

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN COLOMBIA POR
INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN
DEL ACTO MÉDICO.¹

*THE OBJECTIVE RESPONSIBILITY OF THE STATE IN COLOMBIA FOR
INTRAHOSPITAL INFECTIONS CONSEQUENCE OF THE PROVISION OF THE
MEDICAL ACT.*

Diana Patricia Lastre Álvarez²

Resumen

Todo acto médico en Colombia genera para el galeno una serie de obligaciones respecto al paciente, su vida, la conservación de su salud y las medidas terapéuticas a implementar, sin embargo hay asuntos como las infecciones intrahospitalarias que escapan en muchos casos al ámbito ordinario de sus competencias, por la variedad de patologías que concurren en las instituciones médicas tanto aquellas detectadas y tratadas como otras que incluso se desconocen, y es en razón a ello que entonces la responsabilidad deja de ser médica a nivel del individuo, y se consolida como otro tipo de responsabilidad donde son las instituciones las llamadas a responder, lo que ocupa entonces una nueva categoría en términos de la imputabilidad de la responsabilidad, la forma de excepcionar y la causalidad que se predica, por cuanto a la institución no le asisten los mismos eximentes de responsabilidad que al galeno, y es una cuestión que demanda un profundo análisis

¹ Artículo e investigación presentado como requisito para acceder al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia.

² Enfermera Profesional titulada de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla (Colombia); Abogada titulada de la Corporación Universitaria de Sabaneta Unisabaneta, Sabaneta (Colombia); Magister en Derecho Médico de la Universidad Santiago de Cali, Cali (Colombia) Enfermera Jefe en ejercicio, Clínica Las Américas, Medellín (Colombia).

por parte del operador jurídico en sede de los procesos civiles y/o contencioso administrativos a que haya lugar.

Palabras clave: Responsabilidad objetiva, infección intrahospitalaria, responsabilidad médica, responsabilidad institucional, acto médico, acción de reparación directa.

Abstract

Every medical act in Colombia generates for the doctor a series of obligations regarding the patient, his life, the preservation of his health and the therapeutic measures to be implemented, however there are issues such as intrahospital infections that in many cases escape the ordinary scope of its competences, due to the variety of pathologies that occur in medical institutions, both those detected and treated and others that are even unknown, and it is for this reason that the responsibility then ceases to be medical at the individual level, and is consolidated as another type of responsibility where the institutions are called to respond, which then occupies a new category in terms of the imputability of the responsibility, the form of exception and the causality that is predicated, as the institution is not assisted by the same defenses of responsibility than to the doctor, and it is a matter that demands a deep analysis on the part of the legal operator in headquarters of the civil and / or administrativo contentious processes that may take place.

Keywords: Strict liability, hospital infection, medical liability, institutional liability, medical act, direct repair action.

Introducción

La responsabilidad del Estado, responde a un proceso complejo de construcción de normativa y jurisprudencia, por cuanto el origen de la responsabilidad del Estado per se es la responsabilidad civil como regla general, ya que solo hasta la entrada del siglo XX el Estado no se consideraba sujeto de derechos ni deberes, y en tal orden de ideas es de capital importancia recapitular los orígenes de la responsabilidad que emanan desde Roma y que hacen un tránsito hasta el derecho francés posterior a la Revolución Francesa, donde cobra fuerza los postulados del Contrato Social, las instituciones del derecho contemporáneo que en su evolución deja en evidencia que el Estado no solo es sujeto de derechos, sino también de deberes.

El régimen de la responsabilidad médica estatal en Colombia, tiene como ejes estructurales lo dispuesto en el artículo 90 Constitucional así como en los contenidos de la Ley 23 de 1981 y la jurisprudencia aplicable en materia de responsabilidad médica estatal, que en términos generales es igual al régimen de responsabilidad médica por actos particulares.

Si bien en la actualidad, el régimen de obligaciones del médico tiene lineamientos taxativos consagrados en la ley, el origen de estas obligaciones podría remontarse a la adopción del juramento hipocrático como base ética y modo de conducta de la profesión de la medicina, conteniendo éste obligaciones, que los mandatos de honor y el respeto a la palabra le investían un carácter vinculante para con el paciente en ocasión del ejercicio de la profesión, enmarcando el comportamiento ético - moral de aquel que ejerciera como tratante de las dolencias y males que aquejan a quienes acuden ante estos, juramento que fundamenta la obligación de profesional de la medicina, quien debe procurar la salud o al menos, menguar los padecimientos

de la persona, asegurando la vida y la salud, hoy en día reconocidos como derechos de índole fundamental.

Por ello, desde el régimen de imputación al Estado por fallas en el acto médico, la imputación de responsabilidad por falla en el servicio, reviste una especial gravedad en la medida que hay un incumplimiento de los mandatos Constitucionales y de los mismos fines del Estado, toda vez que el mismo garante al vulnerar estos derechos, puede ser objeto de especial reproche jurídico y ético, dada su condición de agente estatal, dando cuenta de ello la doctrina al señalar que

En términos generales a los médicos se les han asignado una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra la guarda del secreto profesional, la información adecuada, el consentimiento informado, obligación de conocimiento, obligación de diligencia y técnica, continuidad en el tratamiento, asistencia y consejo y certificación de la enfermedad y tratamiento efectuado (Franco & Guzmán, 2004)

Aunado a lo anterior, la prestación de servicios de salud y la consecuente materialización del acto médico, si bien en gran medida es responsabilidad de los médicos, estos en el sector público, que es objeto de reproche por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se encuentran condicionados en los componentes técnico, asistencial, instrumental y de la misma prestación de servicios, por disposiciones gubernamentales que limitan el margen de acción, situación que se hace más gravosa para los médicos con la protección especial de la salud que pasó de ser un servicio público a un derecho fundamental.

Es preciso acotar que, con el cambio en el paradigma de la prestación de servicios de salud tras su consagración como derecho fundamental autónomo, conforme a lo señalado en la Ley 1751 de 2015, se intentó responder frente a un deber donde el Estado Colombiano se encontraba en mora respecto a los lineamientos del Derecho

Internacional en lo que respecta a la consagración positiva de este derecho, y es en este orden de ideas, que se precisa recapitular lo afirmado por Julio (2017) quien ha referido que

Frente a la evolución del derecho a la salud en el mundo, la Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud (OMS), establece que “la salud es 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. Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone 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 (Julio, 2017; P. 52)

En razón a lo anterior, la Ley 1751 de 2015 ha entrado a moderar la cuestión sobre la accesibilidad a la salud como derecho fundamental, lo cual si bien en la teoría supone un beneficio en pro de la comunidad, a la par representa una carga para el Estado, el cual no cuenta con las instituciones ni las políticas públicas necesarias para la transición de la prestación de un servicio público al aseguramiento de un derecho fundamental, y ello tiene relación con el régimen de agente de mera vigilancia que se le impuso en la Ley 100 de 1993, norma que queda parcialmente de lado y llama al Estado no solo a verificar, sino además a ejercer de garante respecto a derechos personalísimos de la comunidad.

La extrapolación entre el régimen de obligaciones médicas y el régimen proteccionista del derecho a la salud, dejan al médico en situaciones que muchas veces a priori, son reprochables desde el punto de vista de la medicina, pero que en la práctica, solo manifiestan una vulnerabilidad donde todas las conductas (activas u omisivas) representan un potencial peligro de ser sujeto de la acción

jurisdiccional por cuenta de la prestación del servicio, en cuanto no se cuentan con las condiciones técnicas, y la vocación de servicio, es en muchos casos el único elemento complementario al conocimiento con que se cuenta por parte del médico.

Si se tiene en cuenta que el régimen de imputación del artículo 90 Constitucional abarca un universo mayor de posibilidades de constitución de la falla en el servicio, y que en los procesos de responsabilidad médica se invierte la carga de prueba (que supone una presunción indirecta de culpabilidad contra el médico), puede concluirse entonces que jurisdiccionalmente la entidad puede ser condenada fácilmente, pero la repetición contra el médico demanda un análisis especial, dadas sus limitaciones por cuenta de factores administrativos y burocráticos, donde el reproche recae sobre el galeno y afecta con ello, su credibilidad frente a los pacientes.

Asimismo, es preciso recapitular respecto al régimen de responsabilidad del Estado en el orden nacional, lo que ha señalado Montoya- Uribe (2015) afirmando que el fundamento de la imputabilidad a las entidades estatales por los daños causados por la indebida ejecución en los actos médicos propios de la atención en los servicios de salud, en los que pueden incurrir las entidades por no actuar, actuar mal o hacerlo de forma tardía, lo cual no solo supone una vulneración de principios, derechos y deberes consagrados en el artículo segundo de la Constitución Nacional, que se integran con los principios rectores de la Ley 100 de 1993 y de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

En este orden de ideas, en el marco del Derecho administrativo Colombiano, cuyo régimen de responsabilidad se reestructuró con posterioridad a la Constitución Política de 1991, donde el artículo 90 establece un amplio régimen de formas de imputación al Estado, incluso en algunos casos cuando median causas extrañas o naturales en la ocurrencia de daños, por cuanto el deber de diligencia del Estado no

se circunscribe a las instituciones de responsabilidad del Derecho privado, sino que cuenta con una serie de reglas especiales, que serán objeto de abordaje posterior.

Meza (2010) recapitula el origen de la responsabilidad en Roma, donde al ciudadano moroso se le quitaba su calidad de ciudadano, y era reducido a la condición de esclavo por cuanto era lo justo la restitución de lo convenido de alguna manera, lo cual permite que, en tiempos de Justiniano, se produjere la primera distinción entre el elemento objetivo y el elemento subjetivo, sin que ello dejase al lado el crédito como obligación a saldar (p.7)

En igual sentido, Castro & Margaux (2007) ponen de presente su posición sobre la evolución de la responsabilidad del Estado, trayendo a colación una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada del 22 de octubre de 1896, donde se pone de manifiesto que el Estado no es sujeto de imputación penal, pero que sin embargo los delitos y daños imputables a sus funcionarios debe repararlos, por cuanto se debe la protección jurídica de los derechos de los nacionales y extranjeros (p. 148), imponiéndose en sentencia del 28 de octubre de 1976 del Consejo de Estado la carga a las personas jurídicas de vigilar a sus agentes lo que a criterio de los autores es un anticipo al actual régimen de responsabilidad estatal, carga que encuentra fundamento en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, disposiciones que fueron replicadas a posteriori y a criterio de los autores, consolidan un importante renglón en la evolución histórica de la responsabilidad civil (Castro & Margaux, 2009, p. 149)

Corolario de lo anteriormente señalado, es preciso advertir que la responsabilidad del Estado no se da solo frente a los daños antijurídicos causados por la actividad de la administración, sino que además debe ser vista desde la garantía respecto a recursos y obligaciones frente a los administrados quienes acuden a las instituciones con el fin de conservar o restaurar la salud, finalidad máxima de la

medicina y en general, del acto médico como forma de materialización del derecho fundamental autónomo a la salud.

Para tal efecto, es necesario y por demás pertinente realizar un relevo normativo, doctrinal y jurisprudencial donde se aborden los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad estatal desde la principalística, la doctrina y las consideraciones de las Altas Cortes, con el fin de formular un artículo científico donde se permita al lector observar el deber ser jurídico respecto de las obligaciones derivadas del acto médico y sus efectos institucionales, así como las cargas que el mismo impone.

Este estudio será realizado en el marco de una investigación cualitativa, donde se acudirán a fuentes de conocimiento de relevancia vinculante, a través de un estudio descriptivo y exploratorio que permitirá obtener un producto en formato de artículo de investigación donde se evidencie la problemática objeto de la investigación.

1. Breve aproximación conceptual al concepto de daño

El concepto de daño ha sido objeto de debate jurídico de acuerdo a la evolución de las sociedades, los regímenes políticos, jurídicos y las implicaciones sobre lo que se considera y no se considera daño, debate que en Colombia se zanja con la promulgación del texto de la Constitución Política, y de allí la jurisprudencia y la doctrina como fuentes auxiliares del derecho reconocidas, han perfilado análisis valiosos que enriquecen tal concepto.

Juan Carlos Henao, tratadista colombiano ha definido el daño como el primer elemento y vínculo directo de la predica de responsabilidad en el plano de las relaciones entre los sujetos partícipes del contrato social; toda vez que si se predica

un daño es porque hay una falta a un deber legal, es decir, ocurre una conducta que se reprocha como antijurídica.

Para ilustrar tal concepto, Henao (2007) cita a Hinestroza quien afirma que

[...] el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, han de ocupar el primer lugar en términos lógicos y cronológicos en la labor de las partes y el juez en el proceso [...] (p. 34)

Esta posición, que defiende Henao al afirmar que una persona que no ha sido dañada de alguna manera en sus derechos, su integridad o su patrimonio, no demanda ser objeto de la actuación judicial y mucho menos reparada (2007; p 37)

Es de señalar que el derecho administrativo, tiene como norma precursora las disposiciones de derecho civil relativas a la noción de responsabilidad en el ordenamiento jurídico contemporáneo; y en tal sentido, es preciso recapitular lo afirmado por Irisarri (2000), quien ha definido la responsabilidad jurídica como:

Se está en presencia de responsabilidad jurídica cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos es contrario al orden social. En ésta, al contrario de la responsabilidad moral, el resultado que debe ser un perjuicio, trasciende al campo externo afectando la vida en sociedad y violando normas jurídicas, por lo cual sus efectos se escapan del fuero interno del individuo y pasan al mundo jurídico generando una carga en cabeza del autor del daño que puede consistir en una sanción o una reparación. (Irisarri, 2000; Pg. 11)

De esta definición, debe precisarse entonces que el régimen de obligaciones que emanan de la misma ley, por tanto, se hallan supeditadas a la existencia de prerrogativas o normas en las cuales se fundamente no solo el nexo causal, sino la relación jurídica entre los sujetos.

A partir de ello, debe entonces precisarse que no basta que el daño se configure, sino que la imputación de responsabilidad debe tener como origen la ruptura o lesión al derecho o interés lícito y legítimo de una persona, pues como ya se dijo, debe haber una ruptura a mandatos constitucionales y/o legales, definido por la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C- 644 de 2011 como “el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo”, desprendiéndose del hecho dañoso la valoración de existencia de un daño, que finalmente, se conectarán a través del nexo de causalidad o nexo causal

1.1. El concepto de reparación en la legislación colombiana.

El concepto de reparar en el idioma español goza de múltiples acepciones, sin embargo, tiene como objeto esencial la restauración de las cosas o en su defecto la compensación cuando es imposible, y ello es lo que ocurre en el campo de la responsabilidad médica, por cuanto en este tipo de situaciones donde hay afectaciones a la salud, lo que se repara no es solo la salud como consecuencia del acto médico, sino que en aquellos casos donde se sufre algún perjuicio, se compensan los daños que ha sufrido la víctima del hecho generador del daño, condición común aplicable a todas las tipologías de reparación jurídica, donde se incluye la reparación a víctimas como consecuencia del conflicto (Ley 1448 de 2011), el resarcimiento de perjuicios que es la procedente en la instancia judicial, que puede ser indemnizable por daños patrimoniales o extra patrimoniales, y en el campo de los daños extra patrimoniales estos a su vez pueden ser reparaciones o bien por sumas de dinero, obligaciones de ejecutar ciertos actos o reparaciones en abstracto.

Puede entonces comprenderse la reparación, como la consecuencia lógica y jurídica de todo daño cuya ocurrencia se acredite de forma efectiva, y en tal orden de ideas, es preciso entonces recapitular lo afirmado por la Defensoría del Pueblo (s.f.)

La titularidad del derecho a la reparación y el alcance de las medidas reparatorias, exigen dar cuenta previamente de la noción de daño, entre otras razones porque la reparación debe ser proporcional y adecuada en relación con los perjuicios sufridos por la víctima y porque “si no existe daño no puede haber reparación posible; solo se repara el daño que efectivamente sufrió la víctima” (Defensoría del pueblo, pg. 36-37)

Complemento de lo anterior, Sandoval (2013) destaca que, la persona como sujeto humano en el derecho ha dejado de ser un mero titular de derechos subjetivos, para entrar a jugar un rol protagónico en el ejercicio de derechos personalísimos como lo son la salud por mandato constitucional (p. 239), lo que permite entonces concluir que, a todas luces la reparación no solo responde a la necesidad de equilibrio de las cargas, sino que actualmente tiene una carga simbólica en función de la vida, la dignidad humana, redimensionando las afectaciones morales, físicas y de cualquier otro tipo que haya, consecuencia del hecho dañoso.

1.2. La responsabilidad objetiva

Como primer referente conceptual en la comprensión de este concepto, resulta pertinente recapitular lo afirmado por Ordoñez (2010), quien recapitula los postulados de Ripert, afirmando que

...la teoría del riesgo parte del supuesto según el cual “todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse por el que lo ha ocasionado, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a un problema de causalidad,

cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a otro a reparar el perjuicio (Ordoñez, 2010; Pg. 24)

Asimismo, en el marco de la evolución de la responsabilidad objetiva en el contexto jurídico Colombiano y en general, de este tipo de responsabilidad originaria del Derecho francés ha acotado la autora que “la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo es una especie de responsabilidad civil que se genera con independencia de toda culpa por parte del sujeto que realiza el hecho dañoso” (Ordoñez, 2010; Pg. 25), destacando además la autora que esta tesis tiene origen en las instituciones romanas, recopiladas en las legislaciones laborales de Alemania, Francia e Italia que la desarrollan en torno al derecho laboral, derivando ello de los abusos laborales y las rupturas de los sistemas de contratación propios de la revolución industrial.

Desde la literatura jurídica y el ejercicio del derecho, suele confundirse el régimen de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad subjetiva, dado su origen común en el artículo 90 Constitucional, asunto que es dirimido por la Corte Constitucional en las definiciones y consideraciones contenidas en la Sentencia C-430 de 2000, donde se ha establecido que la responsabilidad objetiva es aquella donde al Estado le asiste el deber de indemnizar, aun cuando no existe el elemento de culpabilidad, posición que desde la doctrina reitera Rodríguez (2016), quien afirma

[...] la responsabilidad objetiva se deriva de una conducta del responsable, quien, en todo caso, es causante del daño, y puede liberarse de la responsabilidad que le corresponde demostrando una fuerza mayor o la culpa de alguien más, sea la víctima, sea un tercero (Rodríguez, 2016, p. 4)

Complemento de lo anterior, afirma De Trazegnies (2001), que

porque sólo atiende a los hechos del caso (al nexo causal) sin que sea necesario preguntarse por la paternidad moral -la culpa del daño. La discusión sobre la culpa requiere ya ser planteada por el demandante (como en la formulación clásica del principio subjetivista) ni tampoco puede ser alegada por el demandante para liberarse de responsabilidad (como sucedía en la inversión de la carga de la prueba (De Trazegnies, 2001, p. 52)

La responsabilidad objetiva o sin culpa, demanda entonces que exista un deber de indemnización aun cuando el agente no ha actuado de forma negligente o dolosa, que no puede confundirse con la seguridad social, por cuanto el primero le asiste el deber de compensar una ruptura, mientras que la seguridad social en principio está a cargo es del Estado (Castro & Margaux, 2007, p. 153)

Complementan los autores, afirmando que para que la falla en el servicio se constituya, la ruptura de la protección jurídica debe estar revestida de gravedad, debe haber un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado, por lo que la falla en el servicio, a criterio de Celis & Rojas (2017, p.21) se encasilla en la responsabilidad objetiva. Finalmente, de todo lo expuesto anteriormente, se evidencia que la responsabilidad del Estado, en especial de cara al título del daño especial, es de creación reciente y atiende a la necesidad constante del derecho administrativo de discriminar la responsabilidad institucional per se, de la responsabilidad autónoma de sus funcionarios, por cuanto la última admite medidas de repetición cuando es imputable al servidor un daño al ciudadano en ejercicio de sus funciones, dando cuenta ello de la evolución doctrinal y jurisprudencial de los conceptos.

1.3. Elementos de la responsabilidad del Estado

Guerra (2010) ha resumido los elementos de la responsabilidad del Estado en tres grandes elementos, los cuales son de recurrente referencia en la jurisprudencia y la

doctrina, a saber, el daño antijurídico definido como “el menoscabo, perjuicio en el patrimonio o lesión de un bien jurídico tutelado expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico, que el particular no tiene por qué soportar”; concomitante a éste, entiende como el segundo elemento estructural de la responsabilidad estatal que es la imputabilidad del Estado, referida por la autora como “el daño se produce como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, ya sea por funcionamiento normal o anormal de la administración”, y por último, el tercer elemento y quizá el más relevante de todos, es el nexo de causalidad, definido como “[...] la relación de una causa a efecto, en relación u omisión del Estado en el cumplimiento de lo cometidos Estatales y el daño antijurídico” (Guerra, 2010)

En tal orden de ideas, es preciso entonces definir el hecho como toda manifestación o transformación de la realidad con o sin efectos jurídicos, y en tal sentido Patiño (2008), advierte que su ocurrencia puede devenir de diversos factores, lo que supone que no siempre que se está en presencia de un hecho, se produce una consecuencia jurídica (Patiño, 2008; p. 194); y en igual sentido, describiendo el concepto Gordillo (s.f.) como la “actividad productora y no productora, de efectos jurídicos directos” (p. III'2), advirtiendo el mismo autor al respecto sobre los efectos del hecho para el derecho, que

Si bien es cierto que en muchos casos puede inferirse claramente cuál es la voluntad o el criterio a que un hecho responde, existen muchos otros casos en los cuales no podría decirse concretamente que la intención o el deseo del Estado ha sido uno determinado: es que, en la realidad administrativa, la falta de un pronunciamiento expreso generalmente indica precisamente una falta o carencia de voluntad de la administración. (Gordillo, s.f.; p. III-8)

Pero al hecho no le basta existir per se, ni materializarse para que de manera inmediata sean exigibles los efectos jurídicos del mismo, sino que precisa complementarse del nexo causal y del daño antijurídico, como elementos

concomitantes en la estructura de la responsabilidad estatal, ya que del hecho al resultado, debe verificarse la relación existente entre ocurrencia y producción del resultado, verificación que comporta en si una calificación de la conducta, que es a lo que la doctrina ha denominado como nexo de causalidad.

Frente al concepto de daño antijurídico, ha precisado en Consejo de Estado, que este “[...] es Entonces, el daño entendido como la lesión a un interés protegido por el ordenamiento jurídico, y que la persona no está en el deber de tolerar” (Consejo de Estado, Sentencia (0909-01(22592), 1999), advirtiendo esta misma corporación respecto a su estructuración, que “el hecho de que se encuentre establecido el daño no significa que el mismo de manera automática sea imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada”, examen que demanda por demás que el juzgador analice un conjunto de pruebas de forma independiente pero armónica, por cuanto

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribubilidad material (*imputatio facti*), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar – acción u omisión– por consiguiente, es en la imputación fáctica o material, en donde se debe analizar y definir si el daño está vinculado en el plano fáctico con una acción u omisión de la administración pública, o si a contrario sensu, el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la misma o porque operó una de las llamadas causales eximentes de responsabilidad, puesto que lo que éstas desencadenan que se enerve la posibilidad de endilgar las consecuencias de un determinado daño. (Consejo de Estado, Sentencia 0909-01(22592), 1999).

Entendido el daño antijurídico y el hecho como los extremos de la responsabilidad, es preciso entonces identificar el nexo causal y la necesidad de su verificación para que se acredite la responsabilidad del Estado, es preciso entonces finalmente definir el daño antijurídico, por cuanto este último comporta el análisis de los extremos de

la relación jurídica a analizar, y es por ello que resulta preciso citar a Pastrana (2018) quien afirma respecto al nexo causal, que

“[...]se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado”. Se trata entonces, de un puente entre la actuación o la omisión de la administración pública y el daño que se llega a cometer dentro de este ejercicio administrativo. (Pastrana, 2018; p. 72)

Uno de los elementos que destacan a la luz del establecimiento de la responsabilidad, es que guarda cierta identidad respecto a la responsabilidad civil, donde sin embargo se habla en sede contencioso administrativa de la imputabilidad del Estado, y no de la modalidad de la conducta, lo que denota una protección al ciudadano, la cual responde a la estructura de la responsabilidad y su raigambre Constitucional.

Al respecto, es preciso citar a González Noriega (2009), quien afirma que del régimen actual es notorio el concepto de daño antijurídico, por cuanto ello no se instituía en el régimen de responsabilidad del Estado anterior a la Constitución de 1991, y que resulta notorio en la evolución respecto al juicio de reproche que establece el operador judicial, asunto respecto al cual se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C- 333 de 1996, afirmando que

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita

patrimonial de los particulares. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 333 de 1996)

En definitiva, la responsabilidad del Estado se materializa no solo por conductas antijurídicas, sino incluso en aquellas que, aun siendo jurídicamente válidas, constituyen conductas contrarias a los ciudadanos en el ejercicio de un derecho determinado, que demandan entonces medidas tendientes a la mitigación, reparación o eliminación del perjuicio irrogado, conforme a los títulos de imputación de la falla en el servicio, el daño especial y riesgo excepcional.

Concebir el régimen de responsabilidad estatal en Colombia a la luz de las dinámicas actuales, genera inmediatamente la remisión normativa al artículo 90 Constitucional, por cuanto en la citada norma se recogen los presupuestos sustanciales de las acciones de responsabilidad, donde el Estado es parte en la relación jurídica entre sus dependencias, o respecto de los particulares, y es este sentido que es preciso entonces citar textualmente el artículo señalado, el cual dispone que

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 90)

Se observa entonces de la lectura del artículo citado, que la responsabilidad del Estado debe ser demostrada en procesos de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual no es preciso entonces indicar que la misma opera por ministerio de la ley, lo que hace necesario observar el concepto de autoridad pública, el cual debe ser entendido en sentido amplio como el conjunto

de personas e instituciones que cumplen alguno de los fines o funciones del Estado, como es en el caso objeto de estudio.

Frente al alcance de las acciones judiciales tendientes a la declaratoria de responsabilidad del Estado vía medios de control, es preciso entonces apelar a las consideraciones sobre los límites de la misma, donde ha precisado la Sentencia C-430 de 2000, de la Corte Constitucional Colombiana que

En la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga. Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-430 de 2000)

De lo anterior, se observa entonces que la responsabilidad estatal comporta sus propias particularidades respecto a la responsabilidad civil propia del derecho privado, por cuanto se aborda la existencia del daño jurídico como aquel que el ciudadano se halla en la obligación de soportar, y es por ello que para efectos de ajustes de las reglas en este régimen de responsabilidad, el régimen indemnizatorio plantea el elemento subjetivo de injusticia en el daño causado, pudiendo ampliar así la protección en pro del ciudadano, que es en últimas el sujeto en debilidad manifiesta en términos de poder a la luz del proceso jurisdiccional.

Asimismo, considera la sentencia que contrario a lo que opinare un sector de la doctrina, la creación de un régimen de responsabilidad objetiva del Estado como regla general de la responsabilidad conforme al artículo 90 constitucional, no excluye ni deja sin fundamento la responsabilidad subjetiva en ciertos casos, sino que la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos admite reproche no solo por su ilicitud, sino también por su irregularidad, en la cual debe mediar dolo o culpa grave. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-430 de 2000)

Tejada (2017) rescata del régimen de responsabilidad estatal colombiano, que el mismo ha surgido de la legislación española, exactamente de la Constitución de 1978, donde se establece el concepto de la responsabilidad objetiva del Estado como cierre a la brecha de desprotección y desbalance entre los derechos ciudadanos y la potestad estatal (Tejada, p.90-91.), concepto que sin embargo emerge, conforme a lo expuesto por el autor de otras legislaciones, como es el caso de la legislación italiana, donde desde 1923 se reconoce la responsabilidad del Estado desde los “hechos ilícitos”, concepto que fuera replicado con sus particularidades en la constitución alemana de 1949 y en la Constitución Francesa de 1970.

De lo anterior se desprende entonces, que la responsabilidad estatal no es una creación reciente ni mucho menos, sino que responde a un proceso de corte histórico y social, donde el derecho penal y en especial el derecho civil han enriquecido los fundamentos sustanciales de las instituciones de la responsabilidad, lo que a la par ha generado que se responda desde el Derecho Constitucional y la constitucionalización de las relaciones sociales a las necesidades sociales en cuanto a la preservación, protección general y especial e indemnización, respecto de derechos patrimoniales y extra patrimoniales.

2. La infección nosocomial y su incidencia en la responsabilidad médica institucional.

Uno de los mayores riesgos que existen en los establecimientos e instituciones médicas por su misma función y por el cumplimiento del deber Constitucional, legal y profesional de los médicos y el personal que interviene en el acto médico, es la aparición de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, por cuenta de las patologías, secreciones, fluidos, residuos y práctica de procedimientos, que por más que se hagan esfuerzos no son eliminables con las labores de limpieza ordinarias, asunto frente al cual ha precisado Fernández (2016) que

Las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, entendidas como "toda infección que aparece en el curso o como consecuencia de una hospitalización y que no estaba presente al momento de la puesta en marcha del acto generador ni al momento de la admisión", son de dos (2) clases: Endógenas y exógenas. Las endógenas, son aquellas donde el enfermo se contamina por sus propios gérmenes, interviniendo en este caso la situación médica del paciente, es decir, su edad y su patología, sus tratamientos, la calidad de los cuidados médicos y la presencia de gérmenes patógenos para ciertos pacientes debilitados. Por su parte, las infecciones exógenas, pueden ser también de tres tipos, a saber: aquellas que se transmiten de un paciente a otro, aquellas provocadas por los gérmenes del personal portador de los virus y las infecciones ligadas a la contaminación del medio ambiente hospitalario. (Fernández, 2016, s.p.)

Continúa la autora con su disertación, indicando que en principio no se quería reconocer en la jurisprudencia francesa la infección nosocomial como un perjuicio consecencial al acto médico pero que, sin embargo, en la actualidad pese a su reconocimiento, es de capital importancia destacar que "[...] el Consejo de Estado fundamentó finalmente la declaratoria de responsabilidad en la teoría del "riesgo-álea", cambiando la tendencia por el reconocimiento de una responsabilidad de corte subjetivo en el campo de la prestación del servicio médico-hospitalario." (Fernández, 2016, s.p.), y en igual sentido, Giraldo (2017) ha sido enfático en

advertir que las infecciones nosocomiales responden a un riesgo propio derivado del acto médico, que sin embargo per se, no son objeto de imputabilidad al galeno, sino que son un riesgo aleatorio en función del acto médico, entendido el mismo como un derecho y como un servicio que han de prestar quienes cuentan con la infraestructura, los elementos y el personal con el conocimiento para tal efecto., destacando este autor que “si bien las infecciones hospitalarias pueden ser irresistibles, no son imprevisibles, pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica, que las hace prevenibles y controlables” y por tanto, su ocurrencia y sus efectos son fuentes de obligaciones de carácter indemnizatorio. (Giraldo, 2017, pg. 8-20)

Conclusión de lo anterior, podría advertirse entonces que la infección nosocomial o intrahospitalaria no responde a los criterios convencionales del acto médico, sino que son cuestiones de orden administrativo derivadas de un negocio como lo es la salud, puesto que al fin de cuentas los servicios médicos permiten a las entidades percibir beneficios, aun cuando se trate de un servicio esencial.

2.1. Responsabilidad del Estado por infecciones nosocomiales

Para comprender la responsabilidad del Estado por infecciones nosocomiales, es preciso remitirse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde ya existen pronunciamientos expresos al respecto, siendo el primero de ellos el expuesto en la Sentencia 25000-23-26-000-1995-11369-01(27771) del 10 de septiembre de 2014, donde manifiesta el Consejo de Estado que es responsable la entidad CAJANAL en liquidación, de los perjuicios sufridos por la señora Gloria Esperanza Cortés Duque consecuencia de una infección nosocomial que adquirió al momento de dar a luz a su hijo el 22 de noviembre de 1994 en el Hospital Federmann de la ciudad de Bogotá D.C. , por cuanto al momento del parto adquirió una infección nosocomial que

representó en definitiva la pérdida de su aparato reproductor, lo que supone un perjuicio que es objeto de reparación dada la antijuridicidad del mismo

Frente a las construcciones jurisprudenciales y la reiteración de la responsabilidad del Estado frente a las infecciones nosocomiales, Giraldo- Vega (2017) ha advertido que

La jurisprudencia de lo Contencioso, ha sostenido que en materia de responsabilidad médica siempre que se imponga al Estado la obligación de reparar, deben de estar acreditados en el proceso el daño y la imputación, pues aquella tiene lugar cuando el perjuicio efectivamente fue generado por la acción u omisión Estatal. En ese orden, aunque establecida la falla y la relación de causalidad con el daño, no queda sino imponer la condena, ello no significa, al tenor del artículo 90 de la Carta Política, que también, al margen de la conducta reprochable del agente, el deber de reparar se imponga, precedido, eso sí, de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a una decisión, fundada en los valores y principios constitucionales. (Giraldo- Vega, 2017, p. 26)

El autor ha citado otro caso de un procedimiento médico, exactamente la sentencia Radicado 1990-06951-01 de febrero 28 de 2013, donde una paciente sufrió por cuenta de una infección nosocomial también en su aparato reproductor, consecuencia de un parto de emergencia, en el cual adquirió la infección y consecuencia de ello se le perforó la pared del útero; siendo el objeto principal de análisis por parte de la Corte, la praxis médica y la previsibilidad del riesgo, considerando finalmente la Corte que no se podría prevenir que entrara la infección en el cuerpo de la paciente, pero que ese riesgo si era una consecuencia que podría ocurrir en ella o en otro paciente a partir del acto médico, en especial tratándose de un procedimiento invasivo como una cirugía de esta naturaleza.

Sin embargo, esto es consecuencia de un proceso de maduración de la jurisprudencia, el conocimiento médico y el diálogo entre el saber médico y jurídico, puesto que como ha referido Fernández (2016) que, en países en vías de desarrollo

como Colombia, se identificó en 2002 en el marco de la Asamblea Mundial de la Salud, un mayor riesgo de contraer infecciones intrahospitalarias por las condiciones de los servicios de salud, surgiendo de esa problemática la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente, encabezada por la Organización Mundial de la Salud con el fin de establecer acciones internacionales para solucionar tal problemática.

En este sentido, recapitulando las construcciones jurisprudenciales en torno a la responsabilidad objetiva del Estado por el acto médico, en particular las infecciones nosocomiales, el Consejo de Estado en Sentencia 2006-01328/36565 de mayo 18 de 2017, concretó los tipos de responsabilidad a que hay lugar en el régimen objetivo, indicando que son:

“i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; (Consejo de Estado, 2017)

Pero no toda la jurisprudencia del Consejo de Estado resulta gravosa en exceso a los intereses de las entidades prestadoras de servicios médicos, pues en este sentido se propone en la sentencia 25000-23-26-000-1995-11369-01(27771) del 10 de Septiembre de 2014, que si bien la carga de las infecciones nosocomiales es irrenunciable e intransferible pueden establecerse métodos como la contratación de seguros de responsabilidad, lo que supone una fórmula intermedia que incluso en el texto de la sentencia se sugiere que este tipo de contratos sean de obligatoria suscripción por las entidades. Previo a ello, ya se habían establecido algunas reglas sobre la admisibilidad de responsabilidad objetiva del Estado en algunos casos, donde la actividad médica no se considera peligrosa, sino de un resultado probable,

o lo que quiere decir, de riesgo alea, destacando la sentencia al respecto los siguientes escenarios

i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo; iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (p. ej., eventos de medicina nuclear); iv) en supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos; v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria; vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento, la responsabilidad es de tipo objetivo. (Consejo de Estado, 2011)

Lo anterior entonces, deja en evidencia que no en todos los casos el reproche de la medicina es de corte peligrosa, sino casuístico, incluso un tanto derivado a la suerte, pues como se ha podido evidenciar hasta el momento hay situaciones que escapan al ámbito del quehacer del médico, y suponen la entrada de otros factores que son objeto de reproche consecuenciales, mas no directos del acto médico, por lo que la jurisprudencia reitera en sentencia 2001-01343 del 29 de agosto de 2013, que al ser previsible el riesgo de una infección nosocomial, ya no se encauza como caso fortuito y de allí que surge la obligación indemnizatoria.

Es en este orden de ideas, que para comprender los alcances de la responsabilidad del Estado en materia de daños causados por infecciones nosocomiales, que es preciso acudir al análisis de la sentencia del Consejo de Estado del 29 de agosto de 2013, en el proceso con Radicado 30283, donde se pone de manifiesto que la

responsabilidad entra a considerarse como un asunto de régimen de falla en el servicio probada, debiendo hacerse claridad en el sentido que, desde la jurisprudencia del Consejo de Estado pueden consolidarse dos formas de falla en el servicio, la falla presunta y la falla probada demandando la primera que la entidad accionada demuestre la existencia de causales de responsabilidad, mientras que la falla probada apela a que es la parte accionante la que debe demostrar el hecho dañoso.

En este caso, y conforme con los presupuestos de la sentencia, la falla a imputar por infecciones nosocomiales es una falla probada, reiterándose que entonces no procede por este concepto la imputación a título en la falla del servicio, sino que debe obrar para el efecto es la acción de reparación directa, por cuanto se debe comprobar el carácter previsible de la infección, y que se causó con ocasión del acto médico, mas no es imputable al acto per se, y del análisis de la sentencia, junto con las demás sentencias objeto de estudio, que la falla que origina la infección nosocomial no debe ser tratada como falla presunta, sino que al deberse demostrar los elementos descritos, la inversión de la carga de la prueba se traslada al paciente, advirtiendo al respecto la sentencia analizada que

[...]el criterio de la falla presunta, si bien fue utilizado reiteradamente por el Consejo de Estado para analizar todos los casos de responsabilidad médica –no solamente aquellos derivados de infecciones intrahospitalarias–, fue posteriormente abandonado con fundamento en que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas, de manera que no siempre es razonable exigirles que demuestren que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad (Consejo de Estado, sentencia Radicado 30283 del 29 de agosto de 2013)

Continúa la sentencia precisando, que conforme a la jurisprudencia de otros países, que si bien la consolidación de la falla probada no es absoluta, lo que si es cierto y que por ende admite un debate en cuanto a los elementos probatorios y a los

elementos constitutivos del medio de control y de la imputación de responsabilidad, a todas luces es claro que en cualquier escenario se trata de asuntos de responsabilidad objetiva y no subjetiva, lo que genera de forma cuasi automática la obligación de responder, quedando claro de acuerdo con la sentencia de agosto 29 de 2013, que la falla por infecciones nosocomiales no se comporta como una falla presunta.

2.2. Algunas consideraciones sobre la evolución de la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para efectos de comprender y analizar en clave de la evolución la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales, es preciso comprender que este concepto cuenta con una variación en el título de imputación y en los medios de control, por cuanto es un concepto jurídicamente inacabado que ha merecido reconsideración por parte de los operadores jurídicos en diversas instancias, incluyendo al Consejo de Estado.

Una de las sentencias objeto de consideración para el efecto, es la sentencia del 6 de noviembre de 1997, en la cual se aborda la responsabilidad por infecciones nosocomiales a partir de la inversión de la carga de la prueba, como si se tratase de un proceso por responsabilidad médica, siendo este un proceso donde la paciente adquirió una infección, consecuencia del ingreso a quirófano para la remoción de una catarata, donde resultado del proceso infeccioso debiera retirarle a la paciente el ojo e implantar una prótesis. Posterior a la demanda, en el marco del procedimiento, la médica tratante llegó a reconocer que existía un alto grado de probabilidad de que la infección fuese contraída en quirófano, asunto que aunado con la falta de prueba sobre la debida diligencia y la exoneración de diligencia,

hicieron entonces que la demanda prosperara. (Sentencia Expediente 11.782 del 6 de noviembre de 1997, Consejo de Estado).

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de mayo de 2008, inicia algunas aproximaciones al concepto de la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales, donde, sin embargo, aún se le da un tratamiento a las infecciones nosocomiales como actos médicos directos, afirmando al respecto, que

Con la lógica de la sentencia, toda la responsabilidad médica será objetiva, pues siempre ella será riesgosa, teoría que tuvo su auge en España, pero que ante los estragos que causó su aplicación en materia médica, ya fue recogida por García de Enterría, su mentor (Curso de derecho administrativo, 10 ed., p. 377). La imposibilidad de controlar muchas de las bacterias intrahospitalarias en los hospitales de lugares apartados hará que estos desaparezcan más temprano que tarde y entonces, los defensores de la sentencia, satisfechos como Miguel Ángel al observar sus esculturas, dirán: “Hemos salvado a los débiles” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicación 23357).

En el marco de la consolidación de la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales, el Consejo de Estado en Sentencia del 19 de agosto de 2010, en el proceso radicado 30283 con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, se advierte que

[...] si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados... desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias (Consejo de Estado, Sentencia Radicación 30283).

En sentencia del 28 de Febrero de 2013, con la ponencia de la Magistrada Gloria Stella Conto Díaz del Castillo, se valora la ocurrencia de un suceso donde una paciente pierde a los 21 años de edad su sistema reproductor, consecuencia de un procedimiento médico que aunque fuera practicado en debida forma pero del cual derivó una infección adquirida con ocasión del acto médico, máxime que en este caso no se pudo alegar por la entidad demandada ningún eximente de responsabilidad, y prosperaron por ende las pretensiones de la demandante. (Sentencia proceso Radicado 25000-23-26-000-1990-06951-01(26303), Consejo de Estado).

Por su parte, la sentencia con radicado 250002326000199511369 01 del 10 de septiembre de 2014, advierte que, en términos jurisprudenciales, para el derecho argentino la prestación del acto médico demanda además una obligación de seguridad, obligación que entonces se torna como parte del régimen de la responsabilidad objetiva, consecuencial al acto médico y que por ende, demanda automáticamente la obligación de responder.

Reiterado todo lo anterior, donde se trataba entonces la responsabilidad estatal como consecuencia de falla en el servicio derivada de la ocurrencia del acto médico, la jurisprudencia del Consejo de Estado se modifica a partir de la sentencia del 29 de agosto de 2013 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo, sección tercera subsección B (agosto 29 de 2013) Sentencia 30283., M.P. Danilo Rojas Betancourth), donde se establece que el riesgo alea o riesgo aleatorio es un factor determinante para efectos de la responsabilidad y su reproche, cambio en el paradigma que surge a partir del análisis en el cual se deja en evidencia que así las instituciones demuestren diligencia y cuidado en la desinfección y protocolos de aseo, un porcentaje de patógenos sobreviven incluso a los más estrictos protocolos de limpieza, por lo que la falla en el servicio no se consolida, cuestión que entonces

plantea el reto de que pese al protocolo y diligencia en el cuidado, el paciente demanda la indemnización por los perjuicios irrogados respecto de su salud, surgiendo entonces como respuesta jurídica un cambio en la forma de imputación, de lo cual emana el daño especial, como respuesta jurídica a esta necesidad.

La sentencia con radicado 250002326000199802268-01, con ponencia del consejero Hernán Andrade, ha advertido respecto a los procesos de responsabilidad estatal, que

[...]en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

Advierte asimismo la referida sentencia que la falla en el servicio responde a un sistema de indicios probatorios que se deben dar en sede judicial, caso en el cual debe analizarse ello compatible con la regla general de la responsabilidad objetiva en actividades médico sanitarias, reconocidas así en jurisprudencia del año 1997 (véase Expediente 11.782 del 6 de noviembre de 1997 del Consejo de Estado).

Finalmente, Tabares (2016) precisa respecto a las consideraciones de la sentencia Expediente 21774 de 2015, proferida por la sección tercera subsección B del Consejo de Estado, advirtiendo que

Recordemos que el riesgo de contagio de infecciones nosocomiales nunca puede ser llevado a cero ya que los microorganismos de carácter hospitalario no pueden erradicarse en su totalidad de manera que su prevención es solo posible parcialmente. A ello se suman factores de riesgo inexorables a la prestación del servicio, como son: el sitio operatorio, la duración del procedimiento, las comorbilidades del paciente o la complejidad y duración del acto quirúrgico. Este es entonces un riesgo particular en el sentido que este tipo de infecciones es cada vez menos marginal y comienza a presentar una cierta historicidad, pues puede reconocerse una determinada expectativa de daño. Por ello, para el Alto Tribunal, es necesario poner énfasis en los derechos de la víctima, debiendo el Estado frente a una situación en la cual no hay una relación típica dañador-víctima, realizar una atribución general de responsabilidad puesto que en este caso el daño es causado por un microorganismo científicamente imposible de neutralizar. Es por ello que basándose en los artículos 49 y 90 de la Constitución Política, y teniendo como referente la experiencia extranjera, los Magistrados reconocen la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas afectadas por una infección intrahospitalaria a título del riesgo excepcional. (Sentencia Expediente 21774 de 2015).

2.3. La acción de reparación directa como mecanismo de acción frente a diagnósticos por infecciones nosocomiales

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha señalado respecto a la conciliación extrajudicial en derecho, la obligatoriedad del agotamiento del requisito de procedibilidad para los procesos cuyo medio de control es la nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversia contractual (Artículos 138, 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011), procedimiento que debe ser adelantado en la instancia y términos de la Ley 640 de 2001; debe señalarse al respecto que debe ser solicitada la audiencia por abogado, ello con el

fin de que sean protegidos los intereses del accionante, dada la pretensión económica que se persigue en el proceso. (Cartilla conciliar antes que demandar; Procuraduría General de la Nación). La disposición consagrada en la norma, tiene como fundamento de razón jurídica, el hecho que las pretensiones que formulan estos medios de control son de carácter económico, donde no se afecta el orden público (como la simple nulidad, o la nulidad electoral, por ejemplo), y en razón a la cuantificación de las pretensiones y la facultad dispositiva de las partes en todo o parte frente a dicha prestación, es que se habilita dicha posibilidad legal.

La acción de reparación directa en sus presupuestos esenciales, se encuentra regulada en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo CPACA, y se plantea como el medio de control idóneo, ya que en este caso, como se pudo verificar anteriormente por el origen del riesgo que da lugar al hecho dañoso, no hay una falla en el servicio del acto médico, sino que aun cuando la infección nosocomial se comporta como imprevisible, al no ser irresistible demanda de herramientas tendientes a la restauración del equilibrio de las cargas y a la indemnización de los perjuicios, pues como establece el citado artículo "... el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación ..." (CPACA, Artículo 140).

Conclusión

Puede concluirse en primer lugar, que las infecciones nosocomiales están penamente identificadas como un riesgo aleatorio al acto médico, que no son culpa ni del médico ni del paciente y de allí su tratamiento especial en la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto el acto médico no se encamina a su generación y propagación, pero de la necesidad de prestarse el mismo es algo que puede suceder, y cuyo perjuicio o consecuencias no tiene por qué ser padecida por

el paciente, y conforme al régimen de responsabilidad que estructura el artículo 90 Constitucional, es objeto de reparación.

Presenta un reto importante la distinción de la responsabilidad objetiva y subjetiva para efectos no solo de diferenciar los elementos a tener en cuenta por el operador judicial, sino porque de allí emanan consideraciones en torno al debido proceso, que permite un derecho de acción y de defensa con estricto apego al derecho, en particular cuando en este caso si bien se trata de algo ocurrido dentro del acto médico, se cambian las regla de juego y las cargas probatorias, que son distintas al procedimiento médico convencional, y que imponen al paciente deberes como la acreditación del carácter nosocomial de la infección.

Dentro de las dificultades para el abordaje del objeto de estudio que se presentan en la actualidad, se tiene que el concepto de infección nosocomial no es común ni siquiera en la literatura jurídica, dado el carácter excepcional de este tipo de procesos, lo que limita el margen de búsqueda y acción de la jurisprudencia pertinente para el efecto, siendo de difícil recaudo la información, quedando en evidencia que la investigación en el campo del derecho administrativo, en especial la responsabilidad médica aun cuenta con muchos elementos y temas por agotar, lo que lo plantea como un subtema de análisis jurídico sumamente interesante.

De lo anterior, se logra demostrar con esta investigación que, si existe la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales, pero que, sin embargo, la forma en que se estructura este tipo de responsabilidad tiene sus propias particularidades, que han sido ya descritas y que, a todas luces, se requiere de profesionales del derecho cualificados para el efecto de las acciones jurisdiccionales correspondientes.

Finalmente, puede advertirse que el análisis e investigación de la responsabilidad del estado por infecciones nosocomiales no es un asunto estático, sino que por el contrario debe responder al dinamismo del derecho administrativo, por cuanto el acto médico, los riesgos, la previsibilidad de la infección, las formas en que se mitiga y otros supuestos facticos y jurídicos de cada caso merecen una atención particular y un análisis casuístico particular, donde sin lugar a dudas la jurisprudencia de las Altas Cortes ha de jugar un rol complementario a la labor del juez, que permite advertir debates jurídicos interesantes entre los límites del deber de reparar con el acto médico y los mismos cuidados del paciente.

De lo anterior, se desprende una duda sobre la sostenibilidad del sistema en términos de indemnizaciones y materialización de las acciones jurisdiccionales en materia de responsabilidad por infecciones nosocomiales, y es la capacidad financiera de las instituciones, en especial de las instituciones estatales de asumir dichos rubros, máxime si se tienen en cuenta las limitaciones presupuestales de muchas de estas y las vicisitudes en torno a la asignación de presupuestos y las limitaciones a la conciliación; por lo que la solución planteada por la sentencia 30283 del 29 de agosto de 2013 por el Consejo de Estado, donde se propone la creación de un seguro frente a este tipo de afectaciones y se exhorta al congreso para que legisle sobre la materia, supone una estrategia idónea en términos de sostenibilidad del sistema de salud y aseguramiento de los recursos no solo para la entidad, sino para el paciente quien padece la infección, lo que en la actualidad se resume entonces a una cuestión legislativa que involucra voluntades políticas, y que denota unos campos de poder donde el derecho propone y reglamenta, pero son los legisladores quienes deben cumplir con sus deberes Constitucionales y legales.

Referencias Bibliográficas

1. Celis, R.E & Rojas, M.C. (2017). Títulos de imputación en materia de responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad Tratamiento jurisprudencial en el Consejo de Estado (período 1991 – 2016). (Tesis de maestría, Universidad Libre) Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11129/TITULOS%20DE%20IMPUTACION%20EN%20MATERIA%20DE%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20PRIVACION%20INJUSTA%20DE%20LA%20LIBERTAD%20-%20%20vfinal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
2. Código Civil [Código] (2020) Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
3. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección B (noviembre 6 de 1997). Sentencia 11.782 (M.P. Carlos Betancur Jaramillo).
4. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B (agosto 19 de 2010) Sentencia Expediente 17.333. Radicación 30283 (M.P. Enrique Gil Botero).
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo, sección tercera subsección B (febrero 28 de 2013). Sentencia 1990-06951 Radicación: 25000-23-26-000-1990-06951-01(26303). (M.P. Gloria Stella Conto Díaz del Castillo).

6. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección C (mayo 23 de 2012) Sentencia 22592 (M.P. Enrique Gil Botero)
7. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo, sección tercera subsección B (agosto 29 de 2013) Sentencia 30283. (M.P. Danilo Rojas Betancourth)
8. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera (junio 11 de 2014) radicado 250002326000199802268-01, (M.P. Hernán Andrade Rincón).
9. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección A (septiembre 10 de 2014) Sentencia 25000-23-26-000-1995-11369-01(27771). (M.P. Hernán Andrade Rincón).
10. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección C (mayo 18 de 2017). Sentencia 36565 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).
11. Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
12. Corte Constitucional de Colombia, Sala plena (1 de agosto de 1996) Sentencia C-333 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)
13. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (abril 12 de 2000) Sentencia C-430 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

14. Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (agosto 31 de 2011) Sentencia C- 644 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (mayo 22 de 2008). Sentencia radicación 23.357. (M.P. Jorge Enrique Socha Salamanca).
16. De Trazegnies, F (2011). La moderna responsabilidad extracontractual. Pontificia Universidad Católica de Perú. Recuperado de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/74/responsabilidad_extracontractual_p1t2.pdf?sequence=13&isAllowed=y
17. Decreto 3380 de 1981; por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981; diciembre 30 de 1981; D.O. 35.914 de diciembre 30 de 1981, Bogotá D.C.
18. Defensoría del pueblo (s.f.). Contenido y alcance del derecho a la reparación. Instrumentos para la protección y observancia de los derechos de las víctimas. Recuperado de <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/alcanceReparacion.pdf>
19. Fernández M, M.L (2016). Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano: reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa. *Revista chilena de derecho*, 43(3), (pp.849-875) DOI <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300004>
20. Giraldo- Vega, M.A. (2017) responsabilidad médica respecto a las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales a partir de las sentencias del consejo de estado y corte suprema de justicia (Tesis de grado, Universidad Libre seccional Pereira). Recuperado de [https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16566/RESPONSA BILIDAD%20M%C3%89DICA%20RESPECTO%20A%20LAS%20INFECCIONES%20.pdf?sequence=2](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16566/RESPONSA%20BILIDAD%20M%C3%89DICA%20RESPECTO%20A%20LAS%20INFECCIONES%20.pdf?sequence=2)

21. González Noriega, O.C. (2009) Humanidades. Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes, 37 (1). [pp. 76-86]. Recuperado de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734>.
22. Gordillo, A (1975) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. Volumen 1. Buenos Aires.
23. Guerra García, Y (2010) Revista Principia Iuris. Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la responsabilidad del estado por actos terroristas, 12 (1) [pp. 15-34]. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/390/530>
24. Guzmán Mora, F & Franco Delgadillo, E (2004); Derecho médico Colombiano. Elementos básicos, tomo I, Volumen 2; Biblioteca jurídica Diké; Medellín.
25. Henao, J.C. (2016). *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C: Editorial Universidad Externado de Colombia.
26. Herrera Ramírez, F.J. (2008); Manual de responsabilidad médica; Leyer editores; Bogotá D.C.
27. Isarri Boada, C (2000) ; El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano; Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá D.C.; Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

28. Julio Pretelt, J.D. (2017). El derecho a la salud en Colombia: evolución y defensa frente a un Estado que dista de ser garante. Universidad de Córdoba. Montería. Recuperado de revistas.unicordoba.edu.co/index.php/avancesalud/article/download/1222/1498
29. Ley 23 de 1981; Por la cual se dictan normas de ética médica; febrero 18 de 1981; D.O. 35.711 de febrero 27 de 1981, Bogotá D.C.
30. Margaux, Y & Castro, J (2007) Diálogos de saberes. Diversas formas de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa, 26 (1) [pp. 145-162]. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2076/1584>
31. Meza Pantoja, L.A. (2010) Análisis en las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado (Tesis de grado, Instituto de posgrados FORUM- Universidad de La Sabana). Recuperado de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/3851/132307.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
32. Montoya- Uribe, A.M. (2015); Responsabilidad del Estado frente a la prestación de los servicios de salud y los actos médicos. Universidad CES. Medellín. Recuperado de http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4069/1/Responsabilidad_Estado_Servicios_Salud.pdf
33. Ordoñez Vasco, Paula (2010); Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de la teoría objetiva y subjetiva); Pontificia Universidad

Javeriana, facultad de ciencias jurídicas; Bogotá D.C.; Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis21.pdf>

34. Pastrana, V (2018). Revista Vis Iuris. Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado 5 (0) [pp.63-86]. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1163+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
35. Patiño, H (2008) Revista de derecho privado. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración, 20 (1) [pp. 373-398]. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539/+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co>
36. Rodríguez, M (2016). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. *Revista de derecho privado- Universidad de los Andes* 56 (1). DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.09>
37. Sandoval Garrido, D.A. (2013) Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* 25 (pp. 235-271) Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602>
38. Tabares Cortes, F (2016). El sistema de asunción solidaria del riesgo de infecciones intrahospitalarias: elementos mínimos de integración en el sistema jurídico colombiano, 44 *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 209-230. DOI <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.ris44.sasr>

39. Tejada González, M.C. (2017) *Revista Jurídica Piélagus*, Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad, 16 (1) [pp.89-99]. Recuperado de

<https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/1447/2649>