

LA SALUD Y EL ESTADO: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO DE UN DERECHO EN CRISIS

M.Y. Arango Jordán*; V.A. Marín Contreras*; E.H. Mina Mina*; L.M. Sandoval Moreno*; M. Zapata Mina*

RESUMEN

Continuamente se presenta una confusión alrededor del concepto de salud, en cuanto se busca saber si este es un servicio o un derecho, pero así mismo sobre la responsabilidad que tiene el Estado como responsable y garante de su prestación. Por esta razón, se desarrolló en el marco del seminario Alemán una investigación cuya metodología fue de tipo cualitativo y descriptivo, en el cual se buscó identificar a través del análisis jurídico (normas, jurisprudencia y doctrina) si es la salud un derecho o un servicio, pero con énfasis en la responsabilidad contractual del Estado. Si bien, el resultado llevo a la conclusión que la salud es un derecho, es obligación del Estado tomar una responsabilidad contractual para darle cumplimiento al mismo, a través de mecanismos, entidades y normativas que lo respaldan también como un servicio que obliga aún más su prestación y sus garantías para llegar a todos los colombianos.

Palabras Claves: Salud, Derecho, Estado, Responsabilidad Contractual.

* Estudiantes de la Carrera de Derecho
Fundación Universitaria de Popayán
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Opción de Grado Seminario de Investigación Alemán – Agosto de 2020
*Email: linadifer@yahoo.com

ABSTRACT

There is continually a confusion around the concept of health, as it seeks to know if this is a service or a right, but also about the responsibility of the State as responsible and guarantor of its provision. For this reason, an investigation was developed within the framework of the German seminar whose methodology was qualitative and descriptive, in which it was sought to identify through legal analysis (norms, jurisprudence and doctrine) if health is a right or a service , but with emphasis on the contractual responsibility of the State. Although the result led to the conclusion that health is a right, it is the obligation of the State to take a contractual responsibility to comply with it, through mechanisms, entities and regulations that also support it as a service that further requires its provision and its guarantees to reach all colombians.

Keywords: Health, Law, State, Contractual Responsibility.

INTRODUCCIÓN

Actualmente el mundo se encuentra viviendo una serie de afectaciones sociales, económicas, ambientales y de salud, por efecto de lo que se ha denominado como el COVID-19, enfermedad que a la fecha deja millones de muertos y contagiados, así como una expectativa de propagación muy alta para todos los habitantes del planeta. La enfermedad que se presentó inicialmente en una población de China, (Wuhan), ha ocasionado una crisis en los sistemas de atención en salud que han obligado a los dirigentes mundiales a revisar que tan integral es el derecho a la salud y que tan preparados estaban para atender los efectos de una pandemia de las proporciones que evidenciamos.

En el caso de Colombia, muchos son los interrogantes que se suscitan, no solo por los efectos de la llegada al país el pasado 6 de Marzo del coronavirus, lo que ha generado la implementación de una serie de decretos y medidas cuyas consecuencias van más allá de las cifras diarias de contagiados y muertos que deja la pandemia; problemáticas económicas, el cierre de muchos sectores productivos, la limitación en la transito de los ciudadanos con medidas que incluyen desde aislamientos preventivos obligatorios hasta el toque de queda, son solo algunas de las restricciones que durante los últimos meses los colombianos han sufrido. A lo anterior, se une una problemática de atención en salud, que incluye: limitaciones en la prestación del servicio, falta de equipos e insumos médicos, falta de garantías en contratación y asignación salarial para los profesionales de este sector, corrupción de dirigentes, así como un centenar de situaciones y falta de recursos que se han evidenciado con el paso de los días en nuestro país y que nos llevan a indagar sobre la responsabilidad contractual del Estado en relación con el derecho a la salud y las garantías que este derecho tiene en el marco de una pandemia mundial.

Si bien, el derecho a la salud no califico como un derecho fundamental en la Constitución Política de 1991, es un derecho conexo al derecho a la vida y a la dignidad humana. De ahí que fuese reconocido como un derecho autónomo y fundamental por la Corte Constitucional en varias ocasiones, pero fue la Tutela 760 del 2008, la que hizo que fuera totalmente aceptado como derecho fundamental, y como tal, debería ser responsabilidad del Estado todo lo que respecta a su prestación. Por lo anterior, se presenta un problema jurídico alrededor de la responsabilidad contractual del Estado en relación con el derecho a la salud, permitiendo concluir que más allá de una responsabilidad, existe una necesidad inmediata de intervención que permita mejorar las condiciones de un derecho que como bien se tituló está en crisis y requiere mejorar su prestación inmediata.

MATERIALES Y MÉTODO

El presente documento es el resultado del curso de investigación: Seminario Alemán, el cual se realizó como opción de grado de la Carrera de Derecho de la Fundación Universitaria de Popayán. El estudio contó con un marco metodológico cuyo diseño es de tipo cualitativo y descriptivo, en el cual se buscó identificar elementos y características del tema de investigación a través del análisis jurídico (normas, jurisprudencia y doctrina) del problema jurídico planteado por los autores. El tipo de estudio tiene en cuenta los aportes histórico-jurídicos, que se refieren a la responsabilidad contractual del Estado en relación con el derecho a la salud, en especial en época de una pandemia mundial que incrementa la necesidad de los ciudadanos de ver garantizado su derecho y contar con la atención medica que se requiere.

De igual manera, haciendo uso de la hermenéutica, se interpretó la ley y la jurisprudencia, con un sentido sistemático que permitió observar la aplicación de la responsabilidad contractual del Estado en relación con el derecho a la Salud. El desarrollo de este artículo, tiene su fundamento en la investigación bibliográfica realizada en documentos, lecturas de exploración y portales de investigación jurídica alrededor de las variables de Responsabilidad Contractual del Estado y el derecho a la Salud en el contexto colombiano.

Teniendo en cuenta las variables anteriores, los autores plantearon como problema jurídico, responder: *¿Cuál es la responsabilidad contractual del Estado Colombiano en relación con el derecho a la salud?*

Para dar solución al problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas, los cuales corresponden a cada uno de los apartados del presente artículo y distribuidos así: i) Contextualización jurídica del derecho a la Salud en Colombia. ii) Responsabilidad Contractual del Estado en relación con el derecho a la salud. iii) Causales de Exoneración de la Responsabilidad Contractual del Estado en relación con el derecho a la salud en Colombia y finalmente un apartado de conclusiones y reflexiones en relación con la temática aquí expuesta.

CONTEXTUALIZACION JURIDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

La salud es reconocida según la Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.” Por su parte, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se reconoce que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”(Citado por la Corte Constitucional Colombiana en tutela T 180/2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

No obstante, el concepto de salud en Colombia se torna complejo, puesto que es reconocido como un derecho fundamental, un servicio prestacional, un servicio público o un derecho de naturaleza mixta debido a que se conectan varios derechos constitucionales y se presta como un servicio público esencial.

Al respecto, el magistrado Guerrero Pérez (2015) refiere que:

“...La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental...” (Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Si bien, el magistrado Guerrero Pérez (2015) reconoce la salud a partir de las dos facetas anteriores, sus aportes se sustentan en que fue solo a partir de la tutela 760 del 2008, que la salud en Colombia es reconocida como derecho fundamental, y como tal, debería ser responsabilidad del Estado todo lo que respecta a su prestación. Así entonces, la salud en un principio no era un derecho fundamental, pero luego fue reconocido como tal por la Corte Constitucional, en consecuencia, es un deber del Estado garantizar la ejecución y prestación del servicio de salud a los ciudadanos. Por estar a cargo del Estado cumple características de servicio público y como tal debe ser prestado de manera efectiva y con calidad, cumpliendo con los principios que dicta la legislación en la Carta Política de 1991. No obstante, es importante delimitar ambos conceptos: la salud como derecho fundamental, pero también la salud como servicio público, lo cual esperamos responder en los siguientes apartados.

La salud, derecho fundamental:

Los derechos fundamentales son aquellos que son inherentes a la persona, y están dirigidos al logro de la dignidad humana. Por tanto, siendo la salud un derecho que busca el bienestar mental, físico y social del ser humano llega a ser un derecho subjetivo y complementa el derecho de la dignidad. Asimismo, la Corte Constitucional lo ha protegido a través de tres vías, la primera estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos esenciales del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que los servicios de salud requeridos sea efectivos y garanticen la prestación de la atención, preservando la vida e integridad del sujeto; la tercer vía, en general hace alusión a la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con

los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, así como las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (Corte Constitucional, Sentencia T- 760/ 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Lo anterior, llevo a la Corte a modificar su jurisprudencia al postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con el derecho a la dignidad humana, materializa el Estado Social de Derecho y por tanto, esta Corporación consideró:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas – contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”(Corte Constitucional, Sentencia T – 113/2013.M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Frente a la posición de ser considerado como un derecho fundamental, el derecho a la salud esta salvaguardado tanto por la Constitución como por el desarrollo legislativo y jurisprudencial, “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.)

Sin embargo, los derechos considerados como constitucionales no son del todo absolutos, existen límites que se establecen por criterios de proporcionalidad y racionalidad, pero que en el caso del derecho a la salud cuentan con la acción de tutela como medio idóneo para su protección. Por lo que se puede decir entonces que en Colombia no se tutela la salud como un derecho conexo, si no como un derecho autónomo. Lo que reafirma una vez más que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para los demás derechos que componen o afectan en algún momento el derecho a la salud.

Por lo anterior, se puede decir que sin salud los otros derechos se ven vulnerados, pues sí no hay salud, no hay dignidad humana, como tampoco derecho a la vida, lo cual según lo expresa y defiende la Corte Constitucional se define como:

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

No obstante, el derecho a la salud no solo se ha limitado a ser considerado un derecho fundamental y

autónomo, al suscribir Colombia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adquirió tres obligaciones: respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales, además de estas obligaciones el Comité, considera que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte.

En síntesis, el derecho a la salud es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la multiplicidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. Sin embargo, el derecho a la salud se volvió fundamental por la conexidad que tiene con el derecho a la vida, la dignidad y la integridad personal, derechos que no pueden ser ignorados y que prevalecen como derechos fundamentales en la normatividad actual del país.

La salud, servicio público:

Por lo tanto, la salud como servicio, se define en cumplimiento con la estructura del sistema de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993 y en desarrollo de la Constitución Política en los artículos 48 y 49, que consagran el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado que debe ser prestado en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley (Corte Constitucional, Sentencia T 201/2009 MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

Es de anotar que la salud, se vio inicialmente como una actividad residual del Estado, hasta convertirse en una obligación que cumplan con las expectativas de traer bienestar a los ciudadanos, como parte de lo que se llama Estado Social de Derecho. Al respecto, Serrano Escobar (2020) reconoce que la actividad sanitaria no responde a la construcción clásica o tradicional de servicio público, así como tampoco lo hace la reelaboración que de dicho concepto se realiza para explicar el régimen jurídico de actividades que, aunque relacionadas con interés general, tienen una clara connotación empresarial. En consecuencia, los elementos que dan identidad propia al servicio de salud responden a una mezcla y redefinición de dos posturas: la social y la asistencial, las cuales parten de dos presupuestos que son complementarios: (i) la participación de particulares que garantizan la cobertura del servicio y (ii) el Estado como el encargado de coordinar, administrar y garantizar la salud por medio del Sistema Integral de Seguridad Social, dando cumplimiento al reconocimiento del país como un Estado Social de derecho.

Los particulares son representados en el sistema como: Entidades Prestadoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), quienes prestan los servicios públicos de salud dando cumplimiento a la política del servicio público. Las prestaciones son realizadas directamente por el Estado por medio de las ESE e indirectamente por las EPS e IPS, dándoles potestades administrativas, financieras y técnicas para la prestación; pero sin el Estado dejar de ser el administrador, coordinador y vigía de la prestación del servicio.

Es así como, para el desarrollo y la puesta en realidad del derecho a la salud, se nombra el Sistema de Seguridad Social en Salud, donde se da la prestación de los servicios de salud con todas las condiciones, entidades y personas responsables de las actividades y servicios necesarios para garantizar a todos los habitantes del país la promoción, prevención y la rehabilitación en salud. Lo anterior, es reconocido por la Corte, quien manifiesta que: “la garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que los servicios deben ser prestados.” (Corte Constitucional, Sentencia T-760/2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

Por lo anterior, la salud, no es solo un derecho, también es un servicio público esencial, de ahí que se considere según aportes del Ministerio de la Protección Social (s.f) como: “el conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad la cobertura de determinadas prestaciones a los ciudadanos (...). Satisfacen

primordialmente las necesidades de la comunidad o sociedad donde estos se llevan a cabo. Los servicios públicos pueden cumplir una función económica o social, o ambas, y pueden ser prestados de forma directa por las administraciones públicas o bien de forma indirecta a través de empresas públicas o privadas. (Ministerio de la protección social. Memorando sobre los servicios públicos esenciales).

En síntesis, la salud como servicio se fundamenta en los principios de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concentración y calidad. En relación con la prestación, estará a cargo de entidades públicas o privadas. Por su parte, el Estado, debe responder por los perjuicios que se produzcan generados en la ineficiente prestación del servicio público de salud, tales como: inatención de los pacientes, atención tardía, faltas generadas en omitir la ejecución de los principios que el sistema tiene como base de su funcionamiento o plan de desarrollo para el cumplimiento de la prestación efectiva de este servicio público.

Finalmente, no podemos terminar este apartado sin reconocer que la salud y por tanto la prestación de servicios de salud, tiene dos significaciones diferentes pero no excluyentes: La primera como se ha dicho, es un derecho fundamental reconocido como tal por la Corte Constitucional aunque hace parte de los derechos sociales, lo que significa que el Estado debe garantizar su protección; y a su vez es un servicio público esencial prestado por el Estado.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD.

La responsabilidad del Estado se estructura en el artículo 90 de la Constitución que consagra: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Así mismo, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la responsabilidad del Estado colombiano por los daños antijurídicos que cause a los ciudadanos, es “la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado” (Corte Constitucional, 2006), que se aplica tanto a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, tal como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, al señalar que el artículo 90 no es una mera enunciación retórica, pues “es el tronco en el que encuentra fundamento a la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual” (Consejo de Estado, 1993).

En cuanto a los elementos estructurales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente se ha afirmado que son: el daño antijurídico y su imputación al Estado. En relación con el concepto de daño antijurídico, en el sistema jurídico colombiano es un concepto que no ha sido definido de forma expresa por la Constitución Política de 1991, pues el constituyente originario se limitó a señalar que cuando se ocasiona tiene la carga de repararlo el Estado, pero no señaló que es o en qué consiste. Por lo cual ha sido necesario realizar una interpretación sistemática de la norma superior, encaminada a determinar los elementos estructurales y fundamentales de este concepto. Como lo estipula la Constitución Política de 1991 en su artículo segundo uno de los fines esenciales del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Por lo tanto, en ejercicio de dicha función garantista el Estado tiene el deber de defender y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la actividad de la administración, por lo tanto, el establecimiento de la Responsabilidad del Estado en el artículo 90 superior, es una herramienta proteccionista para los individuos que han sido perjudicados con la ocurrencia de un daño que surge como resultado de una acción u omisión de los agentes del Estado, y que merece ser reparado.

Sin embargo, para que exista una reparación, es necesario que concurren los siguientes elementos: un hecho, un daño, culpa y nexo de causalidad entre el hecho y el daño cuando haya culpa. Los

elementos más importantes en la responsabilidad del Estado son el daño y la culpa. No obstante, el *hecho* es considerado como la acción u omisión realizada por el Estado o sus agentes, autores como Esguerra (2002) determina que:

“la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario entonces que esa violación del derecho haya pasado de la potencia al acto; que lo que era riesgo, una amenaza o una eventualidad más o menos probable o próxima, se haya precipitado y convertido en realidad. Por encima de todo, que al hacerlo haya tenido el efecto de ocasionar un daño. Allí hay, pues, de por medio, un hecho o una omisión que ya pasaron –o comenzaron a pasar- y que, en todo caso, se tradujeron o irremisiblemente habrán de traducirse en un perjuicio cierto para alguien.” (Esguerra, 2002, pág. 904)

Por su parte, el *daño*, es reconocido como el perjuicio. Sin embargo como ya se mencionó con anterioridad no tiene un concepto jurídico, pero haciendo uso de los aportes de Esguerra (2002) permite:

“Establecida la presencia del daño injusto (antijurídico), habrá que precisar que lo originó, y ello implica indagar o verificar la causalidad, (...) causalidad jurídica –imputación como se verá- antecede y determina la existencia del daño como entidad fenoménica, independientemente de la valoración subsiguiente sobre la justicia o injusticia, que no apunta al desvalor de la conducta sino más bien al deber de si quien lo sufre debe soportarlo o no. Y no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque, de lo contrario, el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone (...) En cambio, cuando se vulneren a la persona bienes jurídicos o intereses legítimos que se debían proteger, ese quebrantamiento o daño es contra ius para quien lo padece, porque el Estado en principio debe velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas. En esta medida la antijuricidad implica un desvalor de la acción o conducta o desvalor del resultado.” (Esguerra, 2020. Pág. 32)

Por lo anterior, cuando se habla de responsabilidad del Estado, se debe analizar si ésta responsabilidad es atribuible al Estado de tal forma que pueda serle imputada o no. De esta manera, Botero (2011) determina que:

“quien es el obligado a reparar el daño hace referencia a la imputación objetiva, en la medida en que liga el resultado al sujeto, relación que no es necesariamente de adjudicación material y exige una previa capacidad o calidad para esa atribución. . La imputación subjetiva concierne a los factores de atribución. Así la imputación puede entenderse como un juicio empírico valorativo; la imputabilidad deja de ser un supuesto referido a la acción y al daño para constituirse también en fundamento de la obligación, es decir, a que título se impone la responsabilidad y allí encontraríamos los sistemas de atribución, subjetivos (dolo y culpa) y los objetivos.” (Botero, 2011, págs. 32-33).

De esta manera, en los casos de responsabilidad, se debe entender que cuando se está frente a un caso donde no existe la presunción de culpa (culpa probada) es necesario que el demandante pruebe el hecho, la conducta culposa o dolosa y el nexo de causalidad entre la dicha conducta causalidad y el daño.

Por lo tanto, en la responsabilidad del Estado, existen dos clases de falla en el servicio que son usadas para la imputación de responsabilidad en la prestación de servicios de salud, estas son:

Falla en el servicio probada: donde es el agente del Estado quien genera la falla o falta en el servicio; el demandante tiene la carga de la prueba pues todo aquel que hace una afirmación está obligado a probarla. El demandante deberá probar el daño antijurídico, perjuicios derivados del daño

(lucro cesante, daño emergente, daño a la salud, afectación de la vida de relación), factor imputación, debe suministrar los elementos probatorios. El demandado deberá demostrar que su agente fue idóneo, que contaba con pericia, experiencia requerida que fue oportuno, su actuar demostró diligencia, cumplimiento de protocolos y normas; de esta manera se exonerará de responsabilidad.

Falla del servicio presunta: donde la falla del servicio se presume, el actor no tiene la obligación de aportar la prueba de la falla en el servicio, pero si debe demostrar el hecho causante del daño y el nexos causal, éste régimen hace presumir la falla pero no exonera al juzgador el análisis de la misma, ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar prueba en contrario que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que se imputa.

Ahora bien, en cuanto a los títulos de imputación actualmente aceptados en el sistema jurídico colombiano tenemos: falla en el servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. La falla en el servicio se ha definido como “un régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado” (Orjuela, 2016, p. 3), es decir, es un título de imputación en donde se efectúa la realización de acciones u omisiones por parte de un agente del Estado – y que por ende son predicables a la administración – que generan un daño antijurídico o una alteración negativa de las condiciones de existencia de una persona, que el Estado está obligado a reparar.

Por su parte el riesgo excepcional está encaminado en la responsabilidad del Estado por actividades peligrosas. Si el riesgo se concreta en un daño origina indemnización a cargo del Estado. El daño especial se basa en la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, pues en el momento en que un ciudadano soporta una carga especial surge el deber del Estado de indemnizar. En los regímenes de responsabilidad objetiva, el demandante debe probar el daño y el nexos de causalidad. Ahora bien los títulos de imputación antes mencionados llevan implícito la reparación integral del daño, y esta reparación es responsabilidad del Estado según lo consagra el artículo 140 de la Ley 1473 del 2011, denominada Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En dicha disposición normativa se establece que:

“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado (...) De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma (...) Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública (...) En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño (Congreso de Colombia, 2011).

Desde la doctrina este medio de control ha sido considerado como una acción “de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, en donde la persona lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan” (Santofimio, 2004, p. 211), esto quiere decir, que el medio de control de reparación directa es una acción que tiene como finalidad especial y exclusiva indemnizar a aquellas personas que hayan sufrido un perjuicio, que en

relación con el tema central objeto de análisis, se origina por un daño antijurídico causado con ocasión de la prestación del servicio público de salud, esto significa que la persona que ha sufrido el daño antijurídico puede acudir a los entes judiciales sin tener que efectuar una reclamación previa al solicitarse la reparación del daño.

CONCLUSION

La salud es un derecho fundamental y un servicio público a cargo del Estado, su prestación es coordinada, administrada y vigilada por el éste en calidad de garante, razón por la cual se le atribuye responsabilidad patrimonial por las fallas que se presenten en la prestación del servicio; independiente si están a cargo de manera directa de EPS e IPS públicas o privadas. Por lo anterior, es importante que este derecho y a la vez servicio se respalde desde una normativa que no debe ser solamente limitada a las garantías que establece el artículo 90 de la Carta Política, la cual como ya se ha manifestado reconoce en forma directa la responsabilidad del Estado, al consagrar que es este quien responderá patrimonialmente por los daños que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades y entes públicos.

Sin embargo, dicha responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y omisiones de los entes públicos, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual y contractual, siendo este último la responsabilidad que el Estado contrae con los nacionales frente al incumplimiento total o parcial de un responsabilidad que garantizar un servicio adecuado y de calidad.

BIBLIOGRAFIA

Esguerra, J.C. (2020) La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2002). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf>.

República de Colombia. Congreso de la Republica. Constitución Política de Colombia 1991.

Sentencias de la Corte Constitucional.

Corte Constitucional, Sentencia T-845/ 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.)

Corte Constitucional, Sentencia T- 760 del 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T- 180 del 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T – 113/2013.M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.