



La responsabilidad médica desde la teoría de la imputación objetiva

Nadia Catherine Castrillón Medina

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo

Asesor

Jorge Iván Duque Gutiérrez, Docente
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia

2023

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

2

Referencia	Castrillón Medina, N.C. (2023). <i>La responsabilidad médica desde la teoría de la imputación objetiva</i> . [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Nadia Catherine Castrillón Medina¹

Resumen

El propósito de este artículo es analizar la carga probatoria en la responsabilidad médica desde la teoría de la imputación objetiva. Para ello, se enfocan desde la jurisprudencia, dos elementos importantes: el riesgo excepcional y el daño especial; ambos escenarios llevan a responder por el daño antijurídico en el servicio médico, o a evaluar la actividad del galeno por tratarse de una valoración de tipo cualitativo. Desde una perspectiva jurisprudencial, se concluye que en Colombia demostrar un daño a la salud por indebida aplicación de la *Lex artis* conlleva a que el Estado responda a título indemnizatorio por medio de la acción de reparación directa y la reparación integral del daño, más aún, si se trata de una alteración psicofísica que una persona no está en el deber de soportar.

Palabras Clave: (i)Daño (ii)Infección nosocomial; (iii)Lex artis (iv)Nexo causal; (v)No maleficencia; (vi)Principio beneficencia; (vii)Riesgo.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN 2. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. 3. DAÑO ESPECIAL 4. RIESGO EXCEPCIONAL. 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

¹ Abogada de la Universidad Católica Luis Amigó. Profesional independiente. Correo electrónico: nadiacatherinecastrillon@gmail.com. Este artículo se presenta para optar al título de especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

1. INTRODUCCIÓN

Para estudiar la responsabilidad patrimonial del Estado en la prestación de servicios de salud, en primer lugar; se precisa el concepto de responsabilidad. Posteriormente, se realiza una ubicación de tipo teórico que permita el desarrollo de este término desde el ámbito de responsabilidad sancionatoria en el Estado, que como su nombre lo indica, tiene como fin sancionar una conducta. En el caso, por ejemplo, de una suspensión del ejercicio profesional hacia el personal de salud que comete un hecho dañoso, para luego abordar la responsabilidad patrimonial del Estado. Se concluye que, frente a ese caso, no se pretende sancionar una conducta, sino, resarcir un daño causado.

La necesidad de reparar, o la obligación de tipo indemnizatorio que se genera por causar daño a otro tiene como fin resarcir ese menoscabo a la salud, en caso de no ser posible, generar una compensación por el daño causado. Por ello, conocer el agente causal es necesario en este punto: ¿Quién causó el daño?, ¿a quién le causó el daño?, ¿o existen dos situaciones que incidan en la generación del daño?

De acuerdo con la cláusula general de responsabilidad que se establece en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en el cual es el Estado quien responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que se le imputen, el presente trabajo pretende mostrar la responsabilidad médica desde el ámbito de lo contencioso administrativo, a partir de dos presupuestos generales a saber: el daño antijurídico y la imputación. Durante el desarrollo de este tema se irán generando subreglas a cada uno de estos elementos.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

5

El punto de partida en la responsabilidad médica radica en la verificación de la falla en el servicio. A partir de ahí, también se validan el nexo causal, el riesgo excepcional y el daño especial. Los dos últimos abordados de manera detallada, teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado que permite enseñar la carga probatoria de estos dos presupuestos por indebida aplicación a la *Lex artis*.

Para el caso riesgo excepcional, y el daño especial se abordan las infecciones nosocomiales, daños derivados del uso de las cosas u objetos en el desarrollo de una actividad, Por ejemplo. en el daño derivado de un electrobisturí, y las vacunas obligatorias; este último, enfocado desde el daño especial.

Como consecuencia a un daño a la salud por actividades propias en el campo médico, la persona afectada, más que estar vulnerada en sus derechos constitucionales protegidos, tiene la capacidad a reclamar probando el daño; siempre y cuando se cumplan algunas características. Éstas son que la víctima no esté en capacidad de soportar la situación dañina, y que la situación sea personal. De igual manera, que la reclamación realizada por quien sufrió el daño como víctima directa o víctima de rebote; además, que no haya sido reparado antes. En ese orden de ideas, lo que repara el daño a la salud es la lesión en si misma.

De la revisión jurisprudencial para el Consejo de Estado, como máximo órgano en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el daño es imputable a un órgano de administración pública frente a los términos de causalidad e imputación. El primero de ellos, se centra en el análisis de la causa desde un plano físico, que no es suficiente para concluir que la causa de una muerte, por ejemplo, no es suficiente para elaborar un juicio de responsabilidad,

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

6

toda vez que está precedida de una serie de causas que en el análisis de responsabilidad se deben entrar a validar desde la teoría de la imputación objetiva.

Desde el punto de vista de la imputación, se abordan los factores fácticos o materiales, por cuanto se tiene en cuenta la causa del resultado. Por lo tanto; se cuestiona a qué evento corresponde la causa del daño físico o psíquico, de lesión a la autonomía, o lesión generada en una pérdida de oportunidad de recuperación por un actuar indebido en el galeno; entre otras situaciones que ponderan la reclamación indemnizatoria a que tiene lugar en dicho suceso.

Una vez analizado el concepto de imputación, el trabajo desglosa los principios aplicados a la *Lex artis* que son propios en cualquier actividad el personal de salud dentro y fuera de la Empresa Social del Estado (ESE).

Por último, se concluye que en el régimen objetivo no importa la validación de la conducta, porque a pesar de que la administración actúe de manera adecuada se causa un daño antijurídico que no está en el deber de soportar: en ese sentido, se entra a edificar la responsabilidad de la administración. En otras palabras, la carga de la prueba bajo el análisis de la teoría objetiva es de índole administrativo, casuístico, métrico, funcional y operativo y abarcan las infecciones nosocomiales, la vacunación obligatoria, los daños derivados de la peligrosidad de las cosas, el tratamiento experimental, así como el uso de sustancias o químicas peligrosos, Esto, se aborda desde el quehacer profesional en el sector de la salud y empleados públicos.

Al finalizar la lectura del presente trabajo, se espera que quien lo estudie cuente con herramientas de apoyo frente a la teoría de la imputación objetiva, esto, teniendo en cuenta que,

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

7

con la metodología utilizada, se encontró un amplio campo desde el enfoque subjetivo, más puntualmente en la falla presunta y falla probada. Pese a lo anterior; confío en que esta investigación jurisprudencial permita determinar cuáles son las circunstancias jurídicamente relevantes frente este campo.

2. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Durante el quehacer del profesional de la salud surgen situaciones previsibles y no previsibles para los pacientes que acuden a una Institución Prestadora de Servicios de Salud. La previsibilidad, vista como un hecho esperado producto de un procedimiento o tratamiento médico. Lo no previsible en cambio, corresponde a sucesos ocasionados de manera inesperada que pueden afectar a una persona generando un menoscabo a la salud y en consecuencia una acción resarcitoria por parte del Estado. Como ejemplo de menoscabo a la salud, están las infecciones nosocomiales, el Consejo de Estado refiere que: “las infecciones nosocomiales ciertamente pueden causarse por fallas derivadas de la inobservancia de las recomendaciones establecidas por la autoridad sanitaria para la prevención de estas, la vigilancia de los riesgos epidemiológicos y el manejo de los residuos patogénicos” (Consejo de Estado, 2013, Sent.30.283)

En la esfera de la no previsibilidad también se encuentran los eventos adversos ocasionados en la atención hospitalaria. los cuales conllevan un daño imputable a la administración, algunos de ellos son generados por el retraso en los trámites administrativos,

fallas al registrar datos durante la epicrisis, errores en el suministro de medicamentos o componentes hematopoyéticos. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a los eventos adversos como aquellos en los cuales se genera:

incumplimiento de obligaciones que siendo propias de la prestación del servicio médico asistencial son ajenas al deber de tratamiento de la patología de base del paciente; se trata, por consiguiente, de la verificación de las obligaciones propias de los denominados actos extramédicos. (Consejo de Estado.2021, Sent, 56.684)

Por consiguiente, si durante la atención al paciente se genera alguna situación establecida como evento adverso, se entiende trasgredido el principio de seguridad de paciente.

Para entender el trayecto jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, es necesario enfatizar en que inicialmente la administración exigía al demandante aportar el medio de prueba en el cual se mostraba la falla en el servicio, con el fin de acceder a las pretensiones de la demanda. Posteriormente, teniendo en cuenta el principio *res ipsa loquitur*, cuyo significado es que las cosas hablan por sí solas, dicha idea fue reconsiderada.

En materia de responsabilidad médica frecuentemente se habla de las obligaciones de medio desarrolladas por el personal de salud. Éstas dependen de una serie de factores sobrevinientes a la causación del suceso, el modo en que se desarrollaron y la oportunidad para ejercer el ejercicio profesional. Por ello, la carga dinámica de la prueba depende las situaciones fácticas y le corresponde al juez Contencioso, entrar a considerar en materia de cuál de las partes está dicha carga.

En cuanto a la falla presunta y falla probada, si se confirma que el Estado actúa de manera diligente se exonera de responsabilidad. Sin embargo, en la falla probada, es la parte

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

9

demandante quien tiene la responsabilidad de probar bajo que situación se desarrolló la falla en el servicio médico; dicho de otro modo, probar la culpa del Estado.

En la falla del servicio presunta la parte demandante necesita probar la conducta estatal y posteriormente se presume la culpa del demandado. Sin embargo, es importante resaltar que dicha presunción admite prueba en contrario. Ahora, en la falla probada, es el demandante quien requiere probar tanto la conducta estatal como la negligencia del personal médico.

La pérdida de oportunidad se genera cuando al paciente sufre un daño a la salud por atención tardía del centro asistencial o demora en los trámites administrativos que se realizan. A esta persona se le afecta la posibilidad de retornar a su estilo de vida anterior a su enfermedad por actuaciones tardías, que ocasionan daño en la salud. Como ejemplos a este concepto de pérdida de oportunidad se tiene lo siguiente:

Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo (Consejo de Estado. 2004, Sent.25.416)

En ese orden de ideas, en la pérdida de oportunidad se cuenta con, por lo menos, una posibilidad de mejoría de las condiciones clínicas del paciente afectado. dicho en otras palabras, dependía de un alea para que su deterioro no se ocasionara; sin embargo, el haberse ocasionado pone en total desventaja a la entidad que sea demandada.

En las situaciones en que se predica una pérdida de oportunidad, desde un proceso causal se reduce a un paciente a simples probabilidades de: sobrevivir o de mejorarse y no empeorar su condición clínica.

Un caso claro de pérdida de oportunidad se evidencia en la Sentencia 28.214 del Consejo de Estado. En el cual un paciente pierde su ojo izquierdo luego de una cirugía de extracción de catarata, pues al estudiar la historia clínica se encuentra que el paciente había iniciado con un proceso inflamatorio e infeccioso como se predica a continuación:

la ecografía lo que mostró es que tenía un proceso inflamatorio severo (endofthalmitis), se encontró esto en la ecografía (sic), luego se decidió realizar una junta médica y se llegó a la conclusión que era un proceso de endofthalmitis, que a pesar de sus múltiples tratamientos antibióticos no mejoró, la junta médica levantó un acta de manejo de la complicación y de la pobre respuesta de dicha complicación, el señor tiene una edad de unos 70 años. Cuando se presenta la endofthalmitis deja secuelas como la pérdida de visión, y esto sucedió con el paciente... yo no soy cirujano, pero cualquier paciente que tenga indicio de infección nunca se lleva a cirugía. (Consejo de Estado, 2014, Sent, 28.214)

En el análisis de dicha sentencia, se encuentra que el paciente desencadena alteraciones psicológicas tras la pérdida de su ojo. Por ello, es evidente que la decisión de realizar la cirugía no era la apropiada para este caso. Ahora, la pérdida de oportunidad es evidente en esta situación luego del análisis que realiza el médico oftalmólogo, quien para la fecha actúa en calidad de perito encargado, pues de haberse optado por otro tratamiento posiblemente la infección se evita y el paciente no tendría con una secuela de tal magnitud.

La carga probatoria para la valoración de un caso aparentemente lesivo por indebida aplicación a la *Lex artis* depende de cada caso particular. Lo anterior teniendo en cuenta que, sin daño no hay lugar a una reclamar una responsabilidad. En ese orden de ideas, el Consejo de Estado analiza lo siguiente:

Se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, 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, 2013, Sent, 30.283)

A partir del año 2011, se comienza a proponer el concepto de daño a la salud desde la afectación inmaterial diferente del daño moral. De tal noción se incluye el daño a la vida en relación, alteración a las condiciones de existencia y el perjuicio fisiológico. Frente al argumento de daño a la salud, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia 30.283 del 29 de agosto indica:

[...] el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral;

ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Para invocar responsable al Estado por un daño ocasionado en el hospital y solicitar la indemnización por medio de la acción de reparación directa se requiere que el daño sea antijurídico. Frente a ello, Arenas (2017) señala que “es necesario que en el daño concurren tres requisitos, que son: la certeza, que sea personal y que sea justo” (p.75). La primera de ellas, por

cuanto hay que probar la existencia del daño o lesión, que dicha lesión se prolongue a lo largo del tiempo, y que haya una persona afectada a la que se le atribuye dicha indemnización.

3. DAÑO ESPECIAL

Antes de abordar este concepto se resalta que, a diferencia de lo que sucede en la teoría de imputación subjetiva, el demandado no se exonera de responder a pesar de demostrar su actuar por debida aplicación de la *lex artis*. Aunque el actuar médico se haya generado de manera diligente, y pese a ello se haya ocasionado un daño, este se encuentra en la obligación de responder.

Lo anterior desestima que en todas las situaciones se deba atribuir responsabilidad. Ya que, por ejemplo, en esta teoría de imputación objetiva es posible exonerar responsabilidad demostrando una causa extraña, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito.

Ilustrando un caso de fuerza mayor como eximente de responsabilidad, se cuenta con el caso de una persona que sufre un accidente en moto por estar conduciendo en estado de embriaguez, logra llegar al centro asistencial a ser operado de urgencia y muere posteriormente con ocasión a un paro cardiorrespiratorio. En esta situación, con los medios de prueba aportados durante el proceso no es posible determinar ningún reproche o actividad contraria con debida aplicación del deber objetivo de cuidado, pues en esta se encuentra que

La muerte de aquel devino como una consecuencia súbita propia de las condiciones de la naturaleza, sin que hubiera mediado acción alguna en dicho curso causal que permitiera ser atribuida como reproche o censura del comportamiento de la estructura estatal. (Consejo de Estado, 2007, Sent, 15.382)

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

13

El concepto de daño especial en Colombia se advierte a partir del año 1947, de allí se deriva como principio de igualdad en las cargas públicas y se enfoca en contrarrestar un perjuicio que se ha ocasionado por parte del Estado a un particular.

Además de esta precisión, y desde el campo de la responsabilidad médica, el Consejo de Estado describe que: “tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado” (Consejo de Estado, 2021, Sent.56.684)

En materia de daño, la exoneración de responsabilidad se establece desde la acción o la omisión de las funciones realizadas por diferentes actores. Es decir, El Estado se exime de responsabilidad si se prueba que el hecho dañoso se deriva de una conducta del paciente, en cambio no se exime de responsabilidad si durante la actividad médica desarrollada existen situaciones que llevaron al cambio en el estado de salud en este. Para esos casos la indemnización se realiza proporcional al daño ocasionado.

También existe la posibilidad que se generen daños causados por el desarrollo de la actividad administrativa, lo que incluye múltiples funciones que son propias del Estado, como ejemplo a ellos y desde el concepto de daño especial, se cuenta con dos sentencias particularmente parecidas por tratarse de secuelas y consecuencias generadas con ocasión a la aplicación de vacunas. Sin embargo, sus fallos se enfocan a que en ninguno de estos se atribuyó la categoría de daño especial sino de falla en el servicio, y de predicarse desde el primero el

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

14

consejo de Estado posiblemente accedería a las pretensiones de las demandas en cuanto a la responsabilidad del Estado.

En el primero de éstos, el Consejo de Estado en la Sentencia 18.860 del 28 de junio de 2017, cuyo problema jurídico se genera tras el evento adverso ocasionado de una vacunación. A pesar de la diligencia y cuidado en la inoculación del medicamento, se desencadena en un menor un perjuicio irremediable, ocasionando una parálisis como consecuencia de dicha dosis. A pesar de que se generó sentencia absolutoria para el Estado por no probarse falla en el servicio, frente a la acción por parte de la Empresa Social del Estado (ESE),

Para Arenas (2017):

Dada su capacidad administrativa y financiera y científica, no puede practicar exámenes individuales antes de cada vacuna, por lo que, para defender a la gran mayoría, a la masa de la población, impone como carga a aquellos niños con sensibilidad especial a la vacuna, a los riesgos pertinentes, con lo que, en bien de la comunidad sacrifica los derechos a la vida y a la salud de todos aquellos que, con exámenes previos no podrían ser vacunados. (p. 29)

Con lo anterior se evidencia que, a pesar de la atención oportuna por parte del personal encargado para suministrar la dosis del medicamento, se produciría el daño en el menor de edad teniendo en cuenta que no se acostumbra a realizar exámenes previos a la aplicación de una vacuna. Sin embargo, la pérdida de oportunidad se ocasiona a partir de tal omisión; la cual daría cuenta de la reacción alérgica desarrollada en el niño, siendo así, los efectos adversos no se producen y consecuentemente el daño no se ocasiona.

Mientras que, el Consejo de Estado en la Sentencia 22.424 del 28 de septiembre de 2012, revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de caldas y declara patrimonialmente responsable al Ministerio de Salud y Protección Social tras considerarse

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

15

responsable de la muerte de una menor de edad. Luego de suministrarle las vacunas de poliomielitis hepatitis B DPT (difteria, tosferina y tétanos), sin embargo, deniega las demás pretensiones de la demanda, por haberse solicitado como falla en el servicio en lugar de daño especial. Frente a esto el Consejo de Estado indica:

La sala no duda entonces de la responsabilidad del Estado como quiera que la menor Lina Vanessa Rendón Grisales estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnicas científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “*pertusis*” de la DPT (difteria, tosferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba” (Consejo de Estado, 2012, Sent.22.424)

Entre algunos de los efectos secundarios luego de la aplicación de diferentes vacunas está el dolor, malestar general, aumento de temperatura, y a pesar de estos síntomas, generalmente no se obtiene incidencia o daño en la mayor parte de la población a quien se le aplica un medicamento. Por ello, el personal médico debe ser aún más minucioso al momento de examinar casos como estos, a fin de evitar conflictos de esta índole.

En ese orden de ideas, en los casos que se generan daños por vacunación obligatoria, se toma este hecho como un daño imputable que requiere ser reparado por el Estado al demostrarse la relación de causalidad entre la vacuna y el perjuicio ocasionado.

La materialización del daño especial se da en la gestión de los servicios médicos a pesar de la legalidad con la que se ocasionen, pues es el Estado quien está produciendo un daño a un particular.

Como presupuestos de daño especial se encuentran:

-
- a) La actividad legítima de la administración
 - b) La ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas
 - c) El daño grave y especial superior al normal que deben soportar los ciudadanos en comunidad
 - d) El nexo de causalidad

Es necesario resaltar que la distribución de las cargas probatorias depende de lo que se pretenda acreditar. Por ello, basta que se muestren los elementos que configuran la responsabilidad médica entre ellos la prueba indiciaria, tal como lo establece el Consejo de Estado indicando sobre aquella que: “pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño” (Consejo de Estado, 2008. Sent.26.427).

En cuanto al nexo causalidad. El Consejo de Estado ha sostenido “la necesidad de demostrar el vínculo entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar a la entidad que prestó el servicio, el daño por el cual se demanda indemnización” (Consejo de Estado, 2008, Sent. 26.427) En ese orden de ideas, el daño debe ser cierto, no puede predicarse el daño por una presunción, debe apreciarse material y jurídicamente la lesión de la cual se pretende la reparación del Estado.

Aunado a lo anterior, cuando se genera responsabilidad médica por un daño especial es porque se generó un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas. El daño especial, como título de imputación, es subsidiario, teniendo en cuenta que primero se debe verificar que el

hecho dañoso no hace parte de una falla en el servicio para darle el título de responsabilidad por daño especial.

4. RIESGO EXCEPCIONAL

Este término tardó un tiempo más en desarrollarse a diferencia del daño especial, su origen data a partir de 1984 y se dirige particularmente a que en ejercicio de una actividad existe un riesgo de generarse un daño o una consecuencia desfavorable para quien está en ejercicio de la actividad riesgosa.

Para Arenas, (2017):

El riesgo excepcional es una figura jurídica traída del derecho civil al derecho administrativo, para encuadrar los supuestos en que se produce la responsabilidad estatal a pesar de que no se puede probar la culpa del estado. La particularidad de este título radica en que se debe estar en presencia de un elemento nocivo o una actividad considerada como peligrosa para los seres humanos. (p.161)

El riesgo excepcional es aquel en el cual el título de imputación tiene ocurrencia cuando:

- a) Utiliza recursos o medios que colocan a los ciudadanos o sus bienes expuesto a un riesgo de naturaleza excepcional
- b) La gravedad del daño excede las cargas que normalmente se deben soportar como contrapartida del servicio.

Un ejemplo a esta categoría de riesgo excepcional se encuentra en las caídas intrahospitalarias, como lo señala la Sentencia 56.684 del Consejo de Estado. Por consiguiente, en la teoría del riesgo permitido no hay imputación.

En la categoría del riesgo excepcional dirigido a casos netamente hospitalarios se presentan las infecciones nosocomiales. Éstas encuentran su fundamento desde el llamado Riesgo Álea. El cual sobreviene de la mediación del azar con ocasión a actividades médicas a pesar de no encontrarse probada la falla. El Consejo de Estado argumenta lo siguiente:

Nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar” (Consejo de Estado, año, Sent. 56.684)

Se toman como infecciones adquiridas en el ambiente hospitalario o nosocomiales porque la permanencia en el centro asistencial es un factor de riesgo en cuanto a la transmisión de agentes patógenos. También se puede predicar que existe riesgo álea como efecto secundario o consecuencia de los efectos de un tratamiento, por ejemplo, las náuseas o el vómito generados en un paciente oncológico luego de haber recibido su quimioterapia.

En el riesgo excepcional, actualmente, no existe diferencia entre la teoría del riesgo en el campo civil y administrativo. Además, este término se configura desde una actividad que pese a ser lícita puede ser peligrosa a quien se tiene a cargo. El Consejo de Estado determina que:

La medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes o infecciones nosocomiales, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea. (Consejo de Estado.2021, Sent.56.684)

Frente a las categorías del riesgo excepcional se encuentran las siguientes:

- a) El riesgo creado
- b) El riesgo provecho
- c) El riesgo social

El riesgo creado se configura a partir de la concepción que quien ocasiona un peligro está en el deber de asumir las consecuencias que puedan generarse en desarrollo de este, como

cuando se realizan actividades peligrosas en la actividad médica. Respecto del riesgo creado o no insignificante, Arenas (2017) establece que el estado al realizar su función debe ser consciente de los riesgos que genera y responder por ellos (p.151). A diferencia del riesgo provecho, en el cual, si bien una actividad no es peligrosa, los riesgos son asumidos por parte de la entidad hospitalaria en ocasión al provecho que se toma en ella, como puede suceder en los casos de tratamientos experimentales o investigativos. Y el riesgo social desde los resultados ocasionados en sociedad cuando se habla por ejemplo de una vacunación masiva con resultados dañosos en quienes optaron por su aplicación.

El sometimiento a riesgo injustificado también hace parte de los títulos de imputación objetiva. Como ejemplo se muestra cuando en un hospital dan de alta a un paciente antes de tiempo y en ese lapso se desarrolla un perjuicio para el paciente. Por ello, el no sometimiento a riesgo injustificado hace parte del deber médico y profesional del galeno con el fin de disminuir o mitigar el riesgo, vale aclarar que desde la responsabilidad objetiva se predica inobservancia a la *lex artis*, por cuanto no se evalúa la conducta del sujeto para atribuir ésta.

En cuanto al término de imputación desde un ámbito procesal en el que se le atribuye al Estado la obligación de reparar, se abordan dos fundamentos de imputación: fáctico y jurídico. En el primero, el hecho dañino se ejecuta desde una responsabilidad por acción, demostrando el nexo de causalidad; en tanto la imputación jurídica se enfoca en la posibilidad de probar el daño. Un ejemplo de lo anterior es demostrando una falla en el servicio, como se relacionó en líneas anteriores; sin embargo, dicha falla es atribuible desde una teoría de responsabilidad subjetiva en caso de acreditarse que se actuó diligentemente en el hospital.

Desde la ética médica que se predica en los profesionales de la salud se tienen diferentes principios a resaltar como el de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, que se encuentran contemplados en la Ley 23 de 1981. En esta, se estudia la conducta del médico en su ejercicio profesional desde un campo integral partiendo del concepto de dignidad humana por la vulnerabilidad del ser humano cuando se encuentra en un estado de enfermedad.

El principio de beneficencia se aplica desde la prevención o erradicación del daño, teniendo en cuenta las características propias del caso, o desde la premisa de ejercer actividades médicas que le generen el mayor beneficio a un paciente de acuerdo con la obligatoriedad para garantizar el derecho fundamental de la salud.

Por otro lado, el principio de no maleficencia se deriva de la abstención de una conducta que pueda generar un perjuicio, por ello se califica como un acto no intencionado. Desde el artículo 10 de la Ley 23 de 1981 se cataloga tal principio, donde establece que: “El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”

En ese orden de ideas, Se dice que si no se desarrolla una conducta se configura una inobservancia a la norma, genera ilicitud de una conducta y altera el principio de no beneficencia

El principio de autonomía se encuentra fundamentado desde la individualidad del profesional de la salud en la toma de las decisiones propias endilgadas a su cargo. El artículo 14 de la Ley 23 de 1981 extiende la capacidad en la toma de decisiones tanto a padres como tutores de quien no estén en condiciones de decidir por si mismos. Puntualmente dice que: El médico

no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata. Lo anteriormente se describe como privilegio terapéutico por cuanto es un tercero quien toma la decisión de acuerdo del interés del paciente.

Como último principio en el desarrollo deontológico de la Ley 23 de 1981 se encuentra el principio de justicia, enfocado a que las poblaciones menos favorecidas obtengan un acceso equitativo a la atención en salud con igualdad de oportunidades para acceder a un servicio de salud.

Realizar la actividad médica bajo cada uno de estos principios en la mayoría de los casos evitaría un desgaste mayor desde lo procesal y lo probatorio, por cuanto la calidad en la atención es óptima y consecuentemente no se generan tantos daños a ser reparables, es decir, le cuesta menos al Estado.

Para catalogar un daño como indemnizable, el Consejo de estado tiene en cuenta una serie de criterios, iniciando desde la valoración de la condición clínica del paciente al momento de acudir al centro asistencial, la oportunidad de mejorar o de sobrevivir, la cuantificación del perjuicio frente a la persona que queda padeciendo la enfermedad, y el legitimado en la causa por activa y por pasiva de quienes ostenten dicha calidad; esto como medida de compensación una vez valorados los elementos de prueba encontrados a lo largo del proceso.

5. CONCLUSIÓN

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

22

A manera de conclusión, La jurisprudencia estudiada permite observar que a pesar de la imprevisibilidad y la irresistibilidad de las infecciones intrahospitalarias y demás situaciones acontecidas en el nosocomio, es fundamental hacer extensiva ante cada una de las Instituciones Prestadoras de Salud la importancia de la seguridad del paciente, el debido acatamiento a las normas de bioseguridad, y los procesos administrativos adelantados con debida aplicación a la lex artis con el fin de controvertir la responsabilidad que se solicita por parte de la persona afectada ante la Empresa Social del Estado (ESE).

La carga dinámica de la prueba permite al juez establecer en cabeza de quien se encuentra en mejores posibilidades de aportarla para dar desarrollo al conflicto presentado, por ello el título de imputación objetiva obedece al llamado de responsabilidad sin culpa, solo por el hecho de predicarse el daño antijurídico.

En el ambiente hospitalario, la proliferación bacteriana puede ocasionar daños funcionales, temporales y definitivos. Sin embargo, también se encuentran otros agentes determinantes que dan lugar a reclamación por vía administrativa de las secuelas generadas como edad, sexo, condiciones inmunológicas del paciente y resistencia a los tratamientos terapéuticos.

En resumen, para que se predique la responsabilidad médica desde el ámbito de la teoría objetiva, el elemento culpa no es relevante, además que la carga de la prueba en la mayoría de los casos es de índole administrativa, casuística, operativa y métrica. Una muestra de ello sucede cuando se requiere que sea aportada la calibración de un equipo de la Institución Prestadora del Servicio.

Si lo que se pretende es declarar responsable al Estado frente al servicio médico, es indispensable que el legitimado en la causa por activa acredite las siguientes situaciones:

- a) El daño sufrido
- b) El riesgo
- c) La prestación del servicio médico o
- d) La omisión en este.

El avance en la teoría de la imputación objetiva desde lo casuístico en el campo médico trasciende de manera escalonada. las posiciones del Consejo de Estado son limitantes al encontrar un abordaje no muy amplio frente a los temas tratados, pues, la mayor parte de los conflictos que llegan a la Sala de lo Contencioso Administrativo tienen aplicación desde el ámbito subjetivo, en la cual es determinante probar el nexo de causalidad entre error, negligencia o impericia y culpa.

A manera de reflexión, el rol de cada persona en un diagnóstico médico es definitivo, toda vez que cada uno cumple un rol basado en la confianza y en la buena aplicación de las prácticas clínicas para la seguridad del paciente. Bajo esa premisa, las diferentes instituciones hospitalarias pueden evitar resultados lesivos a una persona. Por lo tanto, la distribución de las tareas requiere atención con celeridad y calidad humana.

Para terminar, y teniendo en cuenta lo encontrado desde sentencia abordada de infecciones nosocomiales, se encuentra como recomendación la necesidad de elaborar un proyecto de ley que permita la implementación de políticas públicas y programas que prevengan enfermedades relacionadas con la prestación del servicio en Instituciones Prestadoras de Salud

e igualmente disminuir el aumento de casos encaminados a una reparación integral de quien ha sido afectado bajo estas condiciones, pues como dice Reba McEntire “Ni todo el dinero del mundo, puede traerte de vuelta la salud”

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenas Mendoza, H. (2017). El régimen de la Responsabilidad Objetiva (2ª ed.). Bogotá, DC: Editorial Legis S.A.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (22 de noviembre de 2021). Sentencia 56.684 (C.P.: José Roberto Sáchica Méndez).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, (28 de junio de 2017. Sentencia 18.860 (C.P.: Eduardo Suescún).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (30 de abril de 2014). Sentencia 28.214 (C.P.: Danilo Rojas Betancourth).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de agosto de 2013). Sentencia 30.283 (C.P.: Danilo Rojas Betancourth).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (28 de septiembre de 2012). Sentencia 22.424 (C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, (22 de mayo de 2008). Sentencia 26.427 (C.P.: Ruth Stella Correa Palacio).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, (19 septiembre de 2007). Sentencia 15.382 (C.P.: Enrique Gil Botero).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, (10 de junio de 2004). Sentencia 25.416 (C.P.: Ricardo Hoyos Duque).
- Congreso de la República de Colombia. (1981) Ley 23. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. 15 diciembre de 1980.