERECHO A LA SALUD-Regla para solucionar conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico-DERECHO A LA SALUD-Determinación de la capacidad económica, en cada caso concreto y concepto de carga soportable.” (tomado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Sentencia-T-760-08.pdf>).

⁴⁹ “...Sentencia T-760/08-Súbitamente-DERECHO A LA SALUD-Acceso a los servicios de salud que requieren los sujetos de especial protección constitucional, como las niñas y los niños-DERECHO A LA SALUD-acceso de un menor a un servicio no incluido en el POS y caso de implante coclear-DERECHO A LA SALUD-Trasplante de tráquea y medios necesarios para que una persona vinculada acceda a un servicio de salud en lugar distinto a su domicilio-DERECHO A LA SALUD-Entidad encargada de garantizar el derecho a la salud sólo puede desconocer el concepto de un médico reconocido que no está adscrito a su red de prestadores, cuando su posición se funda en razones

En tal caso, la Corte Constitucional, inicia acumulando procesos, reconociendo tipos de problemas, «que van desde el acceso efectivo al sistema de salud hasta la financiación de los servicios médicos». Claro, la razón de ser de porque la Corte Constitucional colombiana hace un «reconocimiento de tipos de problemas» en el Sistema de la Salud colombiana, es por la definición del «aseguramiento» que regla todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud; ya que el aseguramiento tiene que ver con el Riesgo Financiero, la Gestión del Riesgo, la articulación de los servicios que garantizan el acceso efectivo al servicio, la garantía de calidad en la prestación del servicio de salud, la representación del afiliado ante el prestador y demás actores, sin vulnerar la autonomía del usuario del servicio de salud. Amén de que la misma ley 100 de 1993, habla *de la obligatoriedad para todos los habitantes de afiliarse* al SGSSS. Afiliación que se hace a través del Régimen Contributivo, Subsidiado y Participantes Vinculados (ver artículo 157 de la ley 100 de 1993).

Ahora bien, como «el sistema» General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), parte como se dijo desde el inicio, de la «figura del aseguramiento», el acto médico (directo o indirecto), comprenderá el riesgo propio «asegurado» cuando el médico y/o la institución prestadora del servicio de salud, materializan el riesgo en un daño generador del perjuicio. Es menester, en eso, o bien por la *lex artis* (protocolos para el personal médico o paramédico en relación al acto médico directo) o la normatividad existente en salud para el acto médico indirecto (todo lo relacionado con las instituciones prestadoras de salud), precisar la responsabilidad y su rol en el derecho médico.

A modo de ejemplo, la salud pública, tiene establecido «un plan decenal para la salud 2012-2021». Para los entes territoriales habrá una responsabilidad de «adaptar y adoptar» ese plan. Igualmente, una responsabilidad de monitoreo, seguimiento y evaluación del plan, hasta llegar a la armonía de *las políticas públicas* y la coordinación intersectorial (ver resolución 1841 de 2013). *In extenso*, al menos en materia de la responsabilidad médica estatal, la parte institucional, dentro del rol de la RM, su responsabilidad se evidencia en la transgresión normativa, propia del Sistema

médicas especializadas sobre el caso-...”. La sentencia indica es (tomado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Sentencia-T-760-08.pdf>).

General de Seguridad Social en Salud, cuando no cumple los planes asignados para la calidad de la prestación del servicio de salud, y este incumplimiento, tenga incidencia en la responsabilidad médico-paciente y/o paciente-institución.

6.3.- EL PAPEL QUE DESEMPEÑA LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MÉDICO

Ab initio, el rol de la responsabilidad médica en el DM, gira en torno a la dignidad humana, en tanto el derecho a la salud y la vida son fundamentales al ser humano. El acto médico directo o indirecto, si bien, asume unos riesgos específicos, siempre el análisis de la responsabilidad que genere un daño o lesión al paciente, debe partir del concepto «dignidad humana», es decir, cómo fue tratado el paciente *prima facie* en la relación médico-paciente y/o paciente-institución.

Seguidamente, se plantea ya en la materialidad del actuar médico- institucional, que hay un gran concepto genérico de lo que es «la responsabilidad» aplicable a todas las relaciones jurídicas, y que en Colombia lo trabaja inicialmente el Código Civil. Luego desde el aspecto ético de la profesión de la medicina, el médico responde a su deontología⁵⁰, y así, en el caso del DM, la

⁵⁰ “...La *deontología profesional* es el conjunto de principios y normas éticas de comportamiento que regulan y guían una actividad profesional. Es una rama de la ética cuyo propósito es establecer los deberes y obligaciones morales y éticas que tienen que asumir quienes ejercen una determinada profesión. Se explicita en los llamados códigos deontológicos, habituales en ramas como la medicina o el periodismo, pero se extienden a cualquier otra disciplina en que se trate organizaciones humanas. Un profesional no sólo se mide por sus conocimientos, sino también por su conciencia y conducta. Con base en ello la deontología profesional ofrece unas normas de actuación caracterizadas por la responsabilidad de sus actuaciones. Éstas son muy útiles para el mundo profesional, sobre todo para profesiones con una elevada responsabilidad social (abogados, docentes, psicólogos, médicos...) porque persigue un equilibrio entre la moral y la profesionalidad técnico-científica. Las normas deontológicas, para que sean comprensibles, deben referirse a un grupo social y estar insertas en un contexto determinado en el que además es donde son obligatorias. La deontología, objeto de estudio de una rama de la ética, se encuentra a medio camino entre el Derecho y la moral. Las tres constituyen el orden normativo que regula el ejercicio de las profesiones. Se diferencia del Derecho en que el origen de la deontología profesional no es estatal, sino que emana del propio colectivo profesional, y desde una labor de autorregulación. Y de la moral en que la deontología tiene un carácter colectivo, no se basa en los principios individuales. De igual manera es importante destacar que no es lo mismo deontología que ética. La primera adopta una función de actuación en el área de una colectividad y la segunda hace referencia a la conciencia personal. La deontología son unos mínimos aprobados por los profesionales de un determinado colectivo profesional que, como ya hemos visto, quedan recogidos en unos códigos. En cambio, la ética, al no estar orientada al deber sino al bien, no puede ser exigible para un colectivo ni está recogida en ningún documento. La ética se centra en determinar y perfilar el bien de una determinada profesión y la deontología en definir cuáles son las obligaciones concretas de cada actividad...” La cita arriba mencionada, cuya importancia se basa en el ejercicio profesional del médico, y así, su deontología, es tomada vía internet, desde la dirección indicada a continuación:

responsabilidad médica, está regulada disciplinariamente por la ley 23 de 1981. El médico, acorde a esa ley, establece una relación con el paciente, con sus colegas. Debe prescribir, llevar una historia clínica, guardar el secreto profesional; igual, tiene unas relaciones con las instituciones donde labora, asume a su vez, unas relaciones con la sociedad y el Estado, y queda sujeto a unos órganos de control (Tribunales de Ética Médica) y a un régimen disciplinario. Hay un engranaje de «la responsabilidad» entre lo ético, legal y disciplinario. El trabajo no abordó el tema de «las sentencias de los Tribunales de Ética Médica». Sin embargo, desde la perspectiva del rol de la RM generalmente los fallos disciplinarios, analizan mejor la *lex artis* (conjunto de prácticas médicas)⁵¹. El razonamiento de las sentencias de esos Tribunales, es elaborada por los mismos médicos, por ende, ilustran y explican mejor, que protocolos fueron vulnerados por el médico, en su actuar; para llegar a la conclusión de una RM. Esto es un indicativo que el rol la responsabilidad en el DM, sigue un ordenamiento propio desde el análisis de la *lex artis*.

Es menester, acotar dentro del rol que desempeña la RM en el derecho médico, el tema «institucional» en cabeza de las instituciones hospitalarias. Como se viene sosteniendo, el asunto institucional sería tratado como un «acto médico indirecto», porque es la relación paciente institución, bajo los presupuestos de la calidad del servicio médico operativo o técnico para disminuir el riesgo en salud. La acreditación institucional en salud⁵², el sistema único de

http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASNjQ0tjtbLUouLM_DxbIwMDS0NDA1OQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAmUuXDzUAAAA=WKE

⁵¹ “...El término Lex Artis proviene del latín que significa LEY DEL ARTE, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Por su parte la doctrina española nos ha definido la Lex Artis como la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme a cuidado objetivamente debido. No cabe la aplicación de la Lex Artis a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la Lex Artis es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional...” (tomado de www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf). Véase como la *lex artis*, es una normatividad exclusiva para el médico, **lo cual presupone que la primera responsabilidad normativa está en esa *lex artis***, y luego sí, en el campo de la responsabilidad del Derecho Médico, las normas generales de la responsabilidad aplican íntegramente.

⁵² “...Conjunto de procesos, procedimientos y herramientas de implementación periódica por parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud, las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Ocupacional, utilizados voluntariamente para demostrar el cumplimiento gradual de niveles de calidad superiores a los requisitos mínimos obligatorios, para la atención en salud, bajo la rectoría del Ministerio de Salud, vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud y operación de las entidades inscritas en el Registro Especial de Acreditadores en Salud...”. Esta anotación que está definida por la ley fue (Tomado de: <http://www.acreditacionensalud.org.co/Paginas/EstAcr.aspx>).

habilitación⁵³, demuestran como las instituciones hospitalarias, deben normativamente hablando cumplir ciertos parámetros legales, con el fin de que, en materia de responsabilidad médica, el DM asuma su rol exclusivo en materia de salud para esas instituciones hospitalarias.

Por último, el rol que desempeña la responsabilidad en el derecho médico, debe terminar avocándose desde, el «Sistema de Seguridad Social Integral», su «Reglamentación», y bajo la estructura del principio del «aseguramiento». Por ende, la responsabilidad médica, tendrá sus propios parámetros o baremos, sin que se desconozca el rol que desempeña la Responsabilidad General del Derecho en el DM.

De alto valor conceptual, para el tema de la responsabilidad médica es como se prueba esa responsabilidad. La Responsabilidad Médica, *prima facie* en el acto médico directo se configura por “la culpa probada del médico”. La carga probatoria está en quien alega el daño (esta afirmación se matiza por los nuevos lineamientos probatorios del Código General del Proceso, porque ese Código introducen expresamente la carga dinámica de la prueba). Sin embargo, en la responsabilidad estatal, el Consejo de Estado, al ver que había dificultades probatorias del paciente al momento de demostrar la culpa (falla del servicio) y nexo causal para el daño, hablaba era de la carga “dinámica de la prueba” (ya hoy está normado este tema).

Desde lo normativo, el Código General del Proceso ahora introduce la carga dinámica de la prueba (artículo 167 inciso segundo)⁵⁴. Es decir, dentro de un proceso, *la carga probatoria está en quien este en mejores condiciones de aportarla*. En la Jurisdicción Civil, se habla es del deber

⁵³ “...Es el conjunto de normas, requisitos y procedimientos mediante los cuales se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el Sistema, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los prestadores de servicios de salud y las empresas administradoras de planes de beneficios (EAPB)...”. (Tomado de <https://www.minsalud.gov.co/salud/PServicios/Paginas/Sistema-unicode-habilitacion.aspx>).

⁵⁴ “...No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares...” (tomado de http://leyes.co/codigo_general_del_proceso/167.htm)

de aportar las pruebas que cada parte desea hacer valer. “deber-obligación de todas las partes de aportación de las pruebas”.⁵⁵

En todo caso, la prueba es el elemento fundante para hablar de la responsabilidad como tal. Luego sí, y acorde a los parámetros jurisprudenciales, se maneja la prueba usando todos los medios probatorios permitidos por los códigos procesales y/o el Código General del Proceso⁵⁶, para entrarnos en la RM en el derecho médico, desde la perspectiva de entender que la responsabilidad médica, responde a «un sistema» que nace por el «aseguramiento»; bajo la premisa que la salud y/o la vida se fundan en «la dignidad humana».

6.4.- CONCLUSIONES

El trabajo evidencia que «la responsabilidad», es un concepto que atañe a las relaciones interpersonales y/o institucionales. El Estado media mediante los órganos judiciales y/o administrativos (burocracia), para que estos establezcan de quien es la responsabilidad. A su vez, hay una legislación general sobre «las obligaciones» nacidas del Derecho Civil, Comercial, Contencioso Administrativo, Constitucional, y otras ramas del derecho o disciplinas.

⁵⁵ “...La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia recordó que, fruto de la evolución jurisprudencial que en Colombia ha tenido la responsabilidad médica, desde hace algún tiempo se venía aplicando la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, en virtud de la cual debe identificarse “si es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos” o si, por el contrario, esa facilidad la tiene la parte opuesta, tanto en lo que refiere a la “falla del servicio” como a la “relación de causalidad”. Sin embargo, la corporación hizo ver que hoy se viene criticando, desde el punto de vista de la teoría jurídica, que se hable de la existencia de una carga de la prueba en cabeza de una de las partes y, de la misma forma, que se pretenda trasladar esa carga a quien no busca obtener los efectos de la decisión que reclama tal demostración, para sostener que lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión. Esto, según la Sala, conduce al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de entregar, lo cual calificará el juez en su momento, y es lo que en la actualidad hace parte del nuevo concepto del “deber-obligación de todas las partes de aportación de las pruebas”. Aun así, a esta noción le es aplicable la premisa según la cual, ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la responsabilidad debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien en últimas le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (M. P. Álvaro Fernando García). Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-218282017 (08001310300920070005201), Dic. 19/17...” (tomado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/sigue-vigente-el-concepto-de-carga-dinamica-de-la-prueba-en-procesos>).

⁵⁶ Los medios de prueba relevantes para probar la responsabilidad médica, van desde la prueba documental, testimonial, pericial, indiciaria, inspección judicial, prueba por informes, confesión, declaración de parte; hasta el juramento estimatorio. El artículo 165 del CGDP dice «165. **Medios de prueba.** Son **medios de prueba** la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros **medios** que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.» (tomado de https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/165.htm).

Las relaciones obligacionales en el derecho, nacen respecto a las personas y las cosas. En tratándose de las personas, hay una relación jurídica particularísima, tal y como es «la salud y la vida». *Prima facie*, el DM tiene que ver con ese tipo de relaciones donde se involucra la salud y la vida. En la relación médico-paciente y/o paciente institución, se puede generar una «responsabilidad médica». Así entonces, debe pensarse que rol juega la RM en el Derecho Médico.

Se asume, tal y como se evidenció en el trabajo, que «la responsabilidad» en el DM, participa de connotaciones particulares, en el sentido de interpretar como debe ser la responsabilidad en el tema médico. La construcción de la RM, se está haciendo por la casuística de las altas Corte en Colombia. Esto significa, que la construcción jurisprudencial convalida que la RM en el derecho médico, debe articularse desde una normatividad propia al actuar médico, bajo el denominado acto médico directo y/o indirecto⁵⁷ y el sistema al que pertenece acorde a una normatividad propia (por ejemplo, la ley 100 de 1993, entre otras normas del sector salud).

Se demostró que existe una abundante legislación sobre el tema de la salud en Colombia, pero que la misma no está compilada en un Estatuto o Código. Ahora bien, históricamente, el recorrido de la responsabilidad en Colombia, lo ha trazado la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; advirtiéndose que también, los Tribunales de ética Médica, tiene abundante jurisprudencia sobre el tema de la responsabilidad médica desde el aspecto de la ética del profesional de la medicina. Con la ley 100 de 1993, se confirma que la salud está dentro de «un Sistema de Seguridad Social Integral». Esto implica que la visión de la RM debe analizarse dentro de lo que ocurra en ese sistema, porque la concepción política de Estado respecto a la salud (conforme a la ley y el precedente judicial) está basada en el «aseguramiento».

Desde la perspectiva del aseguramiento, la responsabilidad directa e indirecta del sistema de salud, daría la razón para hablar de la RM como autónoma (aunque elementos generales de la

⁵⁷ Para una mejor comprensión del «acto médico», la médica Leny Andrea Jojoa Pinchado, en este mismo libro, desarrolla el tema «Elementos del Derecho Médico», los cuales están constituidos por la relación médico paciente, el consentimiento informado, el secreto profesional, la historia clínica, la responsabilidad médica, y el «acto médico». El acto médico se desarrolla ampliamente en el texto citado. Lo cual llevara a una mejor comprensión, de la responsabilidad en el DM, desde la visión de los elementos del derecho médico; en tanto, las fallas o errores en los formalismos del consentimiento informado, la historia clínica, entre otros, generan la RM.

responsabilidad Civil son pertinentes para la argumentación jurídica). Hay una norma que reglamenta el sector salud y la protección social tal y como es el decreto 780 de 2016, esta norma y demás complementarias podrían tomarse como «la ley marco»⁵⁸ en el tema de RM, desde el aspecto del acto médico indirecto (riesgo técnico), o sea, todo lo que rodea el servicio médico (procesos de calidad y seguridad del paciente) que suele estar en cabeza de la institución prestadora de salud.

A su vez, la *lex artis*, se tomaría como guía en la relación médico-paciente y el rol de la RM en el acto médico directo o riesgo primario. Ahora bien, la responsabilidad en el DM, cuando se analiza el acto médico indirecto, vemos cómo afecta el denominado acto «médico directo o riesgo primario»; en la persona del médico o su personal paramédico. ¿Por qué?

La RM en el Derecho Médico, visto como un sistema, posibilita que el acto médico indirecto o «el riesgo técnico» (por aquello del aseguramiento), termine comprometiendo al médico tratante o su personal paramédico porque, al ser un «Sistema de Salud y Seguridad Social» el sistema se estructura *ab initio* por sectores (centralizado, descentralizado, entre otros, estatalmente hablando)⁵⁹. De todo este andamiaje institucional o «riesgo técnico», pende el acto médico directo o riesgo primario, en la medida que, por y con ocasión de una falla o error de esas estructuras, órganos, comisiones; el acto médico directo puede terminar fallido.

⁵⁸ Ver el ensayo *Sistema de Salud en Colombia y sus Características*, en este mismo libro, escrito por German Alexander Caicedo Martínez, que de forma muy acertada hace el tratamiento de la «Historia de la Seguridad Social en Colombia» la cual, según Caicedo Martínez, citando a Fortich Lozano, se remonta a tres épocas (ver el texto completo).

⁵⁹ Creándose, por ejemplo: el Ministerio de Salud y Protección Social, el fondo de solidaridad y garantía (fosyga), el fondo de salvamento y garantías para el sector salud (fonsaet). Así mismo, se establecen Órganos Sectoriales de Asesoría y Coordinación, por ejemplo: el Consejo Nacional de Control de Zoonosis, el Consejo Nacional de Sida, la Comisión de Acreditación y Vigilancia de los laboratorios que practican las pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN, la Comisión Nacional Intersectorial para la Red Nacional de Laboratorios, la Comisión Intersectorial para la Prevención del Reclutamiento y utilización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes por grupos organizados al margen de la ley, la Comisión Intersectorial para el talento humano en salud, la Comisión Intersectorial de Seguridad alimentaria y nutricional CISAN, la Comisión Intersectorial para el control del consumo abusivo del alcohol, la Comisión Nacional Intersectorial para la promoción y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, la Consejo Nacional de Discapacidad, la Comisión Intersectorial para la operación del sistema de registro único de afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral y de Protección Social, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, la Comisión Asesora de beneficios, costos, tarifas y condiciones de operación del aseguramiento en salud, la Comisión Intersectorial de Salud Pública, Instancia de Coordinación y Asesoría dentro del Sistema General de Seguridad Social. Consejo Nacional de Salud Mental, entre otros.

Igualmente, en el Sector Descentralizado estatal, también encontramos las Entidades Adscritas⁶⁰, Así mismo, encontramos entidades Vinculadas⁶¹, que también, permiten incurrir en errores o fallas, que imposibiliten el acto médico directo. Esta apreciación (acto médico directo fallido), citada arriba, hace parte de la RM estatal, en cuanto a la omisión o extralimitación desde la perspectiva del «daño antijurídico» que se contempla en la constitución colombiana (artículo 90), ósea, cuando el paciente «no se está en el deber jurídico de soportar esa carga (la antijuridicidad)»⁶².

Ahora bien, entrando de lleno al «riesgo técnico o acto médico indirecto» que aparece con el tema del Régimen Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en la relación paciente-institución-entidades de control, nos topamos con otras novedades posibles de RM, desde el concepto de «afiliación al sistema»⁶³. La Corte Constitucional, mediante las tutelas (ver pie de páginas 33-34-35), evidencia todos estos riesgos técnicos, y los tutela; por ende, la RM en el acto médico indirecto aparece conexas a la responsabilidad del acto médico directo o riesgo primario, pues el acto médico directo se frustra la mayoría de veces, porque un riesgo técnico, se materializa y genera la respectiva responsabilidad médica. Responsabilidad que debe ser analizada desde el sector médico-hospitalario.

De la misma manera, cuando se habla de las Instituciones Prestadoras de Salud y/o los aportes, o de los planes de atención, y otros⁶⁴, terminan afectando también, el acto médico directo

⁶⁰ Tales como: el Instituto Nacional de Salud – INS, Invima, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, la ESE, Instituto Nacional de Cancerología – la ESE, Sanatorio de Agua de Dios – la ESE, Sanatorio de Contratación -la ESE, la Superintendencia Nacional de Salud.

⁶¹ Tal como: la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom. Otras Entidades del sector salud, tal como: el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud -IETS.

⁶² “...Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"...". (Tomado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=5754).

⁶³ La afiliación al sistema de seguridad social en salud, el sistema de afiliación transaccional, las reglas de afiliación comunes a los regímenes contributivo y subsidiado, la afiliación en el régimen contributivo, la afiliación en el régimen subsidiado, traslados y movilidad, mecanismos para garantizar la continuidad del aseguramiento en salud, los efectos de la mora en el pago de las cotizaciones y garantía de la atención en salud, entre otras disposiciones.

⁶⁴ Así como, por ejemplo, la revocatoria de la habilitación o de la autorización o intervención forzosa administrativa para liquidar una EPS, de la portabilidad o garantía de la accesibilidad a los servicios de salud, en cualquier municipio del

o riesgo primario, porque el médico o el personal paramédico, responde a la complejidad de ese «sistema», el cual en teoría funciona articuladamente. Cuando «el sistema» no funciona, el usuario o paciente del sistema de salud, *ab initio* acude vía tutela para que le tutelen sus Derechos Fundamentales directos o indirectos (vida-salud), y de ahí (sentencia de tutela), estructuramos la responsabilidad en el DM.

De casi todos estos ítems mencionados, la Corte Constitucional, los ha venido resolviendo, bajo la premisa que la salud es un Derecho Fundamental. Siendo así, la RM en el Derecho Médico, tiene autonomía de materias a tratar específicamente, acorde a las normas nacidas para «el Sistema de Salud y Seguridad Social en Colombia».

Es necesario precisar, que no solo el actor es «el Estado» en temas de salud y seguridad social. Los particulares que prestan «el Servicio Público de Salud y Seguridad Social» en el sistema, también participan en construir e incidir en el acto médico indirecto, y, por ende, *en el fallido acto médico directo*. En la RM, por ejemplo: reglas para aseguradores y prestadores de servicios de salud, el sistema obligatorio de la garantía de la calidad de la atención en salud, el sistema obligatorio de garantía de calidad de atención en salud del sistema general de seguridad social en salud – SOGCS, las normas sobre habilitación, el Sistema de información para la calidad, Sistema Único de Acreditación; si no se cumplen, denotan Responsabilidad Médica.

Una intuición que puede nacer de este trabajo, es que la RM, puede llegar a ser compartida (en la mayoría de casos) entre el Estado y los particulares prestadores del servicio médico (acto directo o indirecto). Desde esta perspectiva los Jueces, Civiles, Administrativos, deberán resolver los casos acordes «al Sistema de Salud y Protección Social», entendiendo que el derecho médico es uno solo, manejando su propia RM dentro del sistema que se creó para fundar una RM

territorio nacional, para todo afiliado al sistema general de seguridad social en salud, los aportes del régimen contributivo, sus reglas para el pago de aportes, el ingreso base de cotización, la cobertura, las prestaciones económicas, los planes voluntarios de salud, el plan de atención complementaria, el régimen subsidiado, la dirección y administración del régimen subsidiado, recursos del régimen subsidiado, la administración de los recursos del régimen subsidiado, las reglas para las entidades territoriales para el giro de recursos del régimen subsidiado, el pago de deudas del régimen subsidiado, el destino, uso y vigilancia de las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de licores, atención a población no asegurada.

independientemente que la presten los particulares o el Estado, porque ínsita esta «la dignidad humana».

Este trabajo en su introducción, para una mejor comprensión de la RM en el derecho médico, habló del acto médico directo o el riesgo primario, en cuanto el acto médico se ejercía directamente sobre el organismo del paciente. Para establecer la RM en ese tipo de acto médico, se acudía a las guías o protocolos médicos (*lex artis*); sin embargo, en aspectos como los mencionados arriba (los institucionales), el acto médico era considerado indirecto, porque era todo lo que rodeaba el servicio médico como tal, en eso, el riesgo era técnico⁶⁵, y para establecer la RM, se acudía a los procesos de acreditación y habilitación (ver las definiciones de esos términos en los pie de páginas 47 y 48). Todo termina, desde el punto de vista del acto médico indirecto, en la calidad y seguridad del paciente.

La premisa básica para hablar la RM en el Derecho Médico, es la figura del «aseguramiento», dentro de un sistema que implemento la ley 100 de 1993 y demás normas complementarias. Por lo tanto, el rol de la responsabilidad en el DM se vuelve autónomo, y si se acude a la Teoría General de las Obligaciones del Derecho Civil, es para complementar Principios Generales del Derecho.

⁶⁵ Sin embargo, Jaime Eduardo Díaz Mendoza, plantea en su ensayo *Historia del Derecho Médico* (ver su ensayo en este mismo libro), que hay una responsabilidad nacida de la transversalidad de las ciencias y tecnologías vinculadas con la salud humana. Dice Díaz Mendoza: "...En consecuencia podemos asegurar que el derecho médico actual, no solo se refiere a la relación de los profesionales de la salud con el paciente, con el sistema privado y estatal de salud, con la organización del servicio de salud y las responsabilidades jurídicas de nacen de todas estas inter relaciones, el derecho médico también incluye la responsabilidad y relaciones jurídicas con todas las ciencias y toda la tecnología vinculada con la salud humana, por ello incluye los problemas jurídicos relacionados con la aplicación de técnicas genéticas, técnicas bioquímicas, técnicas biofísicas, hasta técnicas informáticas, sin embargo ya existen autores que aconsejan que el término derecho médico debe entrar en desuso y debemos hablar en un sentido más amplio de Bioderecho...". Es decir, el derecho médico, amén de plantear la responsabilidad como «un riesgo técnico», tal como lo muestra nuestro ensayo; presenta en los denominados núcleos problemáticos de la medicina (aborto, eutanasia, distanasia entre otros) y las aplicaciones bioquímicas, biofísicas, informáticas; concitadas en el Bioderecho, otro tipo de responsabilidad que requerirá en la medida que se legisle sobre estos temas, mayor precisión del legislador sobre ese tipo de responsabilidad sobreviniente. Nuestro trabajo no llega hasta ese alcance, pero conforme a todos los ensayos incorporados a este libro, y en particular los de Díaz Mendoza y Rotawisky Ortiz, quienes abren desde la visión del Bioderecho una clase de responsabilidad surgida de la transversalidad de las técnicas bioquímicas, biofísicas, informáticas, es claro otro tipo de responsabilidad cuando hablamos del Bioderecho. Hans Jonas, en su libro *El Principio de Responsabilidad*, nos habla de una ética para la civilización tecnológica. Sugiero la lectura del acápite III del libro mencionado sobre «las nuevas dimensiones de la responsabilidad».

La premisa «del aseguramiento», lo evidencia claramente el decreto 780 de 2016, articulando las expresiones «afiliación, afiliado, datos básicos, inscripción a la Entidad Promotora de Salud - EPS, movilidad, novedades, registro, traslados, traslado de EPS dentro de un mismo régimen, traslado de EPS entre regímenes diferentes, y validación». Regularmente para establecer *ab initio*, el «aseguramiento» partimos de la afiliación, acto que «da ingreso al Sistema General de Seguridad Social en Salud que se realiza a través del registro en el Sistema de Afiliación Transaccional, **por una única vez**, y de la inscripción en una Entidad Promotora de Salud — EPS — o Entidad Obligada a Compensar — EOC».

Entonces, esa afiliación, da la calidad de afiliado por lo cual, se le «otorga el derecho a los servicios de salud del plan de beneficios que brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud y prestaciones económicas». Si partiéramos de lo meramente legal, la RM en el Derecho Médico, partiría «del aseguramiento». Lo cual infiere *la participación del Estado en las políticas públicas en salud*⁶⁶ para que toda la población éste «asegurada».

Sin embargo, vimos que una de las complejidades del sistema, era «el acto médico» que nace de la relación médico-paciente y paciente institución. Esas complejidades sobre la responsabilidad extracontractual médica, se viene resolviendo por la casuística, gracias a los precedentes judiciales de las altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional). Lo que se quiere indicar ya para finalizar, es que la RM en el Derecho Médico, si bien, *prima facie* la fundamentamos en la mera relación médico-paciente, en tanto la casuística, conoce casi siempre del acto médico directo o riesgo primario; la RM está complementada con el «aseguramiento», que permite el nacimiento del aforismo “*alterum non laedere*” (el deber de no dañar a nadie). Es decir, se pone de relieve que en ese «aseguramiento» también está el acto médico indirecto o riesgo técnico, que en la mayoría de veces, la Responsabilidad Médica está ahí, en ese riesgo técnico, pues por el principio de solidaridad que los ordenamientos jurídicos radican en las instituciones prestadoras de salud, la institución termina respondiendo; porque el actuar del médico o su personal paramédico, más el propio riesgo institucional (acto médico indirecto), confluyen al tema del rol de la responsabilidad en el DM.

⁶⁶ Ver para entender que es una política pública, el pie de página 37.

Aún más, se puede asegurar, que la RM médica es mejor tratarla con los dos actos médicos (directo e indirecto)⁶⁷ bajo la premisa que El «aseguramiento y la responsabilidad médica hace parte es de un Sistema de Seguridad Social Integral», y no, a un sistema de leyes, como por ejemplo, el Código Civil o Contencioso Administrativo, Código de Comercio, u otros; que si bien, hablan de la responsabilidad; el tema de la salud y la vida de los pacientes, son bienes jurídicos de la persona en su integridad físico-psicológica; tratados como Derechos Fundamentales, partiendo de que toda relación médico -paciente y/o paciente institución, se basa en el concepto de la Dignidad Humana.

La idea de la autonomía de la responsabilidad médica, permite crear y desarrollar realmente el «Sistema de Seguridad Social Integral», y «La Reglamentación del Sector Salud y Protección Social», que se estructuraron bajo el principio del «aseguramiento»⁶⁸.

En Colombia se da ingreso al Sistema General de Seguridad Social en Salud (como se dijo arriba), mediante el registro en el Sistema de Afiliación Transaccional, por una única vez, y de la inscripción en una Entidad Promotora de Salud (EPS) o Entidad Obligada a Compensar (EOC). Es decir, desde «el sistema» se opera todo el tema de la responsabilidad médica en el DM.

La Responsabilidad Médica en el Derecho Médico es autónoma e independiente, porque hace parte de «un Sistema Integral de Salud y Seguridad Social» que se concreta mediante el «aseguramiento»⁶⁹. Huelga decir, que la responsabilidad tradicional debe quedarse en los

⁶⁷ José Eduardo Maya Ayubi, en su ensayo *Principios del Derecho Médico*, escrito en este libro, tematiza de forma muy clara los principios del derecho médico, por lo cual hilando ese tema con el tópico del acto médico directo e indirecto, nos da la razón de trabajar el rol de la responsabilidad medica desde los dos aspectos del acto médico. Maya Ayubi, referencia desde «los principios» del derecho médico, que estos se extienden al médico, al personal paramédico, y a la institución prestadora de salud. Magistralmente anota: “...Es menester así considerar que la atención de la salud comporta una dinámica particular atendiendo a tres grupos relevantes de principios en su aplicación: Principios en cuanto a la ética del profesional de la salud, Principios en cuanto a la relación del profesional de la salud con el paciente, Principios en cuanto al servicio sanitario.” (ver su ensayo en este texto).

⁶⁸ Ley 100 de 1993 y decreto 780 de 2016. Ver también la ley 1164 de 2007 (Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud.La salud). Ley 1438 de 2011 (Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones). Es muy difícil que, con la normatividad actual sobre salud como un sistema, los precedentes judiciales de la Corte Constitucional, respaldando la salud como derecho fundamental, la RM no genere plena autonomía interpretativa respecto al acto médico (directo e indirecto).

⁶⁹ El aseguramiento tiene que ver con el riesgo financiero, la gestión del riesgo, la articulación de los servicios que garantizan el acceso efectivo al servicio, la garantía de calidad en la prestación del servicio de salud, la representación del afiliado ante el prestador y demás actores, sin vulnerar la autonomía del usuario del servicio de salud.

ordenamientos o códigos respectivos a sus áreas (penal, civil, administrativo, comercial, entre otros); y reconocer que la RM en el Derecho Médico, se constituye *per se* con el Sistema de Seguridad Social Integral. Al menos ya las altas Cortes lo vienen reconociendo, bajo el principio de que en la RM no se argumenta propiamente *la legalidad del sistema de salud*, sino la fundabilidad de la responsabilidad *en un sistema de derechos fundamentales*, acorde a los lineamientos de la Corte Constitucional colombiana. Esto implica, que toda la normatividad en salud y/o la *lex artis*, deben ser priorizadas en la interpretación del rol de la responsabilidad en el derecho médico. Como la jurisprudencia lo viene reconociendo de forma pacífica **«el daño a la salud surge como categoría autónoma»⁷⁰**. Y desde esta autonomía, el rol de la RM en el derecho médico, podrá construir autonomía en el tratamiento de la responsabilidad bajo *la lex artis*, el precedente judicial, y la normatividad que fundo desde 1993 la ley 100, y demás normas complementarias (indicadas en este trabajo y en los ensayos que componen este libro), el denominado «Sistema de Seguridad Social Integral», y «La Reglamentación del Sector Salud y Protección Social», que se estructuraron bajo el principio del «aseguramiento», teniendo en cuenta siempre la dignidad humana en la relación médico-paciente y/o institución.

De igual manera, se comentó que el derecho médico, se trabaja por los denominados «ejes temáticos» (ver capítulo 6.1 Antecedentes Jurisprudenciales En La Responsabilidad Médica). En estos ejes que nacen de toda la normatividad en salud, el rol de la responsabilidad en el DM, se circunscribe a la salud propiamente (como enunciado normativo constitucional), a la salud pública en general (por aquello de vivir en un Estado Social de Derecho), a los derechos del paciente (que

⁷⁰ Desde esta respectiva (categoría autónoma el daño a la salud), podemos incluir como lo hace Luz Adriana Rotawisky Ortiz, en su ensayo *La Necesidad de una Configuración Temática del Derecho Médico en Colombia* (ver su ensayo en este libro), el Bioderecho, desde «la autonomía del daño a la salud». Ella dice citando a Fernanda Schaefer Rivabem: “...Además, menciona la autora que, si bien el bioderecho se encuentra en una fase anterior al reconocimiento de nueva disciplina, su desarrollo es inminente por cuanto sus fundamentos epistemológicos se consolidan a partir de la visión constitucional y del reconocimiento de la persona humana como valor y fuente de todo el ordenamiento jurídico, principalística que nuestro ordenamiento comparte. En ese mismo sentido, la autora defiende el bioderecho como un microsistema jurídico con características, fundamentos y principios propios, los cuales establecen un nuevo orden jurídico sobre asuntos resultantes de la biotecnología y su intervención sobre la vida humana en sus más diversos aspectos...”. Aun que no sobra advertir, que la cita, no parte propiamente de la autonomía del «daño a la salud» como la jurisprudencia constitucional colombiana lo recoge, sino que se habla es de un «microsistema» jurídico. La ventaja del tratamiento del daño a la salud como categoría autónoma, es que hace macro el advenimiento del rol de la responsabilidad en el derecho médico, y entonces, cabría de forma amplia hablar de un Bioderecho. De ahí porque Luz Adriana Rotawisky Ortiz, en su ensayo pregonó la necesidad de una configuración temática del derecho médico en Colombia. Lo cual habilitaría que la responsabilidad y su tratamiento se haga desde la autonomía del DM.

nacen de los principios éticos y morales de la medicina), la gestión del riesgo y las responsabilidades (que nacen del aseguramiento, que establece el sistema de salud en Colombia), la financiación del sistema y las tecnologías en salud (que diseña el sistema bajo el principio del aseguramiento).

Por último, institucionalmente hablando, el ciclo de la salud se cierra, cuando se habla de la acreditación institucional en salud y su sistema único de habilitación, porque se demuestra como las instituciones hospitalarias, deben normativamente hablando, cumplir ciertos parámetros legales, con el fin de que en materia de responsabilidad médica, asuman junto al médico y el personal paramédico la responsabilidad respectiva desde la visión del acto médico que nace desde un sistema Seguridad Social Integral y la Reglamentación del Sector Salud y Protección Social.

En el contenido completo de este libro *fundamentos del derecho médico*, las ponencias que se leen, reivindican paso a paso la necesidad de que el aplicador administrativo y/o jurídico entiendan que hay un derecho médico, y como tal, tiene prioridad en la aplicación interpretativa de casos. *La Necesidad De Una Configuración Temática del Derecho Medico en Colombia*, escrito por Luz Adriana Rotawisky Ortiz, así como, el ensayo *Historia Del Derecho Médico*, escrito por médico y abogado Jaime Eduardo Díaz Mendoza, igualmente, *Elementos Del Derecho Médico*, escrito por la médica Leny Andrea Jojoa Pinchao. De igual manera, *Principios Del Derecho Médico*, escrito por José Eduardo Maya Ayubi, lo mismo que *El Sistema De Salud En Colombia y Sus Características*, escrito por German Alexander Caicedo Martínez, y por último, los ensayos *Derecho a La Salud V/S Responsabilidad Medica*, escrito por ..., *Normatividad Frente Al Registro De La Actividad Médica*, escrito por José Luis Tenorio Rosas, y *El Contrato De Maternidad Subrogada en España: ¿Ante Un Fraude De Ley?*, escrito por Jennifer Stella Marín Ordóñez y Gerard Rincón Andreu; llevan al lector paso a paso, a que comprenda porque el derecho médico, tiene una temática, una historia que contar, unos elementos que lo hacen distinto a otras áreas del derecho, unos principios orientadores de la práctica médica y hospitalaria, así como, la existencia de un sistema de salud con sus características, unos registros que el médico y su personal deben llevar; hasta llegar al análisis del rol de la responsabilidad médica en el derecho médico.

6.5.- BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H. (2013) ¿Qué es la política? Barcelona (España): Paidós editorial.

Ash Samanta & Jo Samanta. (2011), Medical law. London: Palgrave Macmillan Law Masters.

Cantor Rey, E. y Rey Anaya, A. M. (2008). Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Temis Editores, IIDH, UNAM.

Dworkin, Ronald. (1995), Los Derechos en Serio: Ariel Derecho Editores.

Gargarella, R. (2013), Las teorías de la justicia después de Rawls. Barcelona: Paidós Editora.

Herring, J. (2012), Medical Law. London: Routledge Revision.

Jonas, H. (1995), El principio de responsabilidad -Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder.

López Morales, J. (1977), Responsabilidad Extracontractual del Estado- ochenta años de jurisprudencia- (1896 a 1976).

McLeod, I. (2010), Legal Theory. New York: Palgrave Macmillan law Masters Editors.

McLeod, I. (2011), Legal Method. New York: Palgrave Macmillan law Masters Editors.

Ospina, G. (2016). Régimen general de las obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Parra, J. (2014). Manual de derecho probatorio (18a ed.). Bogotá: Librería Ediciones el Profesional Ltda.

Posner, Richard A. (1995), Overcoming Law. Harvard University Press.

Ramírez Quinche, M. F. (2005). Vías de Hecho- Accion de Tutela Contra Providencias-. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Rawls, J. (1996). Political Liberalism. New York: Columbia University Press.

Rodríguez Alessandri, A. (1983). Derecho Civil-Teoría de las Obligaciones. Bogotá: Librería Ediciones el Profesional Ltda.

Sánchez M´Causland, M.C. (2015), Tipología y Reparación del Daño Inmaterial en Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Serrano, E. (2000). Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Séroussi, R. (1998), Introducción al derecho inglés y norteamericano. Barcelona: Ariel Editores

Tamayo, J. (2011). Tratado de responsabilidad civil. (Tomo I y II). Bogotá: Editorial Legis.

Vergara, L. (2018). Sistema maestro de Responsabilidad civil. Buenos Aires (Argentina): Thomson Reuters Editora.

Volk, C. (2015). Arendtian Constitutionalism- Law, politics and the order of freedom. Oxford: Hart Publishing.

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No: 11878 (CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 10 de febrero de 2000). Recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52584133>

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 41001 3103 0004 2000 00042 01 (MP. Pedro Octavio Munar Cadena; 22 de Julio de 2010). Recuperado de http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj_22-07-2010_resp_contractual.pdf

Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-118A (MP. Mauricio González Cuervo; 12

de Marzo de 2013). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T118A-13.htm>

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicación No.50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) (CP. Danilo Rojas Betancourt; 5 de Marzo de 2015). Recuperado de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/50001233100020020037501.pdf>

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No.25697. (CP. Ramiro Pazos Guerrero; 31 de Agosto de 2015). Recuperado de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/15001233100019951501701.pdf>

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera, Radicado No.850012331000200500630-01 (37.387) (CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 13 de Junio de 2016). Recuperado de http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/21-06-2016_85001233100020050063001.pdf
26

Corte Constitucional, Sala primera de Revisión. Sentencia T-064 - T- 4520399 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 13 de febrero de 2015)

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9721-2015/2002-00566 (MP. Fernando Giraldo Gutiérrez; 27 de julio de 2015)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. Sentencia 850012331000200500630-01 – 37.387. (MP. Carlos Alberto Zambrano; 13 de junio de 2016)

Constitución Política de Colombia (2016). Legis Editores.

Corte Constitucional, Sala segunda de Revisión. Sentencia T-270 - T-5.891.185 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 28 de abril de 2017)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. Sentencia

660012331000200800153 01 – 54.781 (MP. Marta Nubia Velásquez Rico; 30 de agosto de 2017)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 11001310303220120044501– SC2465-2018 (MP. Luis Armando Tolosa Villabona; 12 de enero de 2018)

Corte Constitucional, Sala sexta de Revisión. Sentencia T-074 - T- 6.346.931 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; 02 de marzo de 2018)

Corte Constitucional, Sala sexta de Revisión. Sentencia T-158 - T-6.469.946 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; 24 de abril de 2018)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. Sentencia 25000-23-26-000-2004-02010-01 – 41390 (MP. MARÍA ADRIANA MARÍN; 26 de abril de 2018)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 73001310300220110024201 – SC2465-2018 (MP. Ariel Salazar Ramírez; 29 de junio de 2018)