

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFECCIONES NOSOCOMIALES EN

COLOMBIA

Análisis de la vulneración al patrimonio del Hospital Militar Central de Bogotá



CÉSAR HERNANDO SÁNCHEZ ACERO

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Director:

JOSÉ O. LÓPEZ OLIVA PhD

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C. 2021

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN	8
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
2. JUSTIFICACIÓN	11
3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	12
4. HIPÓTESIS.....	13
5. OBJETIVOS	14
5.1. Objetivo general	14
5.2. Objetivos específicos	14
6. MARCO REFERENCIAL.....	15
6.1. Marco conceptual.....	15
6.1.1. Infección nosocomial.	15
6.1.2. Daño antijurídico.....	15
6.1.3. Daño puramente general.....	16
6.1.4. Carga de la prueba.....	16
6.1.5. Falla en el servicio.....	16
6.1.6. Falla probada.	17
6.1.7. Falla presunta.	17

6.1.8. Daño especial.....	18
6.1.9. Riesgo excepcional.....	19
6.1.10. Patrimonio estatal.....	19
6.1.11. Minimización del riesgo en salud.....	20
6.1.12. Evento adverso en salud.....	20
6.2. Marco teórico.....	20
7. DISEÑO METODOLÓGICO.....	22
7.1. Enfoque.....	22
7.2. Alcance.....	23
7.3. Métodos de investigación.....	23
7.4. Técnicas de investigación.....	24
7.5. Herramientas de investigación.....	25
8. CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	26
8.1. El Estado absolutista y la responsabilidad del Estado.....	28
8.2. El fallo Cadot y la responsabilidad del Estado.....	29
8.3. El Fallo Blanco como antecedente de la responsabilidad estatal.....	31
8.4. Antecedentes de la responsabilidad médico—sanitaria estatal en Colombia.....	33
9. CAPÍTULO II. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN RESPONSABILIDAD ESTATAL MÉDICO—SANITARIA.....	35
9.1. La falla en el servicio médico y sanitario.....	36
9.1.1. Falla probada del servicio médico y sanitario.....	37
9.1.2. Falla presunta en la responsabilidad del profesional de la salud y la entidad prestadora del mismo.....	38
9.2. El daño especial en la prestación del servicio en salud.....	40

9.3. El riesgo excepcional en la responsabilidad del Estado.....	41
10. CAPÍTULO III. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS.....	43
10.1. Antecedentes de la infección nosocomial en la prestación del servicio médico y sanitario.....	43
10.2. La falla probada en la infección nosocomial en procesos por responsabilidad del Estado.....	43
10.2.1. Falla Probada.....	46
10.3. La falla presunta en la infección intrahospitalaria en proceso por responsabilidad del Estado... ..	46
10.4. La vulneración del derecho a la protección del patrimonio con la aplicación del título de imputación objetiva por daño especial	47
11. CAPÍTULO IV. PROPUESTA PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL EN INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS.....	50
11.1. La falla probada del servicio en las infecciones intrahospitalarias	53
11.2. Los eximentes de responsabilidad del Estado y la protección del patrimonio.....	64
11.2.1. La fuerza mayor.	65
11.2.2. El caso fortuito.	66
11.2.3. La culpa de la víctima o de un tercero.	67
11.3. Protocolos a la hora de <i>triage</i> al paciente	68
CONCLUSIONES	70
REFERENCIAS	72

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFECCIONES NOSOCOMIALES EN COLOMBIA

Análisis de la vulneración al patrimonio del Hospital Militar Central de Bogotá

RESUMEN

El presente escrito pretende identificar las consecuencias patrimoniales que tiene para el Hospital Militar Central ubicado en Bogotá D.C., Colombia, que en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se condene al Estado y a la citada institución por el daño ocasionado por una infección nosocomial. Este tipo de condenas vulnera el debido proceso y la legítima defensa, por la aplicación en este tipo de procesos del título de imputación objetivo de daño especial y, por consiguiente, la inversión de la carga probatoria. Todo en un proceso declarativo de reparación directa presentado por el paciente que es víctima de un daño antijurídico causado por un ente estatal. Para demostrar lo anterior, la investigación se apoya en el enfoque cualitativo de investigación, con un alcance exploratorio y correlacional y la utilización de dos métodos de investigación: las hermenéuticas crítica y analítica y la holística. Todo, porque se involucran dos áreas del conocimiento, las ciencias médicas y el área jurídica. Las técnicas de investigación fueron la conversación con expertos y la búsqueda de información relacionada con doctrina y jurisprudencia atinente al tema de investigación. Fueron utilizadas herramientas de investigación como las bases de datos Universidad Militar Nueva Granada y otras Instituciones y los distintos repositorios de universidades nacionales y extranjeras. Entre estas diferentes unidades de medios físicos y digitales.

Palabras clave: Responsabilidad médica estatal, infección nosocomial, título de imputación objetivo, daño especial, inversión de la carga de la prueba, protección del patrimonio, debido proceso.

THE RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR NOSOCOMIAL INFECTIONS IN COLOMBIA

Analysis of the violation of the patrimony of the Central Military Hospital of Bogota

ABSTRACT

The purpose of this paper is to identify the economic consequences for the Central Military Hospital located in Bogotá D.C., Colombia, when the State and the aforementioned institution are condemned in the Contentious Administrative Jurisdiction for the damage caused by a nosocomial infection. This type of convictions infringes due process and legitimate defense, due to the application in this type of proceedings of the objective imputation title of special damage and, consequently, the reversal of the burden of proof. All in a declaratory process of direct reparation filed by the patient who is the victim of an antijudicial damage caused by a state entity. To demonstrate the above, the research is supported by the qualitative research approach, with an exploratory and correlational scope and the use of two research methods: the critical hermeneutics and the analytical and the holistic. All, because two areas of knowledge are involved, the medical sciences and the legal area. The research techniques were the conversation with experts and the search for information related to doctrine and jurisprudence related to the research topic. Research tools such as the databases of the Universidad Militar Nueva Granada and other institutions and

the different repositories of national and foreign universities were used. Among these different physical and digital media units.

Key words: State medical liability, nosocomial infection, objective imputation title, special damage, reversal of the burden of proof, protection of patrimony, due process.

INTRODUCCIÓN

El Estado puede causar un daño antijurídico al paciente en la prestación del servicio en salud. En este caso, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica administrativa por infecciones nosocomiales puede generar lo que se denominaría una “condena anticipada” a cargo de la Nación. La afirmación anterior es demostrada a lo largo de esta investigación, situación que lesiona el patrimonio, en concreto, del Hospital Militar Central ubicado en la ciudad de Bogotá, Colombia.

Las instituciones y profesionales de la salud, pueden ser obligados a responder objetivamente, por una actividad que busca la salvaguarda de los derechos fundamentales de los pacientes. Es decir, a estas instituciones se le puede aplicar el título de imputación objetivo, por parte del Consejo de Estado colombiano, situación que genera inseguridad jurídica para los intereses del citado centro asistencial.

Inicialmente, resulta necesario señalar que sobre el tema de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias no existe un marco jurídico que regule de manera expresa ese asunto, de modo que el desarrollo de este ha sido exclusivamente de tipo jurisprudencial. Circunstancia que, por sí misma, se presta para diversas interpretaciones de tipo jurídico, según la concepción que adopte el juzgador en torno a ese tópico.

En este orden de ideas, se considera importante indicar cómo la modificación de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica por infecciones nosocomiales comporta, por un lado, cargas probatorias flexibles para los demandantes/pacientes. Por otro lado, se endurece el régimen para las entidades y profesionales de la salud demandados de forma desproporcionada hasta el extremo de llevar a considerar este tipo de asuntos bajo un régimen objetivo.

La jurisprudencia al invertir la carga probatoria para las instituciones públicas prestadoras de servicios en salud y presumir su responsabilidad, no permite hacer uso de los eximentes en esta materia. Esto genera un desequilibrio que es evidente en el análisis que realiza el operador judicial que les impone a los demandados la carga de probar, no la ausencia de falla del servicio, sino de responsabilidad como quedó señalado en virtud de la presunción existente al respecto.

Esa situación, conlleva a las instituciones prestadoras de servicios de salud, en especial para las de naturaleza pública, una carga económica muy alta. Esta, está representada en el pago de erogaciones por indemnizaciones, derivadas de sentencias condenatorias, en las que, las posibilidades de ejercer una adecuada defensa de sus intereses, se ve reducida por la tesis de naturaleza objetiva, actualmente establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El origen de este trabajo de investigación, obedece al contacto permanente del autor en diferentes escenarios del sector salud públicos y privados, como lo son el Hospital Militar Central, el Hospital Universitario San Ignacio y el Instituto Nacional de Cancerología.

Asimismo, el tesista ha prestado sus servicios profesionales en aseguradoras del sector salud como la Nueva EPS, el Grupo Saludcoop, Saludccop EPS, Café Salud EPS y Cruz Blanca EPS, entre otros. A lo largo del desarrollo de las actividades profesionales se ha logrado identificar diversas tensiones que existen en la prestación del servicio médico y sanitario.

Es indiscutible que las entidades públicas y privadas de salud pueden causar daños al usuario en la prestación médica. Sin embargo, en el lapso de veinte años de experiencia con las entidades mencionadas anteriormente, se logró evidenciar que durante los procesos judiciales el patrimonio del Estado es comprometido por teorías y títulos de imputación en responsabilidad estatal.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Esta investigación tiene como objetivo contribuir con una propuesta para que, a través del cambio o modulación jurisprudencial, se perfile una reducción de condenas contra los hospitales, especialmente, el Hospital Militar Central ubicado en la ciudad de Bogotá, Colombia.

Esta situación permitirá proteger el patrimonio del citado Hospital que presta el servicio de salud, por el robustecimiento de la defensa jurídica del demandado. Es decir, los activos de la entidad pública.

Adicionalmente, en la investigación se hace referencia a la prevención del daño antijurídico, respecto a condenas suscitadas por infecciones nosocomiales.

En este orden de ideas, el problema de investigación se concreta en la inseguridad jurídica creada por la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica por infecciones nosocomiales porque, se reitera, por un lado, existen cargas probatorias flexibles para los demandantes en su condición de usuarios del servicio público de salud. Por otro lado, se endurece el régimen para las entidades y profesionales de la salud demandados de forma desproporcionada, inclusive, hasta catalogar las tensiones existentes entre las partes con la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad.

Además, la jurisprudencia al invertir la carga probatoria para las instituciones públicas prestadoras de servicios en salud y presumir su responsabilidad, desconoce la aplicación de los eximentes de responsabilidad en esta materia. Por consiguiente, el problema está centrado en la generación de un desequilibrio impuesto por el juez al imponer a los demandados la carga de probar, no la ausencia de falla del servicio médico, sino de responsabilidad con la correspondiente inversión de la carga probatoria.

2. JUSTIFICACIÓN

Este trabajo de investigación encuentra su justificación en el análisis de los cambios y modificaciones que ha presentado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, respecto al tema de responsabilidad médica. Ante todo, lo relacionado con el origen de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, la variación en los títulos de imputación, así como las implicaciones de estos conceptos y teorías para las entidades públicas de salud y para los profesionales del área médica.

También se justifica realizar este tipo de investigación, para demostrar las evidentes discrepancias que existen frente a las argumentaciones de naturaleza jurídica y fáctica, empleadas por la Corte Suprema de Justicia en asuntos de similar naturaleza.

Con ello se probará el notorio desequilibrio en el cual incurre el Consejo de Estado en materia probatoria, concretamente, en lo atinente la aplicación de títulos de imputación que transgreden el derecho a la protección de patrimonios públicos, por ejemplo, el del Hospital Militar Central. Se justifica la realización de esta investigación porque permite plantear una estrategia jurídica tendiente a formular la modificación o modulación de la jurisprudencia de tipo objetivo del Consejo de Estado en esta materia.

3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Qué consecuencias tiene la aplicación del título imputación objetivo de responsabilidad, por daño especial en los procesos de reparación directa, presentados por la víctima de una infección nosocomial, en contra del Hospital Militar Central de Bogotá, Colombia?

4. HIPÓTESIS

El desarrollo de este trabajo de investigación parte de considerar que la actividad médico quirúrgica se despliega bajo la aplicación de obligaciones de medio. Esto, fundamentado en que la ejecución del contrato médico en el Hospital Militar Central de Bogotá, conlleva, en sí misma, una serie de riesgos inherentes a la prestación el servicio de salud.

Adicionalmente, se encontró que uno de los citados riesgos está representado en que el paciente contraiga una infección intrahospitalaria, la cual no es posible controlar en su totalidad.

Respecto a lo anterior, la actual jurisprudencia del Consejo de Estado ha logrado construir desde el razonamiento fáctico y jurídico en este tipo de casos, condenas objetivas. Esta situación genera, en principio, el detrimento patrimonial para el Hospital Militar Central de Bogotá, Colombia, porque las sanciones son evidentemente desproporcionadas.

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo general

Analizar las consecuencias que tiene la aplicación del título imputación objetivo de responsabilidad por daño especial, en los procesos de reparación directa, presentados por una víctima de una infección nosocomial, en contra del Hospital Militar Central de Bogotá, Colombia.

5.2. Objetivos específicos

- Indagar acerca de los antecedentes de la responsabilidad médico—sanitaria estatal.
- Establecer los motivos comunes de condena al Estado, en concreto, al Hospital Militar Central a partir de año 2013, en materia de responsabilidad médica asociada al tema de infecciones nosocomiales.
- Identificar los aspectos que requieren unificación o modulación jurisprudencial, en materia de responsabilidad médica asociada a procesos infecciosos, con el propósito de generar líneas de acción para prevenir el daño antijurídico y generar al mismo tiempo seguridad jurídica.
- Presentar una propuesta que permita proteger el patrimonio del Estado colombiano, en concreto, del Hospital Militar Central, a través de la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad y el título de imputación de falla del servicio probada.

6. MARCO REFERENCIAL

6.1. Marco conceptual

6.1.1. Infección nosocomial.

La definición clásica, enseña que “las infecciones nosocomiales (*del latín nosocomium, «hospital»*), son infecciones adquiridas durante la estancia en un hospital, que no estaban presentes en el período de incubación y tampoco en el momento del ingreso del paciente” (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, 2008). Las infecciones nosocomiales, son las que aparecen después de más de 48 horas del ingreso del paciente al centro asistencial (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, 2008).

6.1.2. Daño antijurídico.

Es preciso señalar que, para el caso colombiano, la definición de daño antijurídico no se encuentra prevista de manera formal en la Constitución Política, ni en la Ley. Razón por la que el sistema jurisprudencial acudió de manera más o menos general, a las definiciones de la doctrina española. García de Enterría citado por Irisarri describe este daño como “el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (De Irisarri Restrepo, 1986).

Al respecto, la jurisprudencia administrativa menciona que para que exista daño antijurídico debe existir una alteración negativa en el bien o interés legítimo personal, de quien reclama y que este no tenga la obligación de soportarlo.

6.1.3. Daño puramente general.

Es la lesión de un interés jurídicamente protegido, causado por el comportamiento dentro o fuera del marco de la ley de una persona diferente al titular del mismo, quien no tiene la obligación jurídica de tolerarlo o aceptarlo.

Autores como Henao (1998) constituyen que el daño consiste en la aminoración patrimonial sufrida por la víctima. Además, se señala que el daño es el “Menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial” (Tamayo Jaramillo, 2007). Asimismo, Hinestroza (2001) define que el daño es la causa de la reparación, siendo esta es la finalidad de la responsabilidad civil.

6.1.4. Carga de la prueba.

La carga de la prueba puede ser entendida como el medio procesal por el que se acredita fácticamente la pretensión o la excepción, sea que se trate del demandante o demandado. También, puede ser vista como un derecho subjetivo de las partes, que se traduce en una expresión del debido proceso y el derecho de contradicción y defensa.

Sin embargo, autores con una visión diferente la conciben como una imposición o carga, que los obliga a acreditarla para llevar a buen puerto su posición en el litigio (Fernández López, 2006). Estos también sostienen que al tener que acreditar la carga probatoria, se encuentran en una posición menos ventajosa, que aquel que se abstrae de esa situación, pues incurren en un desgaste mayor que la contraparte (Carnelutti, 1973).

6.1.5. Falla en el servicio.

La falla en el servicio surge como una evolución de la tesis de responsabilidad del derecho civil, migrada al derecho administrativo. Esta, con sus particularidades, interpretaciones, análisis y

consecuencias jurídicas propias, se entiende como la situación en la que se genera un daño o perjuicio por parte de un administrador público que no actuó cuando le correspondía, o que lo hizo mal, o lo realizó tardíamente.

Del mismo modo es catalogada como directa, en la medida en que la administración es considerada como la primera responsable, independiente de que los hechos hayan sido realizados por sus agentes o servidores públicos (García Enterría, 1993).

6.1.6. Falla probada.

Tiene por fundamento, los presupuestos establecidos de manera general para la falla del servicio, en los que incumbe al interesado probar todos y cada uno de los acontecimientos, por los que se estructura el juicio de responsabilidad en cabeza de la administración. Estos, no son otros que los mencionados en líneas anteriores: el hecho dañoso, la falla y el nexo causal entre uno y otro (Serrano Escobar, 2012).

6.1.7. Falla presunta.

Es entendida como la derivación de las tesis de la falla del servicio, asumida vía prestación tardía o defectuosa, o ausente de la asistencia médica. Esta aparece como evolución jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano, en la que le incumbe al actor demostrar solamente el daño y el nexo causal. Pues “sorprendentemente” quedó relevado de acreditar la mencionada falla del servicio y no cuenta con la obligación de aclarar la falta de diligencia y cuidado, de la institución prestadora de servicios de salud.

Este término se concretó a través de la Sentencia del 24 de octubre de 1990, en la que se precisaron, entre otras, consideraciones como la complejidad que resulta para el demandante probar la actuación médica y si estos actuaron de forma adecuada o no, ya que no se cuenta con los

conocimientos técnicos y científicos necesarios que le permitan debatir el actuar del profesional (Consejo de Estado, 1900).

Y aunque no se exonera al actor de la carga probatoria, sí se aligeró esa obligación de intermediación. En tanto se restringió a dos apartes, como son el hecho dañoso y el nexa causal entre aquel y la falla que se encuentra presumida.

6.1.8. Daño especial.

Se trata de un título de imputación de responsabilidad estatal, derivado de la evolución jurisprudencial de la máxima corporación de lo contencioso administrativo colombiano, catalogado de estirpe objetiva. Este “traslada el estudio de la imputación, al daño mismo, desde la perspectiva de la víctima, para deducir si la no reparación del perjuicio causado llegaría a configurar un atentado directo contra los principios constitucionales de justicia, solidaridad y equidad” (Consejo de Estado, 2014).

El Consejo de Estado (2001) también precisó que “son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando estos exceden los sacrificios que se imponen a todas las personas y en su causación interviene una actividad estatal” (Consejo de Estado, 2014).

De la misma forma, analizó que la administración no se exonera de responsabilidad ante el hecho de un tercero. Porque si bien esa defensa es genuina, “el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico; en cuanto estas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados” (Consejo de Estado, 2014).

La Sentencia del 8 de febrero de 1949, con ponencia del Consejero Pedro Gómez Parra, se refiere como antecedente, ya que en esta se indicó que: el Estado dentro de su actuar, puede afectar los derechos individuales. Aunque, jurídicamente no exista transgresión de la Justicia Distributiva que implique responsabilidad, cuando éste en su proceder, afecte en igualdad de condiciones a

todos los individuos. Por ello, el daño debe resultar inusual y fuera de lo normal. Ya que la responsabilidad no tiene origen en el hecho causal, que tiene la doble condición de ser singular o excepcional.

6.1.9. Riesgo excepcional.

Este título de imputación, también de naturaleza objetiva, parte de los mismos principios del daño especial. Sin embargo, su variación radica en que la responsabilidad tiene por fundamento que el daño sufrido tiene origen en una actividad riesgosa de la administración, lo que la hace directamente imputable a esta (Consejo de Estado, 2003).

6.1.10. Patrimonio estatal.

Se entiende como el conjunto de bienes y derechos cuya titularidad corresponde a la administración general del Estado o a sus organismos públicos, dependientes o vinculados con la misma (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020).

Es posible analizar y entender que el Estado tiene dos formas o maneras de relacionarse con los bienes: la primera, a la usanza civilista cuando se erige como titular patrimonial de aquellos, y la segunda, con los denominados de uso público o territorial, respecto de los cuales no puede existir un *doliente* o responsable (Carrillo Ballesteros, 2006).

La autoridad constitucional colombiana expresó que se entiende por patrimonio público aquello que está reservado de una u otra manera a la sociedad, integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben, como sujeto de derecho.

6.1.11. Minimización del riesgo en salud.

El riesgo en la salud es la eventualidad que existe de que un suceso no deseado que puede ser evitado, se exteriorice. Este acontecimiento es negativo para la salud del paciente, y se presenta por el deterioro de su condición previa, o por la necesidad de tener que adquirir unos bienes o servicios adicionales, que hubiese podido evitarse.

Este riesgo puede clasificarse como primario si se refiere a la probabilidad de aparición de una nueva morbilidad o su severidad. Es decir, si manifiesta un suceso de carga de enfermedad, por mortalidad evitable y discapacidad, procedente de las fallas dentro de la atención en los servicios de salud (Ministerio de Salud y Protección social, 2013).

6.1.12. Evento adverso en salud.

Se define como el suceso no intencional que puede llegar a presentarse en el momento de la atención generando una afectación en el paciente. Entre sus causas, se destacan las condiciones del sistema, infraestructura y el proceder del personal médico.

La Organización Mundial de la Salud – OMS establece dos tipos de eventos adversos, los prevenibles y los no prevenibles. Los primeros, son lo que se pueden evitar, todo esto, bajo el marco de cumplimiento de estándares en el cuidado del paciente durante su atención; los segundos, son aquellos que ocurren aun siguiendo los protocolos de seguridad.

6.2. Marco teórico

El Consejo de Estado ha declarado de naturaleza pública y de forma objetiva el título de daño especial, a la responsabilidad de las instituciones prestadoras de servicios de salud, en los

casos en donde los pacientes sufren consecuencias en su salud, derivadas de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

Según la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, las condenas emitidas contra los prestadores de servicios de salud de naturaleza pública, obedecen a un típico riesgo inherente a la actividad desarrollada por las clínicas y hospitales: es el caso de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias. Por esta razón la causa efectiva de las mismas debe ser considerada como imposible de resistir en su totalidad, ya que este suceso por sí solo no puede ser considerado como fundamento objetivo eficiente de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Es por esto que el presente trabajo tiene como propósito debatir de manera racional, la tesis de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este tema. Bajo el entendido que la declaratoria de responsabilidad administrativa de naturaleza objetiva que se presenta en estos eventos, resulta desproporcionada ante la imposibilidad de contrarrestar o contener de manera absoluta, las infecciones en cualquier medio, más aún el intrahospitalario.

De acuerdo con esta consideración, se analizará la teoría de la falla probada y la falla presunta, según el abordaje que le ha otorgado el Consejo de Estado a las mismas, respecto de las infecciones intrahospitalarias.

7. DISEÑO METODOLÓGICO

7.1. Enfoque

El Estado puede generar daños a las personas, en concreto, a los usuarios del servicio médico. Estas personas tienen derecho a la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el potencial victimario, quien percibe una amenaza a su patrimonio, por las acciones judiciales presentadas por la víctima.

Por consiguiente, en esta investigación son involucrados los derechos humanos de los pacientes, principalmente, cuando el Estado les ha causado un daño antijurídico. Daño, que estos no están obligados a soportar. El daño antijurídico lesiona los derechos a la vida, integridad física y mental del usuario médico, situación que debe ser resarcida a través de un proceso judicial.

Además, en este tipo de procesos el juez administrativo está obligado a reconocer los perjuicios patrimoniales, pero también extrapatrimoniales, situación que compromete el patrimonio del Estado, en concreto, del Hospital Militar Central. Perjuicios derivados de infecciones nosocomiales que generan perjuicios morales, a la salud, entre otros.

La indagación durante la investigación se construyó desde el enfoque cualitativo, a través de un diseño metodológico establecido con el director de la tesis. Este diseño tuvo el propósito de comprender e interpretar el contenido de una demanda interpuesta con el propósito de obtener verdad, la justicia y la reparación integral de los perjuicios causados por un daño (Sánchez Flores, 2019).

Con este enfoque, se procura comprender a través de la hermenéutica jurídica los conceptos, concepciones y fundamentos epistémicos de la vulneración impuesta sobre los derechos humanos del paciente (Sánchez Flores, 2019).

7.2. Alcance

La presente investigación tiene un alcance exploratorio ya que el tema propuesto no ha sido abordado con anterioridad y es significativo para un buen desarrollo dentro de la investigación social. Se consideró este enfoque porque este trabajo busca la protección de los derechos humanos de los pacientes, que puede ser víctima de un daño antijurídico causado por el Estado, pero también el amparo del patrimonio, en este caso, del Hospital Militar Central ubicado en la ciudad de Bogotá.

Además, se considera esta investigación como la base para futuras investigaciones de tipo descriptivo y explicativo, que permitirán ampliar los focos de protección para los pacientes que puedan sufrir daños antijurídicos dentro de la atención de su salud.

7.3. Métodos de investigación

Esta investigación se soporta, en primer lugar, en el método hermenéutico crítico, porque busca una lectura crítica de una situación concreta y, en segundo lugar, el método holístico. La hermenéutica desde su propósito de entender un problema en concreto dentro de un contexto determinado, en principio, generado por el compromiso del patrimonio del Estado por las condenas derivadas de supuestas infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

La hermenéutica desde un enfoque jurídico, es una actividad de reflexión que se indaga desde el pretexto o conocimientos previos, el texto o problema de investigación y el contexto o lugar donde se desarrolla y aplica la investigación (Arráez, Calles, & Moreno De Tovar, 2006).

En cuanto al método holístico este permitió involucrar diferentes áreas del conocimiento, distinguir los diferentes movimientos y teorías existentes dentro de áreas como la médica y jurídica y las investigaciones efectuadas en las mismas. La holística se centra en un fin dirigido a la protección del ser humano, específicamente en este trabajo, a la víctima del daño y el resarcimiento de sus perjuicios. Este método admite la humanización de forma integral dentro de la investigación.

En la presente investigación se toman posiciones desde el punto de vista epistémico, creando condiciones de convivencia, mediante el diálogo necesario para prevenir un daño y resarcirlo de forma adecuado, cuando, por ejemplo, se genera un daño por una infección nosocomial.

7.4. Técnicas de investigación

Las técnicas de investigación utilizadas en el presente trabajo son principalmente dos: en primer lugar, se utiliza la técnica de búsqueda y revisión documental, es decir, doctrina y jurisprudencia nacional y foránea relacionada con el daño causado por una infección nosocomial. En segundo lugar, es utilizada la técnica de conversación con expertos en el tema relacionado con la pérdida de la oportunidad en procesos por responsabilidad médico—sanitaria.

La técnica de búsqueda de información por parte del investigador se trata de identificar las fuentes de información relacionadas con la responsabilidad médico—sanitaria y los perjuicios ocasionados por el daño antijurídico causado por el Estado. Esta técnica fue indispensable para obtener la información necesaria y ejecutar la investigación en debida forma.

Las fuentes de información fueron utilizadas para obtener los datos, las experiencias en torno al daño médico—sanitario, las estadísticas útiles, los conceptos y concepciones, de los diferentes profesionales con quienes se logró una conversación abierta y fluida.

A través de la técnica de conversación con expertos, se logró resolver la necesidad información requerida para fortalecer el problema de investigación y afianzar la propuesta de investigación. Estas técnicas permitieron facilitar el proceso de búsqueda informativa y satisfacer la demanda de información general y específica, nacional y foránea, académica y resultado de investigación científica, entre otros (Romanos de Tiratel, 1996; Villaseñor Rodríguez, 2008).

7.5.Herramientas de investigación

Las herramientas utilizadas en la presente investigación fueron las bases de datos facilitadas por la Universidad Militar Nueva Granada y otras Instituciones y los distintos repositorios de universidades nacionales y extranjeras. Entre estas diferentes unidades de medios físicos y digitales.

Estas herramientas permitieron satisfacer las demandas y necesidades de información concerniente al derecho de la responsabilidad médica del profesional de la salud y sanitaria ligada a la responsabilidad del sistema de salud. En este sistema se involucra la responsabilidad del Estado de forma directa o indirecta por el daño antijurídico causado por una Entidad Social del Estado ESE.¹

¹ Agradezco a mi director el Dr. José López Oliva, por el acompañamiento realizado en la estructura del diseño metodológico de esta investigación. Con el citado director se pudo obtener información acerca de la estructura del enfoque de investigación, alcance de la misma, así como la orientación relacionada con los métodos, técnicas y herramientas de investigación. Asimismo, fue de gran utilidad para esta investigación el estudio de textos escritos por el profesor López Oliva, relacionados con la responsabilidad médica y sanitaria en diferentes contextos y aspectos

8. CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con la concepción y creación primigenia de los Estados modernos, entendidos como órganos supremos de derecho y todo poderoso de la actividad de sus asociados, el Estado fue catalogado como una entidad irresponsable frente a los ciudadanos. Esto, en la medida de que no se advertía un sistema de responsabilidad estatal, porque bajo el concepto de la soberanía se amparaban una serie de abusos y atropellos de parte de aquel. Es decir, sus gobernantes solo estaban llamados a rendir cuentas ante el orden divino o supremo.

Para la época del absolutismo, el Estado estaba representado en el monarca: toda decisión que era adoptada por aquel era catalogada como la viva expresión de soberanía del Estado, por lo tanto, no había lugar a equivocaciones de parte del Rey (Penagos, 1997).

Según Hobbes (1994) los hombres para salvarse deben renunciar a cada uno de sus derechos otorgados por naturaleza. Es así que se realiza un pacto voluntario en favor de un tercero, que va a sustituir la voluntad y representación de todos, instituyéndose el poder absoluto del Estado.

De acuerdo con lo anterior, resultaba impensable imaginarse el concepto de responsabilidad del Estado, ya que no existía una manera o forma de teoría jurídica que supusiera un régimen indemnizatorio. El sistema de compensaciones se encontraba al arbitrio del generador del daño, que se tradujo en una clara y deliberada desprotección de los asociados, ante los hechos que podían resultar reprochables en el quehacer estatal.

Esas circunstancias como todas aquellas cargadas de inequidad forjaron un descontento. La ciudadanía palpa de primera mano que el autoritarismo intrínsecamente conllevaba ausencia de protección ante las arbitrariedades y atropellos de quienes ejercían el poder. Circunstancia que comenzó a variar con la implementación de nacientes sistemas democráticos, en los que la voluntad mayoritaria empezó a ganar un gran espacio frente a la voluntad individual.

Las decisiones del gobierno estaban llamadas a satisfacer las necesidades de los asociados, respetar el orden de prioridades de las masas y contribuir con el desarrollo general. Ese cambio de concepción supuso dotar de respaldo las garantías individuales, de modo que la protección de estas, dio pie para iniciar a enrostrar el deber que tenía la organización administrativa de responder por las actividades generadoras de menoscabo o desmedro de aquellas.

Esa transición se refleja en los diferentes cambios de orden político y jurídico, que tuvieron desarrollo a través de teorías como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), protección de propiedad privada, libre mercado, servicios públicos, y otras donde se sustenta el sistema democrático y liberal contemporáneo.

La soberanía del Estado, empieza a tener contrapesos o límites, cuando se blinda la propiedad privada de la actividad o injerencia externa, o ajena desplegada por la administración o sus agentes.

Por esta razón, las leyes que los diferentes Estados crearon, se constituyen en torno al proceso de expropiación. El cual, si bien es cierto que en muchas ocasiones resulta obligatorio, no lo es, porque ningún evento resulta gratuito para la administración, ya que esta cuenta con la obligación de pagar el precio del bien objeto de dicho trámite.

Al respecto, es necesario señalar que el derecho colombiano se nutre del derecho francés como punto de partida para su desarrollo jurisprudencial. Esto, ha sido reiterado dentro de la recurrencia del orden interno, frente a corrientes desarrolladas por los últimos en materia de

derecho administrativo, siendo de permanente aplicación los antecedentes asociados con el fallo Cadot y el fallo Blanco, entre otros.

8.1. El Estado absolutista y la responsabilidad del Estado

Para la época absolutista, resultaba inimaginable reprochar algún tipo de responsabilidad al Estado por los perjuicios o daños causados, con ocasión de sus actuaciones u omisiones, en atención al origen divino o heredado de la autoridad.

Teniendo en cuenta que la finalidad del Estado no era prodigar el bienestar de sus asociados, sino el mantenimiento y permanencia en el poder, porque no existía independencia de las actuaciones del monarca y del Estado. Mucho menos, concurría un sistema de pesos y contrapesos, donde concurriera algún tipo de control, para evitar los desafueros en cabeza del gobernante.

Esta etapa, la analizó Bustamante Ledesma (2003), quien señala que la fase de irresponsabilidad absoluta, fue un periodo surtido y por lo que de acuerdo con la teoría del Estado se suscitó en el tránsito de la responsabilidad Estatal.

En el medioevo, se acudió de nuevo a varias ideas de los griegos, para quienes la soberanía de la ciudad-Estado no poseía ningún tipo de limitantes. A partir de esta idea, se edificó el poder de los monarcas en el derecho divino. Con libertad única frente al exterior, cuya suficiencia absoluta está en él mismo. De modo que no existía alternativa o posibilidad que el Estado respondiera por sus acciones y omisiones.

La irresponsabilidad del Estado absolutista, se erigió en varios aspectos:

- a) El primero, la soberanía Estatal, que negaba cualquier tipo de igualdad con el individuo, bajo la premisa que no se encontraban en el mismo plano y, por el contrario, era superior a él.

- b) El segundo, el Estado, como expresión por excelencia del derecho y de los sistemas jurídicos, por lo que con ninguna de sus conductas podía desconocerlo.
- c) Y, tercero, se estableció para esa época que los actos de los funcionarios, no eran hechos de Estado y los primeros estaban llamados a responder individualmente por estos, sin comprometer al segundo (Buitrago, 2019).

A continuación, se hace referencia a los fallos más representativos en el marco de la presentación de los antecedentes de la responsabilidad administrativa.

8.2. El fallo Cadot y la responsabilidad del Estado

La jurisprudencia y la doctrina señalan sobre este caso, que la ciudad francesa de Marsella suprimió el empleo de inspección de caminos al señor Robert Cadot, circunstancia que lo motivó a presentar una reclamación contra la circunscripción territorial, frente a la vulneración de su derecho, alegando una serie de daños y perjuicios.

La ciudad de Marsella, por medio de sus autoridades, negó la solicitud del trabajador Cadot y remitió el caso ante el Tribunal Judicial, quien se rehusó a conocerlo, bajo el argumento de que la relación laboral no tenía origen en un contrato civil y, por consiguiente, lo envió al Consejo de Prefectura. Este Consejo también declaró su falta de competencia, al señalar que los perjuicios y daños reclamados por el actor no se desprendían del objeto del contrato y, por tanto, no tenía ninguna relación con la ejecución de trabajos públicos.

Sobre esta situación, el ciudadano —trabajador Cadot— dirigió la solicitud ante el Ministerio del Interior, autoridad que se pronunció indicando que, ante la negativa del municipio de Marsella de conocer el asunto, este tampoco podía asumirlo y pronunciarse de manera diferente.

Razón por la que, ante la multiplicidad de negativas para conocer su pleito, Cadot se vio compelido a presentar su caso ante el Consejo de Estado. Corporación que estuvo de acuerdo con la negativa de las entidades, de desconocer la reclamación. No obstante, se decidió que esta era la autoridad competente para asumir el trámite.

Esa decisión, edificó la división de autoridad administrativa en Francia, con función judicial y del juez administrativo, este último como juez natural de las causas contencioso administrativas, quien abrogó la competencia de estos asuntos ante esa jurisdicción. Especialmente su máximo órgano, el Consejo de Estado Francés, Corporación que se erigió como juez en dos instancias con el propósito de dirimir un conflicto, por ejemplo, sobre anulación de los actos administrativos de las distintas autoridades de esa nación.

El Consejo de Estado francés, pasó de ser un cuerpo eminentemente consultivo, a tener un papel protagónico en calidad de verdadero juez contencioso, al ser el juez de las causas y controversias surgidas al interior del gobierno.

De esta manera, la función jurisdiccional sobre controversias de la administración pasó a ser de competencia del Consejo de Estado, y se liberó de esta actividad al Ministerio del Interior. Aunque, excepcionalmente, algunos asuntos son de conocimiento del Ministerio del Interior francés, en ejercicio de la función judicial.

Ese tránsito de funciones en el Consejo de Estado de Francia, se conoce como el paso de la justicia retenida (función consultiva) a la justicia delegada: etapa final, en la cual se transformó en el juez de los litigios de la administración.

El cambio de esta competencia, supuso una verdadera transformación en el ejercicio del poder judicial, pues la administración dejó de ser el juez de sus propias causas. Esto fue visto e interpretado como un ejercicio arbitrario y poco imparcial, al momento de resolver los conflictos entre particulares y las entidades públicas (Grands Arrets, 2017).

Lo anterior, significó la división real entre las ramas del poder público, y la creación del sistema de pesos y contra pesos, entre el ejecutivo y la jurisdicción. El asunto Cadot, fue resuelto por el Consejo de Estado de Francia, según decisión de 13 de diciembre de 1889 (Grands Arrêts, 2017).

8.3.El Fallo Blanco como antecedente de la responsabilidad estatal

Este fallo, se trató de una causa de naturaleza indemnizatoria formulada por el ciudadano Blanco, en la ciudad de Burdeos, quien solicitó la declaratoria de responsabilidad civil, en cabeza de la administración al prefecto de Gironde, en su condición de representante de esta. Todo, por hechos relacionados con un accidente causado en la humanidad de su hija, quien perdió la vida, por culpa de trabajadores de la administración de tabacos, quienes la arrojaron mientras empujaban un coche o vagón en donde transportaban estos productos.

Varios autores y algunas compilaciones, señalan que la contribución de esta decisión se encuentra directamente asociada, con la determinación de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y, el contenido del derecho administrativo.

En cuanto al primer aspecto, se manifiesta que el fallo blanco abandonó de manera categórica el criterio de asignación de competencias, fundado exclusivamente en textos legales. Por lo que dispuso, que los asuntos causados por particulares, que prestan servicios a la administración vinculados mediante contrato de derecho ordinario, son de competencia del juez contencioso. En tanto, a la consideración de que están asociados con el servicio público, se erigió como el criterio para definir la competencia administrativa (Grands Arrêts, 2017).

La segunda determinación sobre el contenido, señala que, va más allá del tema de responsabilidad estatal y se proyecta a la totalidad del derecho administrativo, en la medida en que

sus consideraciones pueden abarcar toda la materia. Ya que fija, como eje de su teoría, descartar los principios del Código Civil, lo cuales sucumben ante el carácter especial de las normas aplicables a los servicios públicos, que poseen su propia lógica y sus propias soluciones.

En este punto, se destaca la valentía del juez para desconocer normas fijadas por el legislador. Para que, vía análisis jurisprudencial, se establezcan las propias reglas de interpretación y adopción de decisiones, en asuntos propios de naturaleza contencioso administrativa.

Esas circunstancias, hicieron que se fijaran los fundamentos para la división de competencias, entre la jurisdicción ordinaria y lo contencioso administrativa. A causa de esto, la jurisdicción tiene por objeto central, el juzgar y adoptar decisiones de naturaleza jurisdiccional. En tanto la administración tiene vedado, por regla general, inmiscuirse en los asuntos de la jurisdicción.

Lo anterior, se funda en la teoría de los servicios públicos, en los que la especialidad de esa materia, hace que exista fuero de atracción y concentración de los asuntos, que son ejecutados por las autoridades administrativas, en el ejercicio de la prestación de los mismos. Ya que, surgió un derecho especial para ventilar esas controversias, que con el paso del tiempo tomó fuerza y se tornó autónomo (Grands Arrets, 2017).

Esta teoría, sirvió de fundamento y norte dogmático para la estructuración del sistema jurisprudencial colombiano, en materia contencioso administrativa. Desarrollado fundamentalmente por las sentencias de la máxima corporación de este país, el Consejo de Estado. Incluso, con posterioridad a este y ante la marcada ausencia de legislación regulatoria de la materia, adoptó decisiones basadas en las tesis francesas.

8.4. Antecedentes de la responsabilidad médico—sanitaria estatal en Colombia

Para comenzar con este punto dentro de la investigación, es necesario señalar que los estudios y conceptos, desde aspectos jurídicos sobre responsabilidad médica, son ciertamente recientes.

En cuanto a la actividad del profesional de medicina, desde tiempos inmemoriales, ha estado dotada de una concepción casi sagrada, en atención a la función del médico de prodigar, cuanto esté a su alcance. Siempre, con el propósito de sanar al enfermo, o mitigar las dolencias del paciente.

La sociedad actual, en su camino por excelencia de los derechos individuales, se dio a la tarea de exigir explicaciones del ejercicio profesional de los galenos. Y ante la evidencia de sus equivocaciones, poder llegar a reclamar una compensación resarcitoria por el daño que causaron (Ruiz Orjuela, 2004; Ruiz Orjuela, 2013).

Sin embargo, se evidencian algunas aproximaciones o antecedentes de la Roma Clásica, con los juristas Próculo y Labeón quienes incluyen sus análisis en las institutas de Justiniano, donde refieren que “si un médico después de haber operado a su esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa”. Esto, se trata de una visión estrictamente objetiva de la responsabilidad del galeno, que dejó de prestar atención a la evolución del tratamiento del paciente.

Al respecto, la doctrina menciona que el régimen de responsabilidad patrimonial estatal colombiano corresponde fundamentalmente, a la evolución y desarrollo jurisprudencial. Por esta razón, desde finales del siglo XIX y hasta 1964, ese tipo de asuntos fueron de conocimiento y competencia de la Corte Suprema de Justicia, que enrostraba el gravamen teniendo por fundamento los artículos 2347, 2349 y 2356 del Código Civil (Fernández Muñoz, 2009).

Respecto a esto, se encontró una referencia, alrededor de la Sentencia 418701 del 5 de marzo de 1940, de la Corte Suprema de Justicia, con Magistrado Ponente Liborio Escallón, en la que se inició la incorporación de algunas aproximaciones de juristas, en torno al tema de responsabilidad médica en Colombia. Pero, fue hasta la expedición del Decreto 528 de 1964, que se trasladó de la Corte Suprema de Justicia al Consejo de Estado, la competencia general para conocer de los asuntos relativos a responsabilidad patrimonial del Estado.

El abordaje de este tema, se hizo desde la teoría de la responsabilidad civil, donde se precisó que el compromiso del médico, era eminentemente de naturaleza contractual. Sin tener en consideración, por ejemplo, la época en que ocurrió el daño, si la prestación del servicio era remunerada o no. Además, se empiezan a identificar las consecuencias o perjuicios ocasionados, por ausencia o inadecuada ejecución del contrato.

Pese a esto, se puede señalar que hasta la expedición de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, que se inició el sendero y verdadero tránsito al análisis del tema que nos ocupa. Que, si bien es cierto, que esta se trata de una norma de carácter eminentemente deontológico, no se puede dejar a un lado que, a partir de sus inicios, se empezaron a estructurar los juicios contenidos en la jurisprudencia, en torno al desempeño del personal médico y de las instituciones para las que laboran.

La expedición de la Constitución Política de 1991, otorgó una nueva perspectiva que ratificó la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en torno al análisis de los títulos de imputación, en lo que tiene que ver con todo el tema de la responsabilidad estatal. Todo esto, bajo la orientación de su Artículo 90, en el que se señala que, el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución Política, 1991).

9. CAPÍTULO II. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN RESPONSABILIDAD

ESTATAL MÉDICO—SANITARIA

El concepto de responsabilidad, tiene desarrollo fundamentalmente en las concepciones civil y penal del derecho. Sin embargo, ha sido extendida a casi todas las áreas del derecho (tributario, comercial, disciplinario, y desde luego administrativo), de modo que se convirtió en elemento esencial de esta rama y de las relaciones jurídicas entre ciudadanos y, entre estos y el Estado.

Su estructura tiene por fundamento la existencia dentro del ordenamiento jurídico de un canon que conlleva un reproche. Lo que, en variados eventos atribuye responder por los menoscabos generados e individualiza como responsable a un sujeto determinado.

La doctrina, aborda el análisis y estudio del concepto de responsabilidad, desde dos perspectivas a saber. La primera, una tesis unitaria que pretende agrupar en un solo concepto su definición. Y, la segunda, que acepta la existencia, de diversos tipos o variables del concepto de responsabilidad.

Bajo ese panorama, se abrieron camino, dos grandes corrientes sobre concepto de responsabilidad. Por un lado, la Kelseniana, que responde a la perspectiva plural de responsabilidad y, por otro, la de Hart, que la comprende de manera más restringida. De esta forma, es que la doctrina define y acepta dos tipos de responsabilidad, la subjetiva y la objetiva.

9.1. La falla en el servicio médico y sanitario

Con la constitucionalidad de la responsabilidad del Estado, a partir del contenido normativo del Artículo 90 de la Carta Política, se fijó un norte dogmático y jurisprudencial en torno al tema. En concreto, se establece que es deber del Estado entrar a responder por los daños antijurídicos generados, por las acciones u omisiones, de las autoridades públicas o sus agentes.

Adicionalmente, puede decirse que es la irresponsabilidad y el descuido por parte de los galenos, un perjuicio cierto y determinado, y la correlación de causalidad entre la falla del servicio y el daño (Serrano Escobar, 2012).

Esta proposición, debe ser entendida como un término del principio de legalidad y del marco de garantía de los derechos fundamentales. Visto desde la expresión democrática y de derecho, ante los perjuicios causados a los administrados, lo que se busca es la reparación y equiparar las cargas que, en ejercicio de la actividad estatal, deben ser asumidas por los primeros.

Para estructurar la responsabilidad del Estado deben estar acreditados estos presupuestos:

- a) La existencia de un daño antijurídico;
- b) Que la acción u omisión generadora del daño antijurídico sea imputable a las autoridades públicas o sus agentes y
- c) La presencia de la relación o nexo de causalidad, entre el hecho y el daño atribuible al Estado o sus representantes.

Para el caso en estudio, en las infecciones nosocomiales, la responsabilidad se maneja sobre ese mismo esquema. Sin embargo, en el curso del tiempo, este tipo de asuntos ha tenido un desarrollo jurisprudencial, con diferentes títulos de imputación, los cuales son: falla probada, falla presunta y daño especial.

9.1.1. Falla probada del servicio médico y sanitario.

En cuanto a la falla probada de los servicios médicos y sanitarios se puede señalar que fue el método normal y ordinario usado por la jurisprudencia contencioso administrativa hasta 1990. Además de considerar que la regla general en materia probatoria indica que quien alega o exceptúa un hecho, está en el deber de probarlo.

Para el profesor Enrique Gil Botero (2013), fue la forma típica de atribuir hasta la fecha reseñada, responsabilidad a la administración pública por la prestación de servicios médico—hospitalarios. Asimismo, refirió que hay lugar al deber de indemnizar perjuicios al establecer los mismos elementos de la responsabilidad extracontractual estatal, con ocasión de la falla del servicio de la administración.

La doctrina de “*Res Ipsa Loquitur*” es referenciada por el tratadista Serrano Escobar (2012), cuando relata que las cosas *hablan* por sí mismas y el hecho es suficiente como tal, para justificar que lo más probable es que el demandado actuó de forma negligente y ello fue la causa del daño.

Bajo esta modalidad, el interesado tiene el deber de demostrar, además de la falla del servicio enrostrado a la administración, el acaecimiento del daño antijurídico y la relación de causalidad entre uno y otro. Esto, no es otra cosa que acreditar que el daño se produjo por causa de la citada falla del servicio.

Este método fue cuestionado, con ocasión de la dificultad que representaba para la parte actora, probar aspectos médico científicos por su especialidad y aproximación con la ciencia de la medicina.

9.1.2. Falla presunta en la responsabilidad del profesional de la salud y la entidad prestadora del mismo.

La falla presunta debe ser vista como una variable o evolución de las ya mencionadas falla del servicio y falla probada del servicio, cuya modificación estriba de acuerdo con la máxima corporación de lo contencioso administrativo. En el aspecto probatorio, donde le asiste el deber al demandante, de comprobar el daño y el nexo causal, y se le releva de acreditar la falla del servicio, la cual se presume, sin que implique que se trate de responsabilidad objetiva.

Esa transformación del deber probatorio no tiene como objetivo la cuestión relativa al juicio de responsabilidad, ni tampoco hace que pueda considerarse como una nueva fórmula para enrostrarla.

Esto, ya que, a pesar de las consideraciones mencionadas, sigue siendo necesario probar la culpa en el actuar de los profesionales de la medicina. Por tanto, si bien es cierto la falla es presumida, no lo es menos que admite la posibilidad de ser desvirtuada por el establecimiento de salud público demandado, conformidad que tampoco establece probatoriamente la causa u origen del daño.

Esa línea jurisprudencial vio la luz para inicio de la década de 1990, cuando con ponencia del magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Gustavo de Greiff Restrepo, se consideró que se estaba generando para el demandante, una carga excesiva de probar los yerros de los médicos. Bajo el entendido que la parte actora, generalmente, no cuenta con los conocimientos técnicos y científicos para establecer si el actuar médico fue adecuado o no.

Esto, apertura el inicio del nuevo siglo y con este la denominada figura de la carga dinámica de la prueba. Esta conlleva el desplazamiento de la obligación probatoria en cabeza de quien se

encuentre en mejores condiciones desde aspectos técnicos, profesionales o fácticos, de aportar el caudal probatorio al litigio, sin importar, si se trata del demandante o demandado.

En relación a lo anterior, el Artículo 167 del Código General del Proceso (2012), señala que “incumbe a las partes, probar el supuesto de hecho y el efecto que ellas persiguen”. Sin embargo, el juez puede de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de las pruebas entre los intervinientes en el proceso.

En efecto, se trató de un derrotero que, en su oportunidad, trazó el Consejo de Estado, quien precisó que en diversos casos el demandante, por la rigurosidad técnica o científica del objeto a probar, dicho asunto se encontraba muy distante de su conocimiento. Por lo tanto, se requería invertir la carga probatoria en su favor, situación que debía ser analizada por el juez, para establecer en cuales oportunidades debía implantarse ese sistema. Asimismo, se reseña esta posición, entre otros, en el pronunciamiento contenido en el expediente 12945 del 3 de mayo de 2001, con ponencia del Consejero de Estado Germán Rodríguez Villamizar.

La ejecución y desarrollo de ese título de imputación, evidenció dificultades relacionadas con el derecho a la defensa en materia de responsabilidad médica, y por consiguiente con el derecho fundamental al debido proceso.

Razón por la cual, a mediados de la primera década del presente siglo la teoría de la inversión de la carga de la prueba entró en desuso en la máxima Corporación de lo contencioso administrativo, bajo el argumento de que trasladar al Estado la obligación probatoria de desvirtuar una presunción, en un tema con ribetes técnicos muy altos.

Más aún, tratándose de asuntos donde, por una parte, el alea está presente en reiteradas oportunidades, y por otra, las condiciones particulares complejas en que fue proporcionada la atención en salud al paciente. Esto, muy pocas veces concuerda con la época en que se surte el

debate probatorio, lo que generó dificultades adicionales para el administrador de justicia (Consejo de Estado, 2006).

9.2.El daño especial en la prestación del servicio en salud

En general, por daño especial debe ser entendida la perturbación o perjuicio que causa el Estado con su actuar legítimo, que causa daños de características y naturaleza especial a los asociados como contraprestación a los servicios que el mismo Estado ofrece (Armenta Ariza, 2009).

Es así que, la jurisprudencia ha ido evolucionando en el concepto de daño especial, señalándolo como aquel que se provoca al administrado, durante un actuar legítimo del Estado. Es decir, un proceder de la administración desde la legalidad, pero que se indemniza por motivos de equidad y justicia, bajo el argumento que es un daño desmesurado a lo deben soportar los administrados (Consejo de Estado, 1989).

Sobre este argumento, en la Sentencia del 26 de marzo de 2008, se muestran los siguientes elementos del título de imputación:

- El primero, que se trate de una actividad legítima del Estado.
- El segundo, la consecuencia de la actividad, que trae consigo el detrimento de un derecho del administrado.
- El tercero, el menoscabo o quebranto se sucede en el desequilibrio del principio de igualdad.
- El cuarto, que ese desequilibrio cause un daño grave y especial sobre algunos de los administrados.

- El quinto, que debe hallarse un nexo causal entre la actividad legítima y el daño causado.
- Por último, el caso definido, no debe ser asimilado con ningún otro título de imputación (Consejo de Estado, 2008).

9.3. El riesgo excepcional en la responsabilidad del Estado

La jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que, con fundamento en los análisis reiterados por la Corte Suprema de Justicia, empezó un proceso de interpretación no únicamente de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino también, los de connotación y naturaleza objetiva.

Para 1989, el Consejo de Estado definió inicialmente el riesgo excepcional, al señalar que la administración se torna responsable, en los eventos en que una obra o servicio ejecutado de manera lícita para el grueso de la población, afecta a los administrados, sus bienes o patrimonio. Lo que, con ocurrencia inusual, el suceso supera las cargas habituales que un ciudadano, está en el deber jurídico de soportar (Consejo de Estado, 1989).

Esto, se trató de una decisión anterior a la constitucionalización de la responsabilidad estatal, prevista en el Artículo 9o de la Carta Política (1991) fundada en la teoría del riesgo, aceptada para casos asociados con la actividad de tendido de redes del servicio de energía eléctrica.

De esta forma es que la máxima corporación judicial en materia contencioso administrativa, actualmente lo emplea para resolver asuntos en los que aparece como interviniente en la producción del daño, por ejemplo: actividades de transmisión de energía eléctrica, uso de armas de fuego y vehículos automotores. La crítica está centrada en la inaplicabilidad de esta teoría en el evento de infecciones nosocomiales.

Esto, porque no se trata de cualquier tipo de riesgo sino de asuntos excepcionales que, por su vocación riesgosa, potencialmente está llamado a causar un perjuicio. Situación que requiere que el Estado o sus agentes, hayan causado un daño cierto, actual, directo, personal y antijurídico.

Bajo este título de imputación se releva al actor de demostrar la falla del servicio. A su vez, el demandado no queda exonerado de responsabilidad al demostrar diligencia y cuidado. Esto, porque solamente operan como causales de exclusión de responsabilidad, el caso fortuito o fuerza mayor, y el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

10. CAPÍTULO III. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

10.1. Antecedentes de la infección nosocomial en la prestación del servicio médico y sanitario

Según el Estudio Iberoamericano de Eventos Adversos – IBEAS, una infección se cataloga como intrahospitalaria, ante la ausencia de antecedentes que el enfermo la porte, ni en estadio clínico, ni de incubación en el instante de la entrada al centro de atención. De manera inversa, se tendrá como de tipo comunitario.

No obstante, el criterio ha venido ampliándose bajo el entendido que investigadores del sector salud, consideran o incluyen otro tipo de atenciones, como parte de estas. Es decir, no necesariamente se desarrollan en entornos hospitalarios, sino con un criterio de permanencia corta, ocasional o de tipo ambulatorio.

Algunos de estos entornos donde los pacientes reciben tratamientos y servicios de salud, por fuera de la sede del nosocomio, propiamente dicho son: atención día, hospitalización en casa, hemodiálisis ambulatoria, ciertos tipos quimioterapia e internación en un hogar geriátrico o de estancia prolongada. Para objeto del apartado, se adoptarán solo los primeros, es decir, los propiamente hospitalarios.

10.2. La falla probada en la infección nosocomial en procesos por responsabilidad del Estado

Tratadistas como Devis Echandía (1970) consideran la actividad probatoria, como una situación de naturaleza subjetiva, en la medida que incumbe a la parte interesada emplear su

voluntad para la solicitud y práctica de los elementos probatorios. De suerte que, si no hay actividad subjetiva, difícilmente habrá lugar a la concreción del derecho reclamado.

De la misma forma, bajo la tesis de tipo subjetivo los defensores de este modelo afirman que el sujeto pasivo de la actividad probatoria, es el administrador de justicia, quien será el receptor y validador de los mecanismos probatorios, que son empleados por el sujeto activo de aquellos, que no son otros que demandante o demandado. No obstante, dicha tesis encuentra una dificultad ante las pruebas decretadas de oficio, pues no devienen de la facultad subjetiva de las partes.

En definitiva, existe una teoría intermedia entre las anteriores de carga vs facultad de probar, que es llamada sincrética. Esta, parte del análisis donde supone que la falta de actividad, interés o diligencia, va en desmedro del derecho que la parte reclama. De modo que la falta de gestión atenta directamente contra la pretensión u oposición del derecho, que se encuentra en discusión.

Respecto al tema de la falla del servicio de salud por infecciones nosocomiales, la carga de la prueba ha sido concebida de diversas formas según el título de imputación. En primer lugar, se encuentra, la jurisprudencia del Consejo de Estado que siguió la regla general de la falla probada, que impone al interesado probar su dicho y su derecho, a fin de obtener la indemnización de perjuicios.

En segundo lugar, en la mayoría de circunstancias correspondía al demandante/paciente, ejercer activamente el ejercicio probatorio. No obstante, supone dificultades para ciudadanos del común, adentrarse en temas tan técnicos como el médico y, más aún, en el terreno de probar los orígenes de perjuicios o daños en la humanidad de los pacientes, surgidos por causa de infecciones intrahospitalarias.

Tal actividad requería la consecución de historias clínicas, protocolos de desinfección, análisis patológicos etc. Además, de la necesidad de probar la relación de causalidad de estos

eventos, con el resultado lesivo en la salud del paciente. Por lo que no fue sencillo que las pretensiones indemnizatorias prosperarán, ante la tecnicidad de este tipo de temas.

Sumado a ello, siempre se alegó que el cuerpo médico es parte responsable de la gestión del tratamiento sanitario de los usuarios del servicio de salud, por ser el encargado de diligenciar la historia clínica. Y que, difícilmente, pondría en evidencia las deficiencias de su propia gestión, o las limitantes de la institución de salud para la que presta su concurso, so pena de verse involucrados en complejos procesos judiciales en su contra.

Ante esa disyuntiva hubo una segunda etapa en la interpretación jurisprudencial de los temas de responsabilidad médica, que migró a la teoría de la carga dinámica de la prueba. En la que se resalta que a la parte que le quede más fácil acceder a la prueba, se encuentra en la obligación de aportarla al proceso; esto, según imperativo señalado por el juez, tal evento supuso una inversión temporal de la carga de la prueba.

Por lo tanto, se requiere de un sujeto cualificado especial ya que la prueba es producida por servidores públicos o particulares, que ejercen funciones públicas y en ejercicio de las mismas, y esta se predica o estructura en torno al inadecuado o defectuoso funcionamiento del Estado.

Así las cosas, no pueden perderse de vista al momento de estructurar la responsabilidad, las condiciones específicas de cada caso, según la naturaleza técnica, financiera y humana con que cuenta el Estado, para procurar la prestación del servicio.

Para los casos en mención, la defectuosa prestación del servicio debe cuestionarse de manera negativa, en torno a obligaciones de medio y no de resultado. Sin dejar a un lado que estas pueden estructurarse en torno a acciones u omisiones de la administración, asociadas a los trabajos públicos que generan un perjuicio o perturbación, de un derecho de los administrados, que no tienen el deber jurídico de soportarlo o asumirlo. Estas acciones y omisiones se erigen sobre un sistema

de compensaciones generalmente de tipo económico, que mitigan los perjuicios, causados a los ciudadanos.

10.2.1. Falla Probada.

Tiene por fundamento probatorio los presupuestos establecidos de manera general para la falla del servicio, en los que incumbe al interesado, por regla general a la parte actora, probar todos y cada uno de los acontecimientos, por los que se estructura el juicio de responsabilidad en cabeza de la administración: no son otros que los mencionados en líneas anteriores, el hecho dañoso, la falla y el nexo causal entre uno y otro.

Para el tema en estudio, se puede decir que es utilizado para acreditar la inadecuada o ineficiente prestación del servicio de salud, por parte de los galenos y su equipo. Adicionalmente, existen otras situaciones como las siguientes: errores de diagnóstico, indebida ilustración acerca de los riesgos, prestación tardía e incompleta del servicio, o presencia de cuerpos extraños en la cavidad corporal, conocida con el nombre de *oblito quirúrgico*.

10.3. La falla presunta en la infección intrahospitalaria en proceso por responsabilidad del Estado

La jurisprudencia actual y vigente del Consejo de Estado considera y trata el tema de las infecciones nosocomiales, bajo el régimen objetivo de responsabilidad y tiene como título de imputación el riesgo excepcional, que se erige sobre cuatro supuestos.

Primero, las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias son inherentes a la existencia y funcionamiento del servicio médico. Por lo tanto, afecta a todas las personas que acuden para el tratamiento de su patología.

Segundo, la práctica del consentimiento informado en estos casos, se relativiza, ya que, estas afecciones no se circunscriben únicamente al acto quirúrgico. Esto, porque se predicen de todo el sistema de salud.

Tercero, a pesar de que existen pacientes más propensos a estos riesgos, resulta ser una carga desproporcionada para los asociados, acudir con estas contingencias. Dado que, justificar esta carga en las personas que se encuentran en mayor vulnerabilidad implica desconocer el principio de solidaridad, que rige a partir del Estado Social de Derecho.

Por último, el derecho comparado ha adoptado esta tendencia de objetivar este régimen de responsabilidad, con sustento en tres pilares: el riesgo, la igualdad y la solidaridad.

10.4. La vulneración del derecho a la protección del patrimonio con la aplicación del título de imputación objetiva por daño especial

Responsabilizar a los centros asistenciales y obligarlos a indemnizar en esas condiciones, pese a que no se haya probado la culpa, implica una alteración fundamental, de los principios básicos de derecho, y del equilibrio de las partes que concurren al proceso judicial. Partes que, de antemano, conocen que van a ser vencidos en el juicio de responsabilidad, con ocasión de la tesis impuesta por la jurisprudencia objetiva, desarrollada por el Consejo de Estado.

Respecto a lo expuesto, estas circunstancias obligan a las clínicas y hospitales a plantearse la posibilidad de restringir la prestación de diversos servicios de salud para los pacientes que los requieren, pues optar por ese ejercicio clínico quirúrgico comporta la asunción de riesgos que en esas condiciones resultan excesivos, y porque no decirlo, lesivos para sus intereses económicos.

La relativización impuesta por la jurisprudencia asociada a las condenas por infecciones intrahospitalarias, debe analizarse como una barrera de acceso para los usuarios de los servicios de

salud. Estos, finalmente, van a ser los verdaderos perjudicados por la restricción de la prestación de aquellos que impliquen hospitalización y uso de salas de cirugía, ante el riesgo presentado en la institución, a sufrir la declaratoria de responsabilidad y el pago de condenas por el ejercicio por excelencia de su objeto social. Todo, ante la imposibilidad que existe de evitar de manera absoluta la presencia de infecciones nosocomiales.

Es evidente que existe una forma diferente de abordar el tema y un desequilibrio en la manera en que este es asumido por la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia emite condenas por hechos asociados a las infecciones intrahospitalarias.

Sin embargo, la misma corporación se abstiene de optar por un régimen de responsabilidad objetiva, en la medida en que el daño no es suficiente o autónomo por sí solo. Sino que requiere además la demostración de la culpa en cabeza del centro asistencial, el nexo de causalidad entre uno y otro; de lo contrario, será una carga que deberá ser asumida por la víctima como inherente a su estado de salud y la práctica médica, que de manera general conlleva obligaciones de medio y no de resultado.

De este modo, la existencia de la infección nosocomial según la tesis del órgano de cierre en materia ordinaria no conlleva la declaratoria de responsabilidad *per se*. Bajo esta premisa, se exige al hospital contar con medidas mínimas que deben ser adoptadas por aquellos; relacionadas con demostrar debida asepsia del personal asistencial, a los equipos médicos y biomédicos utilizados y a las superficies involucradas en la atención médico quirúrgica.

Adicionalmente, esta medida debe ser complementada con el uso de elementos de protección como: guantes, trajes, gorros, polainas, gafas, tapabocas y el uso correcto del instrumental.

De manera diferente, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia determinó que las infecciones nosocomiales comportan mayoritariamente elementos de responsabilidad objetiva, donde la parte interesada solamente debe probar que la infección fue contraída en el centro asistencial, sin que tenga la carga probatoria para demostrar que el establecimiento prestador de servicios de salud, actuó de forma negligente o inadecuada. Razón por la que prácticamente queda relevada de probar la culpa como elemento de responsabilidad patrimonial, junto con el nexo causal que existe aparejado con el daño.

En ese escenario, el demandado solo puede exonerarse de responsabilidad probando que la infección sucedió por una razón o causa extraña. En pocas palabras, consiste en demostrar que hubo fuerza mayor, un hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

Esta situación, se torna casi imposible de demostrar para la institución de salud, en la medida en que, de una parte, no se conoce la procedencia del enfermo; y de otra, cuando existen egresos o altas temporales por parte del paciente, resulta de difícil conocimiento el control y comportamiento del entorno.

Todo, teniendo en consideración que estos son espacios en los que existe la proliferación de un sinnúmero de flora bacteriana y agentes patógenos, respecto de los cuales la clínica u hospital, no tienen ningún control.

El escenario en mención es considerado someramente por la jurisprudencia en materia contencioso administrativa. Además, no es valorado probatoriamente con la rigurosidad que este tipo de situaciones amerita.

El presente texto, pretende evidenciar de forma crítica los motivos por los cuales las cargas probatorias fueron endurecidas en detrimento de las instituciones prestadoras de servicios de salud, y aligeradas en favor de los demandantes, en una situación compleja como la que es objeto de estudio.

11. CAPÍTULO IV. PROPUESTA PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL EN INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

El profesor Juan Carlos Henao (1998) en su libro *El Daño*, señaló que el concepto de compensación general por afectaciones en temas de responsabilidad Estatal, es plural para todos los medios de control procesal, donde la administración sea condenada. Por eso admite que al interior de aquellas se apliquen y compensen de forma uniforme, los medios de reparación diseñados por la legislación, la convencionalidad, la doctrina y la jurisprudencia.

Esa manera de abordar el tema es una sugerencia para que el estudio del resarcimiento, debido por la administración, no se circunscriba únicamente al análisis de los parámetros jurisprudenciales de la Sección Tercera de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, ni tampoco solamente a la compensación de perjuicios.

Lo que se pretende es verificar de marea sutil, pero al mismo tiempo concreta, las decisiones adoptadas por todas las secciones de ese órgano judicial de cierre. Adicionalmente, que otras jurisdicciones gestionen el inicio de un tránsito novedoso que facilitará, un poco más rápido, reunir conceptos y criterios para reparar de forma menos disímil.

Sobre la definición del daño el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana, profesor Juan Carlos Henao Pérez (1998) afirma que este concepto está relacionado con todo lo que afecta los intereses legales de un ciudadano: trátase de sus derechos económicos o no económicos, desde lo individual o lo colectivo, entre otros.

El daño se exterioriza con la afectación de un derecho, considerándose un objeto de resarcimiento si los otros requerimientos de la responsabilidad civil. Es decir, la imputación y el fundamento de la obligación de reparar se encuentran unidos.

En relación a este tema y a la Sentencia del 29 de agosto del 2013 del Consejo de Estado el tratadista y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Javier Tamayo Jaramillo, consideró en el artículo publicado en mensuario “*Ámbito Jurídico*” en columna de 12 de diciembre, que: El Consejo de Estado emitió sentencia condenatoria contra el Instituto de Seguros Sociales — ISS, con fundamento en la teoría del riesgo excepcional, derivada de los notorios perjuicios a un menor de edad, que contrajo una infección nosocomial.

Adicionalmente, Tamayo Jaramillo (2013) indicó que la sentencia se apartó por completo del título de imputación por falla del servicio hospitalario. Ya que, aparentemente, el análisis realizado fue adecuado, salvo por las evidentes contradicciones axiológicas, normativas y prácticas. La decisión objeto de examen, desconfigura la sistematicidad de las nociones constitucionales, contra el estudio financiero del Derecho y contra la finalidad del llamado riesgo excepcional.

De acuerdo a lo expuesto, la exigibilidad y aplicación de los principios constitucionales señalados, desde aspectos facticos y jurídicos debe ser palmaria. Adicional, debe corresponder con la realidad jurídica y financiera para su concreción, teniendo en consideración que el pago de las condenas de índole judicial para unos pocos, va en desmedro de la eficaz y amplia cobertura de la prestación de servicios de salud para la mayoría de la población.

En otras palabras, las grandes sumas indemnizatorias que son causadas por condenas, fundadas en la responsabilidad objetiva y que se pagan a los demandantes, dejan sin recursos a la mayoría de los ciudadanos, que igualmente requieren atención en salud.

De acuerdo a esto, se puede establecer que la carga económica que conlleva esa sentencia obliga a que el Estado sin ningún tipo de consideración, sufrague las indemnizaciones generadas por esa tesis.

Desconociendo, de esta manera, la realidad económica colombiana al momento de pretender compararla con la teoría francesa, sin tener en cuenta que las condiciones financieras y los sistemas de aseguramiento en una y otra nación, son absolutamente diferentes y desiguales.

Conviene subrayar que, en las condenas por alea terapéutico e infecciones intrahospitalarias, las entidades prestadoras de servicios de salud y los galenos no responden objetivamente, sino que la administración, a través de un seguro o fondo solidario ciudadano y no de responsabilidad civil, asume las indemnizaciones de los afectados.

Por otra parte, la argumentación alrededor de la formulación jurídica de imputación por riesgo excepcional, resulta absolutamente desproporcionada, dado que señala que la responsabilidad de la administración debe ser objetiva, porque la internación del paciente en el centro asistencial genera un “riesgo provecho”, aleatorio y excepcional.

Asimismo, se considera un error evidente de la sentencia afirmar que solamente la institución prestadora de servicios de salud debe responder objetivamente, porque esta obtiene provecho de su objeto social asistencial. Circunstancia que no puede ser catalogada como cierta y, por el contrario, resulta diametralmente opuesta.

Un ejemplo de lo expuesto, podría ser la explosión de una fábrica de municiones (riesgo provecho). Sin embargo, en el escenario médico y sanitario no resulta razonable entrar a responder por dar cumplimiento a la Constitución y la legislación Penal, al intentar proteger la subsistencia al enfermo, cuando sin su culpa, la gestión de los facultativos le causa un daño (riesgo obligado).

Dicho de otra manera, se censura que en el riesgo excepcional el demandado es autónomo de actuar en su provecho, cosa que no ocurre con el riesgo terapéutico, pues si el galeno se rehúsa a actuar incurre en infracción de la ley penal.

El análisis de la sentencia, hace que se concluya que toda la responsabilidad médica será objetiva, por ser riesgosa. La imposibilidad de controlar la flora bacteriana intrahospitalaria en

algunos hospitales o puestos de salud ubicados en lugares apartados, hará que estas entidades limiten el ejercicio de su objeto social, con ocasión de las condenas que se avecinan para las entidades públicas por el título de imputación objetiva, que en este texto se controvierte.

11.1. La falla probada del servicio en las infecciones intrahospitalarias

Como se indicó anteriormente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aceptó durante la mayor parte de su trasegar jurisprudencial como título de imputación en temas de responsabilidad médica, incluida la infección nosocomial, el sistema de falla probada.

Sobre el sistema de falla probada, se expresa que son labores o desatenciones que se endilgan a la administración y que, en su ejercicio, resulta en cualquiera de aquellas irregularidades causantes de daños atribuibles al Estado con vocación indemnizatoria (Ruiz Orjuela, 2013). La jurisprudencia del Consejo de Estado, la definió de esa manera desde mediados de la década del sesenta, y actualmente la conserva con las mismas categorías conceptuales y dogmáticas.

El título de falla probada parte de las mismas premisas establecidas en el marco general de la falla del servicio, que establece la necesidad de acreditarla, así como el daño y el nexo de causalidad entre aquellos. Tuvo por fundamento legal el contenido normativo del Artículo 177 del desaparecido Código de Procedimiento Civil, que indicaba que incumbe a la parte interesada probar el supuesto de hecho y el efecto jurídico que le asigna la ley.

Los críticos de esta metodología manifestaron que, para el tema de la responsabilidad médica, incluido el de las infecciones nosocomiales, representó dificultades palpables para los demandantes, porque en repetidas ocasiones se trataba de temas ajenos a su conocimiento.

Sin embargo, y pese a ese tipo de apreciaciones por parte de algunos tratadistas en torno a la facilidad y equilibrio para el demandante, se llegó a la conclusión de que se trata del título de

imputación más equitativo, en la medida en que la actividad probatoria está distribuida según el interés que representa para cada una de las partes: actor o demandado.

Su estructura probatoria es opuesta a la tesis que actualmente maneja el Consejo de Estado de alea, riesgo, provecho excepcional, en la que se presume tanto la culpa, como la responsabilidad del centro asistencial. Análisis que significa que se trata de una responsabilidad de tipo objetivo.

Es sobre ese aspecto, en el que se funda la principal crítica de la sentencia del 29 de agosto de 2013, de Juan Carlos Rojas Tacha contra el Instituto de Seguro Social, con ponencia del Consejero de Estado Danilo Rojas, que se erige como *decisión hito*, en torno a la tesis jurisprudencial de alea—riesgo excepcional para las infecciones nosocomiales. Con ella, se considera es vulnerado palmariamente el derecho a la defensa y al debido proceso, de las instituciones prestadoras de servicios de salud.

A pesar de que el tema de responsabilidad médica tiene un mismo origen y naturaleza, es abordado desde diferentes enfoques, especialmente probatorios, tanto en la jurisdicción ordinaria, como en lo contencioso administrativo. Así, para la Corte Suprema de Justicia, se constituye en un caso típico de responsabilidad civil de naturaleza contractual o extracontractual, según el vínculo jurídico que exista entre las partes, sean contratantes o no.

En el último escenario señalado, la Corte aborda el tema probatorio tomando como referencia el artículo 2341 del Código Civil, donde se considera que resulta necesario acreditar los supuestos fácticos que exige esa disposición. Así, en sentencia de Casación Civil del 29 de marzo de 2017, con Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. Actor Richard Mauricio Sanabria y otros contra SANITAS EPS señala entre sus apartes más importantes que:

Cuando se distribuye la carga de la prueba y se la impone al demandado sin importar la razón de esa circunstancia, se convierte en una condena anticipada, tanto hasta demostrar el hecho que se le exige, como cuando no lo logra, evento que en su criterio se traduce en la aplicación de

una norma sustancial creada por el juez. Dicho de otra manera, fallar sin ley preexistente, con lo cual se destruye, el principio de legalidad que se erige como uno de los fundamentos por excelencia de los sistemas jurídicos actuales.

Opina la Corte que emitir condena contra la parte demandada sin acreditar la culpa, significa zanjar el pleito bajo parámetros de responsabilidad objetiva, o, en otras palabras, convertir la obligación con culpa probada (Art. 2341), en responsabilidad por infracción presunta (Art. 2356) (Corte Suprema de Justicia, 2017).

También, se consideró que decidir el pleito en contra del demandado sin acreditación de la imputación del contexto factico al agente significa llevarlo arbitrariamente a que asuma responsabilidad, por algo que no le es jurídicamente atribuible.

En el mismo análisis precisó que realizar la distribución judicial de la carga de la prueba de los presupuestos de hecho que conllevan las proposiciones de preceptos legales, implica simultáneamente transformar los elementos materiales probatorios en cuanto circunstancias de tiempo, modo y lugar que soportan los medios exceptivos.

Es imposible, que no resulte alterada la obligación probatoria de los hechos que respaldan la reclamación, sin que en forma simultánea presente variación la carga de la prueba de los supuestos facticos que acreditan los medios exceptivos. Operación que tergiversa el sentido de la norma sustancial y erosiona los principios generales de derecho en materia probatoria.

La distribución de la carga de la prueba no se puede afectar por situaciones específicas de las particularidades de cada caso, ni de la gestión de los sujetos procesales, ni tampoco de la proximidad con las evidencias.

En tanto, que se deriva del ordenamiento jurídico material que se va a decidir de modo que está encausada por el marco normativo sustancial de tipo general, abstracto e impersonal. Es decir,

viene previamente configurada por la ley, razón por la cual, el juez no puede variarla a su arbitrio sin que perturbe con ello el imperativo de la ley sustancial.

La facultad judicial está dirigida a comprobar los enunciados fácticos, a partir de los lineamientos legales, pero nunca a realizar arbitrariamente la acreditación de los hechos objeto del debate. Esto, porque esa actuación conlleva el desconocimiento de la ley sustancial, en el entendido que comporta la aplicación de una disposición legal nueva, para cada caso de manera singular. Actuación judicial, que no puede ser considerada como aplicación del derecho.

Aceptar que las valoraciones probatorias del juez, sean realizadas, según el libre uso que quiera darle, a las estructuras de la ley sustantiva, equivale a permitir que acepte según su interpretación, que situaciones fácticas son acreditadas o no. Llevando a que el juicio visto de esa manera, sea catalogado por la doctrina como casuismo jurídico.

Esto representa una inconformidad del marco sustantivo legal, entendido como procedimiento normativo, que efectiviza procesos confiables a raíz de la fijación de pautas obligatorias, para las partes que concurren a él.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se invoca en el presente análisis, y con la que se pretende controvertir la posición del Consejo de Estado en torno a su jurisprudencia vigente respecto a infecciones nosocomiales, posee un estudio en materia probatoria profundo, sobre sus causas, el origen legal que se otorga, y las facultades del juez al momento de interpretar los diversos medios probatorios.

El estudio conlleva la voluntad legislativa, la importancia de la obligatoriedad de la aplicación sustancial en materia de pruebas, las connotaciones y consecuencias que involucran el exceso o el defecto valorativo de aquellas.

Adicionalmente, parte de presupuestos normativos que a luz del derecho a la defensa y por contera el derecho fundamental al debido proceso, resultan inquebrantables. Cualquier desvío o

alteración interpretativa, se traduce en afectaciones de carácter sustantivo que indudablemente inclinan la labor judicial, en favor de una parte y desmedro de la otra.

Al mismo tiempo, impone límite a la creatividad de interpretación probatoria del funcionario judicial, bajo la orientación de categorías normativas, que impiden soslayar los elementos de estructuración del juicio de responsabilidad. Según criterios concretos, que exigen sustancialidad en la valoración probatoria y razonabilidad interpretativa.

Esa orientación, en primer lugar, legal, y en segundo dogmática, es prenda de garantía de un juicio justo, que debe resultar equilibrado para el actor y su contra parte. Impide superponer categorías jurídicas, morigerar las reglas y estructura probatorias, así como enmarcar las reglas interpretativas sobre las que el administrador de justicia puede transitar.

No se trata de cercenar la actividad jurisdiccional del juez, quien por virtud de la ley cuenta con una gama de reglas y herramientas interpretativas que debe usar de manera sistemática. Lo que se le exige, es el apego a estas, lo cual supone respetar el principio de legalidad, y el derecho a un juicio en igualdad de armas a las partes intervinientes en la *litis*.

Bajo ese panorama, se exhorta al juzgador para que mantenga durante el curso del proceso las reglas probatorias dispuestas por la ley. Impidiendo, de esta manera, su aligeramiento o flexibilización, en tanto ello significaría alterar la garantía procesal de una, o ambas partes. Lo que, para estos casos, cualquier tipo de alteración en las reglas de interpretación probatoria, por insignificante que resulte, transforma el sentido de la decisión que debe ser adoptada por el operador judicial. Esto, lleva implícita la erosión de los principios elementales del derecho.

Esa manera de abordar los juicios comporta la desjudicialización del proceso, en la medida en que el imperio de la ley cede frente al facilismo de la interpretación, basada en la flexibilización probatoria.

La misma sentencia enseña que los principios fundamentales que aquí se invocan en materia probatoria, resultan aplicables para cualquier clase de juicio. El exclusivo efecto que se desprende de aceptar o rechazar el querer o la excepción, sin estar acreditadas las circunstancias fácticas que tienen por fundamento, equivale a fallar sin pruebas. Con desconocimiento absoluto del sistema legal, que obliga al administrador de justicia a adoptar decisiones, con fundamento en el principio de inmediación de las pruebas.

Esta es, en concreto una de las consecuencias que se suscitan al confundir los conceptos de carga de la prueba, con el deber de aportación de aquellas; al atribuirle a este último, una función que no es la que legalmente le corresponde.

Al momento de aplicar el presupuesto de cierre de la obligación probatoria, no presenta utilidad que las partes hayan sido diligentes o inactivas, para aportar los elementos probatorios; o que el administrador de justicia haya impuesto al demandante o demandado, el deber de aportar pruebas.

La única alternativa con que cuenta el sentenciador es la indicada por la ley que se resume en que, si los supuestos fácticos son completamente acreditados, debe plasmarlo en la sentencia con su respectiva consecuencia jurídica, y ante la ausencia de pruebas negar esos efectos jurídicos. No puede pretenderse una tesis intermedia, porque la ley no lo permite, y ello significa actuar en contravía de la sustancialidad legal.

Siguiendo esa orientación de la Corte Suprema de Justicia resulta necesario señalar el hecho que, aunque un órgano de cierre tenga el poder interpretativo y hermenéutico superior que la competencia procesal le otorga, no lo faculta, para desatender las reglas sustantivas en materia probatoria.

En concreto, la línea jurisprudencial del máximo tribunal en materia de justicia ordinaria, está encaminada a preservar como uno de sus principales postulados, el de la sustancialidad en

materia probatoria; como expresión del principio de legalidad y como garantía de los intervinientes en la actuación judicial.

Esa misma Corte aclara las diferencias estructurales, conceptuales y sustanciales en torno al suministro o aporte de pruebas, y el del método para cerrar la carga de la prueba. Siendo este último una categoría jurídica obligatoria en la confección de la sentencia, que no admite mutaciones o repartición de ningún tipo.

Por esa razón, la sentencia del caso del menor Juan Sebastián Sanabria contra EPS SANITAS, destaca la importancia que conlleva el adecuado entendimiento del ejercicio, alcance y limitaciones de la potestad del juez para adoptar estrategias, que tenga a su alcance con el propósito de materializar la justicia a partir de la realidad procesal. Esa exigencia se encontraba contemplada por el Artículo 34—7 del desaparecido estatuto procesal civil, y ahora se halla en el Artículo 42—4 del Código General del Proceso (2012). (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Uno de los mecanismos para cumplir ese mandato legal es la instrucción del juez para una de las partes de aportar las pruebas cuando se encuentre, en condiciones más favorables de hacerlo. Lo que implica entender esa situación como una regla en la actividad de aportación de pruebas, pero no como un canon, en torno al referido método de finalización de carga de la prueba.

Este último, es una orden categórica de tipo legal que el administrador de justicia no está en la facultad de obviar. Constituye una obligación del juzgador de orden sustancial, para la correcta conformación de la decisión judicial. Una interpretación diferente, significa nada más y nada menos que la transgresión absoluta del principio de legalidad, como estamento fundamental de nuestro sistema jurídico.

Actuar fuera de esos postulados, suponen permitirle al juez abordar la técnica y análisis probatorio a su absoluto arbitrio, circunstancia irregular que conlleva la transgresión de la sustancialidad normativa para el estudio de cada caso (Corte Suprema de Justicia, 2017).

La sentencia sobre ese aspecto indica que, por vía del aligeramiento del ordenamiento en materia probatoria, la actividad judicial y el derecho pueden terminar siendo el resultado de las creencias subjetivas del juez, con la consecuente pérdida de imparcialidad.

Actuar en ese sentido, implica una dificultad de orden factico y jurídico que impide la materialización de la justicia. La aproximación a la verdad, no se obtiene morigerando o reduciendo las exigencias probatorias. Ya que, la eventual distribución de la carga de la prueba conlleva alteración de los preceptos sustanciales, que simulan probados los supuestos facticos que no se lograron acreditar en el trámite procesal. Circunstancia que, en ningún caso comporta estar cada vez más cerca de la verdad, sino que representa el ocultamiento o distorsión de ella.

Por otro lado, la Sala Civil de la Corte concluye que todas las consideraciones en torno a ese asunto resultan aplicables para cualquier clase de controversia judicial, como las actuaciones procesales de responsabilidad ordinaria generada por delitos y en general que conlleven culpa. (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Así como también, para los de responsabilidad médica en particular, en la medida en que no existe ningún motivo para expresar que el imperativo inmerso en el inciso segundo, del artículo 167 del Código General del Proceso (2012), es una excepción al principio de la carga de la prueba, o una fórmula válida, para incorporar doctrinas extranjeras. De acuerdo con esto, su resultado práctico no es otro que la sustracción por parte de los togados de las facultades del legislativo, al descomponer lo que significan las categorías normativas sustantivas que conllevan un valor objetivo intrínseco.

Son esos aspectos de orden sustancial en materia probatoria los que, para el presente trabajo de grado, resultan censurables en la sentencia del Consejo de Estado anteriormente reseñada, que estructuró la responsabilidad administrativa de las entidades públicas por infecciones

nosocomiales. Entre ellas, el Hospital Militar Central, bajo el título de imputación objetiva de alea—riesgo excepcional.

La mencionada sentencia del Consejo de Estado, hizo un recuento de los títulos de imputación usados por ella en el tema de responsabilidad médica. Relacionó una primera fase de su tránsito jurisprudencial entre 1964 y 1990, en la que las decisiones fueron adoptadas con fundamento en la regla de la falla probada.

Para la primera parte de la década de 1990 usó como título de imputación la falla presunta. Después, para principios del nuevo milenio migró a la carga dinámica de la prueba. A mediados de la primera década del siglo veintiuno, retornó al título de imputación de falla probada, con cierto grado de flexibilización dirigido a las cargas dinámicas probatorias.

Finalmente, y como se indicó, para el año 2013, con la mencionada sentencia de Juan Sebastián Sanabria contra EPS SANITAS, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, adoptó la tesis jurisprudencial de alea—riesgo excepcional. Los argumentos principales de esa decisión de tipo objetivo, se resumen de la siguiente manera:

- La responsabilidad del Estado en cuanto a las infecciones nosocomiales deviene como objetiva, porque la hospitalización genera un riesgo provecho, aleatorio y excepcional.
- Las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, son inherentes a la existencia y funcionamiento del servicio médico; por lo tanto, afecta a todas las personas que acuden para el tratamiento de su patología.
- La prestación del servicio médico asistencial con capacidad de comprometer la responsabilidad de las entidades públicas de salud, no es solamente aquella que se distrae de las reglas de la “*lex artis*”, o que es consecuencia de un anormal, deficiente, negligente

o descuidado servicio médico. Sino también, aquella que se desarrolla en condiciones normales, puede dar lugar a que aquella ocurra. Como en el caso de las IACS.

Lo anterior, ocurre de esa manera porque “el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia, no es la noción de falla del servicio, sino el daño antijurídico”. Aunque, las infecciones nosocomiales pueden llegar a ser irresistibles son prevenibles y controlables.

El riesgo, eventualmente sirve como elemento para enrostrar jurídicamente responsabilidad a la administración por los perjuicios generados, que tiene por causa u origen una infección de carácter nosocomial, entendida como la que adquiere el paciente en la clínica u hospital. En esas circunstancias, la responsabilidad se torna de tipo objetivo, por lo que, al demandado, para excusarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, no le queda otra alternativa que acreditar que el enfermo traía el cuadro infeccioso, previo a su ingreso al nosocomio.

El reproche que se hace en este trabajo de investigación radica en que el tránsito o cambio de jurisprudencia en el Consejo de Estado, desde la perspectiva de responsabilidad subjetiva bajo el sistema de falla probada, hacia responsabilidad objetiva según título de imputación de riesgo excepcional, en asuntos de infecciones nosocomiales, se suscitó sin análisis de tipo sustantivo en cuanto al enfoque de valoración probatoria.

La tesis de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que erige el sistema de responsabilidad extracontractual sobre el daño antijurídico y no sobre la falla del servicio, está fundamentada en el Artículo 90 de la Carta Política; sin embargo, esta disposición no puede ser autónoma y operar por sí sola, bajo el entendido que las reglas probatorias están previamente definidas en la ley.

Así las cosas, el marco normativo sustancial en materia probatoria establecido para el Consejo de Estado al momento de adoptar sus decisiones, es el contenido en las reglas señaladas

tanto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo—CPACA, como por el Código General del Proceso (2012). De acuerdo con esto, no era viable para la Sección Tercera del Consejo de Estado realizar esos cambios jurisprudenciales, obviando la obligatoriedad y respeto por las reglas sustanciales en materia probatoria.

No existe fundamento legal, ni el en el CPACA, ni en el Código General del Proceso (2012), ni en la Carta Política (1991) que faculte a la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo para restarle valor probatorio a la adecuada y eficiente prestación del servicio, para el control de infecciones intrahospitalarias; esto, al demostrar diligencia y cuidado mediante el uso de protocolos, medidas de asepsia y antisepsia, tendientes a mantener dentro de niveles mínimos la flora bacteriana al interior de los centro asistenciales.

Así las cosas, la *multiresistencia* de las bacterias hospitalarias obedece a diversos factores entre los que se destacan las condiciones de salud propias del paciente, la periodicidad en las tareas de desinfección, la respuesta del paciente a la antibioticoterapia; así como la de su sistema inmunológico, precedido por sus comorbilidades.

De modo que, en algunos casos, se trata de las condiciones propias del paciente, que son exclusivamente de aquel, y que no pueden imputarse bajo ningún aspecto de orden fáctico y mucho menos desde apreciaciones de naturaleza sustantiva al centro asistencial.

Ese ejercicio, entendido de otra manera por el juez, es el que distorsiona la realidad. Hace que arribe a conclusiones que no fueron probadas en el curso del proceso judicial, alterando los presupuestos de hecho que distorsionan la verdad; afectando la obligatoria sustancialidad de las reglas de interpretación probatoria, con lo cual perturba el debido proceso de la parte afectada, por una transgresión palmaria del principio de legalidad.

Finalmente, desde ese contexto y, ante las evidentes y palmarias infracciones de orden sustancial en que incurre el Consejo de Estado, que afectan el debido proceso y vulneran el

principio de legalidad; se aconseja a las instituciones y profesionales de la salud, insistir con fundamento en los argumentos descritos, en la modificación de la jurisprudencia relacionada con casos de infecciones intrahospitalarias, para que se retorne al título de imputación de falla probada.

11.2. Los eximentes de responsabilidad del Estado y la protección del patrimonio

Para abordar este tema, es necesario considerar que por tratarse de regímenes de responsabilidad y frente al tema de su declaración, resulta inescindible asociarlo con los argumentos relativos a la carga probatoria.

Ahora bien, la regla general indica que el interesado debe probar el hecho dañoso, el daño o la afectación jurídica y el nexo causal. En el caso que alguno de esos tres elementos no logre comprobarse, no hay lugar a predicar la responsabilidad estatal y por el contrario la administración resultará exonerada.

En cuanto a los casos de daño especial y riesgo excepcional, por tratarse de regímenes objetivos, no deben realizarse análisis sobre el comportamiento de los agentes que causaron tales circunstancias, ni el defecto o reproche que se enrostra a la administración. Ya que, basta saber que el actuar de la administración, está enarbolado de legitimidad, y que por tanto de nada sirve excepcionar que actuó con diligencia y cuidado.

Ante ese panorama, y la acreditación de los tres elementos por parte de actor, la administración puede desestimarlos demostrando una causa extraña en la producción del daño. Entendida aquella, de tal entidad y categoría que rompa el nexo causal, sin que se admita para este tipo de exculpaciones el caso fortuito, en el entendido que su aparición no es ajena al dominio de la situación que generó el daño (Consejo de Estado, 2011).

Adentrados con la introducción sobre este asunto, es importante hacer referencia a las diferencias que aborda el Consejo de Estado en torno a este tema, ya que separa los conceptos de causalidad e imputación, modifica el paradigma alrededor que las causales exonerativas rompen el nexo de causalidad, para definir que aquellas tienen como propósito evitar la atribución del daño y con ello impiden la imputación (Consejo de Estado, 2009).

11.2.1. La fuerza mayor.

La fuerza mayor puede entenderse como una causa externa que no pertenece a la actividad y quehacer jurídico del demandado, de tipo irresistible, exterior e incontrolable para la administración o sus agentes. Que justifica su desentendimiento en la *causación* del daño, respecto del cual se reclama un perjuicio.

En materia ordinaria, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 29 de abril de 2005, con el magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, refiriéndose a los hechos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, señaló lo siguiente: no se trata de cualquier hecho sorpresivo o dificultoso que sobrevenga, sino de aquellos que sin asomo de duda reúnen los requisitos legales, que después deben ser valorados por el operador judicial para cada evento en concreto.

La imprevisibilidad e irresistibilidad deben ser cotejadas de acuerdo con las características específicas en que sucedió la situación fáctica, que debe ser evaluada. Y no solamente de manera previa, de acuerdo al catálogo fijado para muchas de esas situaciones por jueces o legisladores, con el propósito de entrar a determinar, cuáles pueden ser determinados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito.

Se reitera que la jurisprudencia ha sido uniforme al señalar que para considerar dichos eximentes de responsabilidad, estos no deben ser abordados mediante una clasificación automática

de sucesos; sino que, debe realizarse para cada situación individual, con la ponderación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se suscitaron.

La variada y abundante jurisprudencia del Consejo de Estado enseña que son tres los factores que deben estar presentes en esta causal de exoneración, los cuales son:

- i) Es un hecho externo: El hecho que la desata o enerva debe ser ajeno a la actividad que produce el daño, no puede ser objeto de imputación, ni al causante ni a la víctima.
- ii) Es un hecho imprevisible: No es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. En condiciones normales era casi imposible para el agente prever el suceso de aquel (Consejo de Estado, 2008).
- iii) Es irresistible. Consistente en la imposibilidad objetiva absoluta para evitar las consecuencias que se desprenden del hecho.

11.2.2. El caso fortuito.

Para Hinestrosa (2001) el caso fortuito en la jurisdicción ordinaria, se analiza de manera similar a la fuerza mayor, entendiendo a esta como el evento absolutamente extraño y ajeno a la actividad que produce el daño. En tanto que, el caso fortuito se comprende como: el suceso que ocurre en ejecución de una actividad.

Bajo esa perspectiva este último es comprendido como una “causa desconocida” que, aunque previsible, en algunos casos subsiste y es irresistible. Además, que guarda estrecha relación con la actividad ejecutada que produce el daño, y como se mencionó antes, no tiene la posibilidad de ser un exonerante, en los casos de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional.

Conforme a su similitud, el Consejo de Estado ha realizado diversos esfuerzos vía jurisprudencia para identificar sus diferencias, así: La fuerza mayor precisa, que se trata del suceso

conocido, impensado e invencible, extraño y externo a la actividad o al servicio que generó el perjuicio, sucede entonces por causa no imputable al sujeto.

A su vez, el caso fortuito ocurre de manera diferente, pese a que es irresistible, proviene de la gestión ordinaria del sujeto, sin que requiera la absoluta imprevisibilidad de su realización, toda vez que puede ser ignorado o permanecer oculto. Razón, por lo que no puede catalogarse como una verdadera causa extraña (Consejo de Estado, 2000).

11.2.3. La culpa de la víctima o de un tercero.

La culpa de la víctima, se dice de aquel involucrado en la disputa, que directamente concurre a ella por acción u omisión, con o sin culpa, en la creación o agravación del daño, y que por ello debe asumir las consecuencias de su conducta. Al respecto, la legislación colombiana encuentra respaldo en el Artículo 2357 del Código Civil donde se señala que: “la apreciación del daño, está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

De suyo, se trata de una causal que impide realizar la imputación, porque pese a que el demandado haya causado el daño, no se le puede enrostrar en la medida en que el actuar de la víctima le resultó extraño, imprevisible e irresistible, circunstancia que lo llevó de esa manera y no de otra a actuar en la producción del daño. De manera que, dicho daño es imputable jurídicamente a la víctima y no al demandado.

Resulta necesario señalar que los elementos descritos de extrañeza, imprevisibilidad e irresistibilidad deben ser absolutamente identificables. Por cuanto si el demandado los pudo avizorar respecto de la víctima y sin que haya sido su causante, significa que concurrió en la producción de los mismos, estando en el deber de tratar de evitarlos.

El Consejo de Estado, en la Sentencia del 10 de marzo del 2017, señaló los casos más relevantes, en los que la culpa de la víctima exime de responsabilidad estatal, a partir de los siguientes puntos:

- Se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos o en el despliegue de actividades.
- La ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas puede constituir una conducta negligente relevante.
- Puede surgir culpa de la víctima por razón de la actividad de los ciudadanos en labores que no les corresponden.
- La violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado.
- La víctima por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño.

11.3. Protocolos a la hora de *triage* al paciente

El Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano, definen el *triage* como un sistema de selección y clasificación de los pacientes, en los servicios de urgencias de las instituciones prestadoras de servicios de salud. Esto, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles para atenderlo. La Resolución 5596 del 24 de diciembre de 2015 de esa Cartera, estableció cinco categorías.

Sobre este aspecto, y pese a tratarse de una conducta eminentemente asistencial, resulta necesaria su incorporación, por motivos de defensa jurídica de las instituciones prestadoras de servicios de salud. Por esta razón, los hospitales al momento del ingreso de los pacientes con

clasificación de *triage* i, ii o iii, que requieran internación en el centro médico, deben ordenar exámenes de laboratorio, tendientes a descartar la presencia de cualquier infección en la humanidad de aquellos, previa su hospitalización.

Lo anterior, se trata de una medida que, desde el punto de vista de la salud puede no llegar a tener indicada pertinencia médica, y que, probablemente, puede ser glosada y objetada para pago por los aseguradores en salud.

Sin embargo, para efectos de protección jurídica de las clínicas y hospitales, puede resultar de gran utilidad. Esto, ya que este procedimiento permite confirmar si el paciente recién ingresado al centro asistencial tiene presencia o indicios de infecciones, lo que permitiría descartar que haya sido contraída en el nosocomio. Circunstancia que, ante un eventual juicio de responsabilidad civil extracontractual, se convertiría en uno de los principales argumentos de defensa.

CONCLUSIONES

Esta investigación tuvo los siguientes hallazgos:

El primero, que la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica, desde la década de los sesenta ha utilizado diversos títulos de imputación subjetiva y objetiva en torno a la declaratoria de responsabilidad administrativa como: la falla probada, la falla presunta, la carga dinámica de la prueba y el riesgo excepcional para proferir sus decisiones; siendo el primero de los enunciados el de mayor aceptación.

El segundo, se logró identificar que, para casos asociados con infecciones nosocomiales, a partir del año 2013, en el proceso de reparación directa de Juan Carlos Rojas Tacha contra Instituto de Seguros Sociales, adoptó el título de imputación objetiva de alea—provecho riesgo excepcional.

Este fallo, tuvo por fundamento argumentativo para la declaratoria de responsabilidad administrativa, por un lado, el aludido “riesgo—provecho” para el paciente, y por otro, que la responsabilidad estatal no reposa en la teoría de la falla del servicio sino del daño antijurídico.

El tercero, que el cambio jurisprudencial, se confeccionó con infracciones de orden sustancial que afectaron el debido proceso y el principio de legalidad, por desconocimiento de reglas esenciales de interpretación en materia de valoración probatoria.

Al obviar el imperativo normativo contenido en los artículos 42-4 y 167 del Código General del Proceso (2012), el primero sobre la facultad oficiosa del juez para decretar pruebas, el segundo sobre la incumbencia de las partes de acreditar los supuestos de hecho y, finalmente, el artículo 2356 sobre negligencia, que utilizó arbitrariamente para elaborar la decisión que se controvierte.

Finalmente, se reitera que se debe insistir con ese planteamiento jurídico de irregularidad sustantiva probatoria ante el Consejo de Estado, para obtener la modificación de la jurisprudencia

de estirpe objetiva en los asuntos asociados, a infecciones nosocomiales. Todo, con el propósito de retornar al título de imputación por falla probada, en el que no se presumen ni la culpa, ni la responsabilidad de los centros asistenciales por esos eventos.

REFERENCIAS

- Armenta Ariza, A. M. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. El título jurídico de la imputación. *Revista Via Iuris*, 88-112.
- Arráez, M., Calles, J., & Moreno De Tovar, L. (2006). *La Hermenéutica: una actividad interpretativa*. Sapiens.
- Barros Bourie, E. (2009). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial jurídica de Chile.
- Buitrago, Á. M. (2019). *Verba Iuris 41*. Bogotá, Colombia.
- Bustamante Ledesma, A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Carnelutti, F. (1973). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carrillo Ballesteros, J. M. (2006). *Prolegómenos Derecho y Valores* (Vol. XI). Universidad Militar Nueva Granada.
- Castaño de Restrepo, M. P. (2008). *Derecho médico – sanitario: actualidad, tendencias y retos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Código Civil. (s.f.). Artículo 2349. Daños causados por los trabajadores. Colombia.
- Código Civil. (s.f.). Artículo 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia. Colombia.
- Código Civil Colombiano. (s.f.). Artículo 2357. Reducción de la Indemnización. Colombia.
- Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Consejo de Estado. (24 de Octubre de 1900). Sentencia del 24 de octubre. Expediente 5902.

Colombia: Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. Consejero Ponente:
De Greiff Restrepo Gustavo.

Consejo de Estado. (1949). Sentencia del 8 de febrero. Consejero Ponente: Pedro Gómez Parra.

Consejo de Estado. (1989). Sentencia 20 febrero. Expediente 4655. Sección Tercera. C.P. Antonio
José de Irisarri.

Consejo de Estado. (1992). Sentencia del 30 de julio. Expediente 6897. Colombia: Sala Plena
Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. Consejero Ponente: Suárez Hernández
Daniel.

Consejo de Estado. (2000). Sentencia del 10 de febrero. Expediente 11878. Colombia: Sala Plena
Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. Consejero Ponente: Hernández Henríquez
Alier Eduardo.

Consejo de Estado. (2000). Sentencia del 27 de julio. Expediente 12099. Sección Tercera.

Consejo de Estado. (2001). Expediente 12945 de 3 de mayo. Consejero Ponente Germán Rodríguez
Villamizar.

Consejo de Estado. (2001). Sentencia del 3 de mayo. Expediente 12945. Consejero Ponente:
German Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. (2003). Sentencia de 27 de noviembre. Expediente 14220. Diferencias
conceptuales entre el Daño Especial y el Riesgo Excepcional. Bogotá D.C.: Sala de lo
Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado. (Agosto de 2006). Exp. 15772. C. P. Correa palacio.

Consejo de Estado. (2008). Sentencia de 26 de marzo. Expediente 16530 . Sección Tercera.
Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2009). Sentencia 1995-01203 del 11 de febrero. Expediente 17145. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2011). Sentencia 24 marzo. Sección 3. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

Consejo de Estado. (2011). Sentencia de 8 de junio. Expediente 17990. . Sección Tercera. Consejero Ponente Gladys Agudelo Ordóñez.

Consejo de Estado. (2013). Sentencia 2001–01343 de 29 de agosto. *Proceso: Acción de Reparación Directa, N° de Radicación 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283), Actor: Juan Carlos Rojas Tacha. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.* Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. (2013). Sentencia del 29 de agosto. Exp. 30283. Juan Carlos Rojas y otros contra el ISS.

Consejo de Estado. (2014). Sentencia 12 de febrero. Expediente 2001-00852. Sección tercera. C. P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. (10 de marzo de 2017). Acción de Reparación Directa - Actio de in rem verso. Expediente 54121. Bogotá: Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Constitución Política. (1991). Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (5 de Marzo de 1940). Sentencia 418701. Magistrado Ponente Liborio Escallón.

Corte Suprema de Justicia. (2005). Sentencia del 29 de abril. Expediente N° 0829-92. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia de Casación Civil. SC 9193 de 29 de marzo. Actor Richard Mauricio Sanabria y otros contra SANITAS EPS. Radicación N° 11001-31-03-039-2011-00108-01. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

- De Irisarri Restrepo, A. J. (1986). La responsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia. En *La responsabilidad de la administración pública*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Temis.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (2006). *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*. Granada. España: Ed. Comares.
- Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020). *Patrimonio del Estado*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/patrimonio-del-estado>
- Fernández López, M. (2006). La carga de la prueba en la práctica judicial civil. Madrid: La Ley.
- Fernández Muñoz, M. L. (2009). La falla “probada” del servicio médico-asistencial: ¿vislumbre del retroceso del Consejo de Estado? *Revista IUSTA*, 73-92.
- García Enterría, E. (1993). *Curso de derecho administrativo* (Vol. II). Madrid: Civitas.
- Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Grands Arrêts. (2017). *Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado.
- Guzmán Mora, F., & Delgadillo Franco, E. (2004). *Derecho Médico Colombiano Elementos Básicos*. Biblioteca Jurídica Diké.
- Henaó Pérez, J. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Sampieri, R., & Mendoza Torres, C. P. (2018). *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana.
- Hinestrosa, F. (2001). *Tratado de las obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes*. Universidad Externado de Colombia.
- Hobbes, T. (1994). *Leviatán* (Vol. I). Barcelona: Ediciones Altaya S.A.

López Oliva, J. (2013). La responsabilidad médica del Estado o de los prestadores en salud privados derivada de prótesis mamarias defectuosas. Prolegómenos.

López Oliva, J. (2014). La garantía de los derechos humanos del paciente a través del derecho constitucional, procesal constitucional y el derecho de daños. Prolegómenos.

López Oliva, J. (2015). La teoría de la vida como daño en la responsabilidad médica en Colombia los aportes y vacíos de la corriente principalista en las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría. Advocatus.

López Oliva, J. (2016). La carga de la prueba en procedimientos de cirugía plástica en Colombia. Advocatus.

Ministerio de Salud y Protección social. (28 de mayo de 2013). *Resolución 1841. Por la cual se adopta el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021*. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30031789>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). Resolución 5596 del 24 de diciembre. Por la cual se definen los criterios técnicos para el Sistema de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias "Triage". Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2021). *Triage*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/salud/PServicios/Paginas/triage.aspx>

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (11 de Junio de 2008). *Lineamientos para la Implementación de la Política de Seguridad del Paciente en la República de Colombia*.

Obtenido de

<https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/CalidadAtenci%C3%B3nEnSalud/LINEAMIENTOS%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACI%C3%93N%20DE%20LA%20POL%C3%8DTICA%20DE%20SEGURIDAD%20DEL%20PACIENTE%20EN%20LA.pdf>

- Moore, M. S. (2011). *Causabilidad y Responsabilidad Un ensayo sobre derecho moral y metafísica*. Madrid. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Parra Guzmán, M. F. (2004). *Carga de la Prueba en la Responsabilidad Médica*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- por lo cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica. (1981). Ley 23. Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica. Colombia.
- República de Colombia. (1964). Decreto 528. Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones.
- Romanos de Tiratel, S. (1996). *Guía de fuentes de información especializadas. Humanidades y Ciencias Sociales*. Buenos Aires: EB.
- Ruiz Orjuela. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Ruiz Orjuela, W. (2004). La Responsabilidad Médica en Colombia. *Criterio Jurídico*, 195-216.
- Sánchez Flores, F. A. (Enero de 2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Rev. Digit. Invest. Docencia Univ., Lima*, 13(1), 102-122.
- Serrano Escobar, L. (2012). *El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. Segunda Edición). Legis Editores S.A.
- Tocornal Cooper, J. (2010). Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias. *Revista Chilena de Derecho*, 37(3), 477-504.

Urrutia, A. R. (2010). Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.

Villaseñor Rodríguez, I. (2008). Metodología para la elaboración de guías de fuentes de información. Investigación bibliotecológica.

Weingarten, C. (2012). Responsabilidad de los establecimientos asistenciales públicos y privados por daños causados por infecciones hospitalarias: La situación en el sistema sanitario argentino. En *Gaceta Internacional de ciencias forenses* (págs. 24-35).