

FORMATO DE ENTREGA FINAL PASANTÍA.

LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE REPARACIÓN EN CASOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICO SANITARIA	
Lugar donde se lleva a cabo	Consultorio Jurídico Facultad de Derecho Universidad Antonio Nariño
Estudiante	María Cenaida Calderón Becerra
Dirección electrónica	Mcalderon79@uan.edu.co
Celular	3222908627
Docente asesor	Gustavo Bonilla
Dirección electrónica	coordinador.derecho.sedes@uan.edu.co
Celular	3102706421

1. RESUMEN EJECUTIVO DE LA PROPUESTA (Máximo 300 palabras)

En Colombia por muchos años se ha aparejado el tópico de la protección de Derechos Humanos con sucesos de masacres y desapariciones por parte de agentes del Estado en concurso con grupos al margen de la ley y otros pertenecientes a colectivos rebeldes, todos estos principalmente actores del conflicto armado en Colombia.

Por tal motivo, y atendiendo distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuáles se puede vislumbrar por ejemplo la protección de derechos sexuales y reproductivos, derechos a la seguridad social y a la salud, se ha considera pertinente realizar un análisis de la vulneración de Derechos Humanos en dinámicas distintas al conflicto armado.

Por tal motivo se ha escogido el escenario médico sanitario para poder vislumbrar cómo dentro de los actos pre médicos, médicos, para médicos y post quirúrgicos o de instancias hospitalarias se ha venido presentando una vulneración de forma ostensible Derechos Humanos, máxime en el contexto del derecho Administrativo, comoquiera que gran parte

de estas vulneraciones se han venido presentando por parte de las Empresas Sociales del Estado.

2.JUSTIFICACIÓN DE LA PASANTÍA

Con este trabajo de investigación se busca crear un artículo científico publicable que sirva como apoyo para el área de Consultorio Jurídico de la Universidad Antonio Nariño con la finalidad de cumplir con los requisitos establecidos por la facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño para alcanzar el grado de abogado.

2. HIPÓTESIS DE TRABAJO (Opcional)

Si bien es cierto la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia de a la responsabilidad medico sanitaria ha iniciado un camino tendiente a la protección de los Derechos Humanos aún debe corregir ciertos aspectos que desdibujan el amparo de derechos humanos en esta materia.

3. OBJETIVOS (Máximo ½ página)

3.1.Objetivo general

- Establecer la relacion directa entre la responsabilidad médico sanitaria del Estado y la protección de Derechos Humanos por parte de las Sección Tercera del Consejo de Estado.

3.2.Objetivos específicos

1. Analizar la protección de Derechos Humanos por parte de la Sección Tercera de Consejo de estado en procedimiento Gineco-Obstetras.
2. Establecer el espectro de protección de derechos humanos en el marco de la responsabilidad médica por enfermedad intrahospitalaria Nosocomiales.
3. Indicar la relación entre el principio de reparación *in integrum* y la protección de derechos humanos en Colombia.

4.ESTADO DEL ARTE

- Atendiendo a la corriente epistemológica existente e identificable en la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentra que la protección de Derechos Humanos en Responsabilidad Médico Sanitaria ha iniciado su aplicación atendiendo medidas pecuniarias y no pecuniaria de reparación; es la postura epistemológica se encuentra inacabada por tal motivo se propone un análisis crítico tendiente al amparo categórico de Derechos Humanos.

5.MARCO TEÓRICO

Respecto al tema de aplicación del Control de Convencionalidad en casos de Responsabilidad Médica Sanitaria Aplicando medidas de reparación *in integrum*, cabe señalar que en Colombia tiene un numero amplio de sentencias en donde la Sección tercera del consejo de Estado ha aplicado el Control de Convencionalidad en el marco del Conflicto Armado que se ha vivido en Colombia, sin embargo, nuestra investigación se sale de ese contexto y aterriza en el área de salud en donde el Consejo de Estado haciendo caso a las medidas de reparación establecidas por la Corte IDH re a las víctimas aplicando medidas de *reparación in integrum* como consecuencia de la mala praxis de los galenos que trabajan con Empresas Sociales del Estado.

Así las cosas, para realizar este artículo científico se acude a la jurisprudencia que sientan precedentes por el Consejo de Estado Sección Tercera en donde encontramos además de las situaciones fácticas que conducen a la reparación del daño antijuridico encontramos conceptos precisos de las modalidades de reparación *in integrum*.

Control de Convencionalidad (CIDH)

“Como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”

Control de Convencionalidad (Quinche, 2014)

“El control de convencionalidad es una institución propia del sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, adoptada conforme al conjunto de precedentes articulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cumplimiento de la tarea de hacer efectivas la vigencia, garantía y promoción de los derechos humanos en la región” (...)

Control de Convencionalidad (sentencia 03 diciembre 2014)

“El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,”¹ e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado, aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo”

Responsabilidad Médico Sanitaria. (Ley 14 de 1962), (Ley 23 de 1981) (Decreto 3380 de 1981) (Ley 6 de 1991) (Ley 919 de 2004),

El no seguir las normativas, protocolos y demás *lex artis* de los médicos y vulnera los derechos humanos ocasionando daño antijurídico y de ser probado puede existir una responsabilidad Médico Sanitaria, responsabilidad en la que el Estado debe reparar a la víctima a la luz del artículo 90 de la norma superior.

Elementos Del Daño Antijurídico Consejo de Estado, Sección Tercera

Expediente: 05001232500019942279 01 Radicación interna No.: 21.861.

Responsabilidad de la administración pública: debe cumplir con dos elementos, que se demuestran el daño antijurídico e imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:

- i) **Debe ser antijurídico**, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo;
- ii) **Que sea cierto**, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y
- iii) **Que sea personal**, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

La importancia jurídica de historia clínica:

- “**Desde el punto de vista clínico y científico** su importancia radica en llevar la correlación de los datos relativos a la enfermedad del paciente, sin embargo, una vez que surge el interrogante sobre la imputabilidad de un daño ocasionado por el médico en su ejercicio, la historia clínica se convierte en jurídicamente relevante, tanto en forma directa como en forma indirecta.
- “**En forma directa**, porque queda plasmado todo lo realizado por el médico tratante, sus pensamientos, sus juicios y decisiones, tratamientos, diagnósticos, el día y la hora en la cual revisó el enfermo, las interconsultas solicitadas, las juntas médicas y todos aquellos datos que son de gran valor para un determinado juicio civil o penal.
- “**En forma indirecta** ya que el juez a través de su observación y apreciación puede determinar la diligencia del médico en sus actuaciones. El médico que realiza una historia clínica incompleta, que presenta irregularidades como abreviaturas, garabatos u omisión de algún dato importante da a relucir que la elaboración de la historia clínica por ese médico profesional no puede ser considerada como

diligente, porque muestra imprudencia en la realización de los juicios clínicos y en las conclusiones terapéuticas desarrolladas con el enfermo.

- “**Desde el punto de vista jurídico**, consiste en la materialización del deber de informar al paciente de su pronóstico y el registro de los datos respecto a su diagnóstico y tratamiento.
- “**Desde el punto de vista procesal**, se trata del deber de cumplir con la carga de información necesaria que permitirá dilucidar en el proceso la actuación del médico derivada del deber secundario de su conducta.
- **Daño moral:** hacer referencia a la órbita interna del sujeto no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tabla de puntos por esta razón el juez de vale de la sana crítica y en las reglas de la experiencia para reconocer la compensación a una afectación de un bien personalísimo como las lesiones morales de una persona.

Principio de Reparación Integral

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

Sentencia del 30 de octubre de 2008 Consejo de Estado

En dicha sentencia por grave afectación a la salud, se reconoce medidas pecuniarias y medidas No pecuniarias, los cuales se definen en la sentencia, daño emergente. Perjuicio inmaterial, daño y daño a la salud y ordenan Medidas no pecuniarias, **Rehabilitación, satisfacción**, garantías de no repetición, Medida de protección del derecho fundamental a la intimidad.

LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: MOMENTO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA autor; Sr. D.

Francisco Javier Pueyo Calleja Magistrado Especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

El cual plantea las formas los elementos que componen el daño antijurídico en responsabilidad medica civil y responsabilidad extracontractual del Estado.

Pérdida de la *Chance* O Pérdida de Oportunidad

(Sentencia 24 de abril de 2020 Consejo de Estado)

Se ha señalado que las expresiones ‘*chance*’ u ‘*oportunidad*’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

Elementos que configuran la perdida de oportunidad:

- i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual;
- ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento.
- iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado.

Se realiza comparación de las siguientes sentencias y para así realizar la comparación si la reparación ha sido de forma adecuada.

(Sentencia 24 abril de 2020)

Sentencia 24 de marzo de 2011

Sentencia 07 de julio de 2011

Sentencia 29 de enero de 2004

Sentencia 19 de agosto de 2009

Sentencia 3 de octubre de 2016

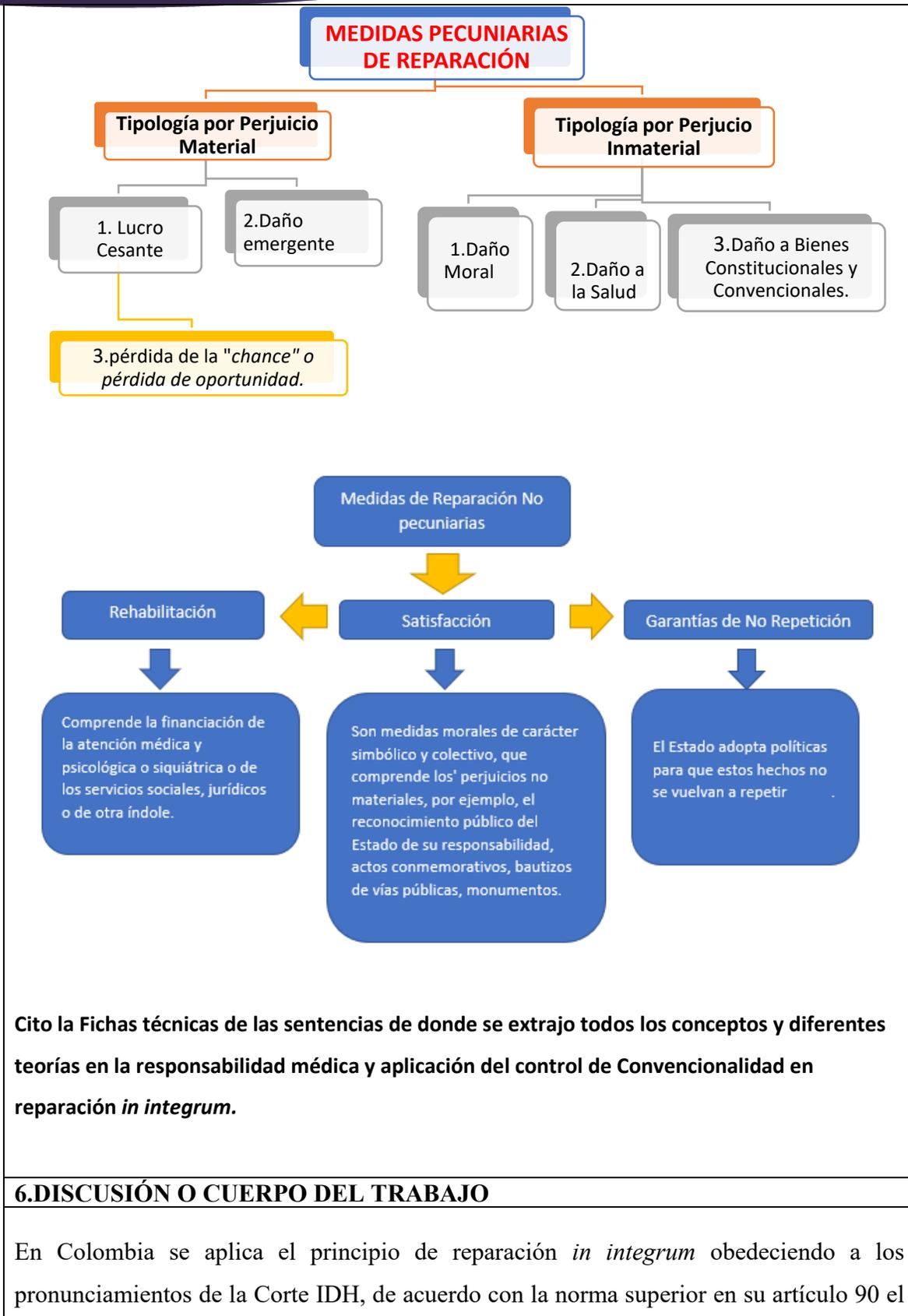
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 1.1: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil.

¹ (Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) Artículo 24) Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Convención sobre los Derechos del Niño Artículo 13, 14,15,17,24

SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS Los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquéllos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño.



“Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” atendiendo al artículo anterior las personas que han sido víctimas de un mal procedimiento por parte de los galenos, deben acreditar el daño antijurídico ocasionado por los agentes del Estado porque realmente es el daño o vulneración a los derechos fundamentales el hilo que conduce a la demanda de Medio de Control de Reparación directa y el Estado los debe reparar.

Con referencia a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Tercera administrando justicia aplica las medidas de reparación establecidas por la Corte IDH las pecuniarias y las no pecuniarias, eso según los diferentes fallos.

Sin embargo, con la recolección de las sentencias del Consejo de Estado estudiadas para realizar este artículo entramos a determinar si se está resarciendo adecuadamente a las víctimas, en el tema de reparación *in integrum* según el consejo de Estado, además existe un tope máximo de 100 SMMLV tanto para perjuicio material e inmaterial, pero también existe la excepción, que son 400 SMMLV, para esto se debe acreditar el bien jurídico lesionado y existe unas Medidas No pecuniarias en la reparación *in integrum* que el Juez deber aplicar.

De acuerdo con las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, se ha evidenciado que existe una “*injusticia dentro de la justicia*” dado que en muchas de las sentencias se observó una clara violación a los derechos humanos en los que por no haber solicitado en la demanda no se le reconoció rubros por dicho daño, por ejemplo; en una persona que perdió un testículo, le realizaron una vasectomía, afectando su integridad personal, órganos sexual y reproductor.

No es que exista una injusticia, pero, es posible que no haya una aplicación completa de las medidas de reparación, en donde solo se presta atención a las medidas pecuniarias, las medidas no pecuniarias también son importantes y deben ser aplicadas porque la salud es un derecho fundamental, pues están encaminadas a devolverle la dignidad a las personas, el honor, la vida y esas medidas como ella misma lo dice no se puede medir en dinero.

Finalmente, aunque el Control de Convencionalidad se aplica aquí en Colombia por la vulneración de derechos humanos en el área de la salud, se encuentra que la aplicación del principio de reparación ha sido muy apartada de los criterios.

4. CRONOGRAMA

ACTIVIDAD	MESES											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Recopilación y lectura de jurisprudencia.	X	X	X	X	X							
Creación de Fichas Técnicas	X	X	X	X	X	X	X					
Elaboración y Redacción Ante Proyecto	X	X	X	X			X	X	X	X	X	
Corrección y Entrega del Documento	X	X	X	X	X							
Diligenciamiento de formato de pasantías												X

5. TABLA DE CONTENIDO

1. El control de Convencionalidad.
2. La Responsabilidad Médico Sanitaria.
3. El Control de Convencionalidad en La Reparación In Integrum.
4. La Injusticia Dentro de la Justicia.

6. CONCLUSIONES

En el transcurso de este artículo se expuso las medidas de reparación *in integrum* con las cuales el Consejo de Estado, Sección Tercera ha venido reparando a víctimas en materia de Responsabilidad Médica Sanitaria, de ello resulta concluir que el Juez de lo Contencioso no repara con los mismos criterios establecidos por la Corte IDH en todos los casos, pues estos son muy distantes toda vez que, aunque en unos casos se excede con rubros aplicando la excepción por perjuicio inmaterial omite las que al parecer de este escrito también son importantes y muchos de los casos se ha comprobado la responsabilidad del Estado, como en los casos de contagio del Virus De Inmunodeficiencia Humana, el cual no se realizaron el control obligatorio para evitar contagios, así las cosas el Consejo de Estado no ejerce el control de convencionalidad aplicando

el principio de reparación *in integrum* y de acuerdo con el artículo 93 de la Norma Superior, los jueces deben remitirse a los tratados para salvaguardar y proteger los Derechos Humanos de su nacionales, situación que no precisa en muchos de los fallos.

7. FUENTES DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS (Mínimo 10 fuentes)

Constitución Política de Colombia de 20 de julio de 1991 .Artículo 13 . (s.f.).

Constitución Política de Colombia de 20 de julio de 1991 .Artículo 93 . (s.f.).

Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) Artículo 63 Numeral 1.

(s.f.). *Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) Artículo 24.*

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Parte 1. Artículo 1. (s.f.).

Corte Constitucional Colombia. sentencia T-418/15 de 3 de julio de 2015, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia 30 de octubre de 2014, M.P., Jorge Ivan Palacio Palacio. Ref.D, 10190.

Corte IDH. Caso Gonzáles y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. “Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 16 de noviembre de 2009”, párr. 450.

Corte Suprema de Justicia. Bogotá. Caso Rosazza. Sentencia 22 de octubre de 1896 CJ XI 565, pág. 353.

Corte Suprema de Justicia. Caso Villaveces. Sentencia del 21 de 1992.

Decreto 3380 de 1981, De las Relaciones Medicos con el Paciente.

ESTADO, C. D. (16 de octubre de 2013). Accion de Reparacion Directa. 08001-23-31-000-1992-08356-01(30620). Bogotá D.C, Colombia.

Humanos, Corte Interamericano de los Derechos. (s.f.). *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD(Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N°7) pagina 18.* Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr:file:///C:/Users/Acer/Downloads/SENTENCIAS%20MEDICO%20SANITARIA%20CONSEJO%20DE%20ESTADO/CORTE%20INTERAMERICANA%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>

Ley 14 de 1962, Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía.

Ley 23 de 1981, Fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Etica Médica.

Ley 6 de 1991 , Por la cual se reglamenta la especialidad médica.

Ley 919 de 2004, Por Medio de la Cual se Prohíbe la Comercialización de Componentes.

Masacre del Tigre del 09 de enero de 1999 Reconstruccion de la Memoria Historica en el Valle del Guamuez,Putumayo..

Medico/Enucleacion, D. (03 de octubre de 2020). *Universidad de Navarra.* Obtenido de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/enucleacion>

Quinche, M. F. (2014). *Control de Convencionalidad pagina 4.* Bogotá: Temis.

Seccion Tercera Consejo de Estado, Colombia. Caso hermanos Carmona Castañeda.sentencia de 20 de febrero de 2008, Rad. 16996; M.P.Enrique Gil Botero.

Seccion Tercera, Consejo de Estado.Colombia.Caso Giraldo Cardona.Rad. 500012331000199801262 01.Exp.26029.

Seccion Tercera. Consejo de Estado. del 26 de abril 2018. Rad. 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390).C.P. Maria Adriana Marin.

sentencia 03 diciembre 2014, Acción de Reparación Directa MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo).

Sentencia 07 de julio de 2011, 23001-23-31-000-1995-37279-01(21294) M.P.Hernan Andrade Rincon (Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Seccion Tercera).

Sentencia 11 de agosto de 2011, 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) C.P. Mauricio Fajardo Gómez .

Sentencia 24 abril de 2020, 76001-23-31-000-2010-00179-01(54392) C.P. MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO (Seccion Tercera de Consejo de Estado).

Sentencia 24 de marzo de 2011, 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836) (Consejo de Estado Seccion Tercera C,P: ENRIQUE GIL BOTERO).

Sentencia 30 de octubre de 2016, 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057) C.P, Ramiro Pazos Guerrero (Seccion Tercera del Consejo de Estado ACCION DE REPARACION DIRECTA).

Sentencia del 08 de mayo de 2013, 25000-23-26-000-2000-01293-01(27522) (SECCION TERCERA CONSEJO DE ESTADO M.P, OLGA M. VALLE DE DE LA HOZ).

(s.f.). *Sentencia T-283/13 Corte Constitucional de Colombia, Concepto de Justicia.*

CIUDAD Y FECHA DE PRESENTACIÓN:
Bogotá D.C.