

**“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA OCURRENCIA DE
INFECCIONES NOSOCOMIALES EN COLOMBIA”**

Una mirada legal y constitucional del daño antijuridico en el derecho colombiano



DANY ALEJANDRA GUTIERREZ CHAVES

Director:

MARTIN HERNAN PÉREZ CUERVO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

TUNJA 2023

Agradezco al principio a Dios por darme el coraje para ultimar este camino; a mi director y mentor el Dr. Martin Hernán Pérez Cuervo, toda vez que, con su acompañamiento y conocimiento pude efectuar un estudio investigativo sólido, sus enseñanzas y ejemplo contribuyeron a crear mi propio juicio respecto a que el derecho es un estudio constante y riguroso, asimismo a mis padres Lucia Chaves Sanabria y José Eduardo Gutiérrez por no soltar mi mano en todo este trayecto, finalmente a mis hermanos por su apoyo en todo este proceso.

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

RESUMEN	6
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
JUSTIFICACIÓN	17
TIPO DE INVESTIGACIÓN	18
MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	19
ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.....	20
TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	21
HIPOTESIS	22
OBJETIVOS	23
OBJETIVO GENERAL:	23
OBJETIVOS ESPECIFICOS:	23
CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	
COLOMBIANO	24
1.1 Responsabilidad del Estado Colombiano.....	26
1.2 Responsabilidad del Estado por la ocurrencia de un daño antijurídico al tenor del artículo 90 constitucional.	28
1.3 El fallo Blanco y la responsabilidad estatal colombiana.	31
1.4 El fallo Cadot y la responsabilidad del aparato judicial.	32
1.4 Antecedentes de la responsabilidad médica-área de la salud en Colombia.	34

CAPITULO II: TITULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD MEDICO-ESTATAL COLOMBIANA.....	36
2.1 Título de imputación subjetivo de responsabilidad en Colombia.	37
2.2 Falla del servicio en el área de la salud.....	39
2.3 Falla probada del servicio médico en la responsabilidad estatal.	41
2.4 Falla presunta por la conducta del profesional de la salud o Institución Hospitalaria al tenor de la ley 23 de 1981.	44
2.5 Título de imputación objetivo de responsabilidad en Colombia.....	47
2.6 El daño especial en el área de la salud.	50
2.7 El daño especial en procesos de reparación directa.	53
2.8 El riesgo excepcional en la responsabilidad del Estado.	55
2.9 El riesgo excepcional en la ocurrencia de las infecciones nosocomiales en Colombia.	56
CAPITULO III UNA MIRADA INTERNACIONAL EN EL DERECHO FRANCES POR LA OCURRENCIA DE INFECCIONES NOSOCOMIALES O INTRAHOSPITALARIAS.	57
3.1 Antecedentes de las infecciones nosocomiales en el Derecho Francés	58
3.2 El título de imputación objetivo de responsabilidad en Francia.	59
3.3 Fallo del 29 de junio de 1999 emitido por la Jurisprudencia Ordinaria Francesa. .	61
3.4 El fallo Coben emitido por el Consejo de Estado Francés.	61
3.5 Ley Kouchner.	62
3.6 Las infecciones nosocomiales imputables por un acto médico.....	63

CAPITULO IV: PROPUESTA PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD (ARTICULO 49 CONSTITUCIONAL), POR LAS VICTIMAS QUE PADECEN UNA INFECCION NOSOCOMIAL EN COLOMBIA.....	64
4.1 Análisis del artículo 90 constitucional en la imputación objetiva de la responsabilidad en Colombia.....	67
4.2 El tipo de responsabilidad objetivo por la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias.	69
4.3 El tipo de responsabilidad objetiva al momento de prestar el servicio de salud a un paciente.....	70
4.4 Protocolo al instante de realizar el triage a un paciente.	71
CONCLUSIONES	72

“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA OCURRENCIA DE INFECCIONES NOSOCOMIALES EN COLOMBIA”

Una mirada legal y constitucional del daño antijurídico en el derecho colombiano

RESUMEN

Con el paso de los años, Colombia ha trascendido por grandes cambios jurídicos, políticos, económicos y sociales que le han permitido evolucionar en determinadas formas producto de las circunstancias presentadas hoy por hoy; con el advenimiento del Estado Social de Derecho en el marco Jurídico propuesto con la Constitución Política de 1991 y ese paso agigantado por la transformación de la norma de normas, como así ha sido establecido en el artículo 4 de la misma, se ha dividido los derechos de los cuales es acreedor cada individuo en tres generaciones; primera generación (Derechos civiles y políticos), segunda generación (Derechos económicos , sociales y culturales) y tercera generación (Derechos de justicia, paz y solidaridad); en este estricto sentido, se refleja un cambio desaforado desde la constitución de 1886 hasta la Constitución de 1991, ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente fue enfática en darle preponderancia a aquellos derechos fundamentales que priman en la comunidad , por esta razón , la categoría de estos derechos fue desarrollada como prevalentes en el progreso de la existencia de cada sujeto, entre estos se pueden encontrar derecho a la vida, educación , libertad personal, salud etc. Por consiguiente, cada uno de aquellos derechos contemplados son de vital importancia , empero, la salud ha sido un derecho de gran amplitud y dificultad ; comprendiendo que , en la actualidad se evidencian infinitos casos de salud comprometidos en el ámbito jurídico , que han ocasionado especial atención de cada uno de las Instituciones Nacionales e Internacionales por tratar de solventar cada uno de los enigmas presentados al momento de relacionarse una enfermedad de cualquier tipo, una infección nosocomial, un procedimiento practicado de manera errónea y/o una intervención quirúrgica con consecuencias determinantes en la vida de un paciente, u otras circunstancias evidenciadas en los Establecimientos hospitalarios.

Ahora bien, si bien es cierto, es de vital importancia en este estricto sentido esbozar las infecciones nosocomiales en el desarrollo de las instituciones en la actualidad, ósea, analizar este tema de manera minuciosa, ya que, desde el inicio de las civilizaciones hasta nuestros días ha sido un sinfín de numerosas complicaciones presentadas en diferentes casos producto de las llamadas infecciones

nosocomiales y por ende la responsabilidad del estado en cada caso en particular. No obstante, según la Organización Mundial de la Salud (OMS) una infección nosocomial o intrahospitalaria es “Aquella que se presenta en un paciente internado en un Hospital o en otro establecimiento de atención de salud a quién la infección no se había manifestado ni en periodo de incubación en el momento del internado, la causa principal de estas infecciones está asociada a bacterias o microorganismos en las cuales se encuentran bacterias, hongos o virus” (Organización Mundial de la Salud), es decir, entendida esta como aquella infección causada al paciente al momento de brindarle atención médica, en el mismo centro hospitalario o establecimiento de salud, producto de un hongo, bacteria o diferentes microorganismos vividos en el medio ambiente donde el paciente reside, así las cosas, es preponderante denotar que este tipo de infecciones existen hace mucho tiempo, comprendiendo que se presentaban desde las grandes civilizaciones como Grecia, Roma, Egipto y la India; ya que, cuando se trataba de higiene, esta se realizaba con base a las religiones y sus parámetros, cabe decir que, en la antigüedad las comunidades se guiaban por cada una de las creencias de cada tipo de religión lo cual les permitía realizar determinadas conductas pero a su vez tenían restricciones en las mismas, por ello, al referirse a este tipo de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias era muy precario el tratamiento que se le otorgaba a cada una de las personas que las padecía, poniendo en peligro de esta forma la salud de cada persona quien entraba con un tipo de enfermedad, dolor o carencia a la Institución hasta salir con otra situación de salud provocada en aquel Establecimiento; con todo eso, este tipo de infecciones se remontan al inicio de los Establecimientos de atención médica u hospitalarios alrededor de los años 325 de nuestra era, cuando se trataba al término de misericordia cristiana para los dolientes; con el paso de los días y de los años, esta expresión ha trascendido de una manera palpable, es decir, se ha venido evidenciando como el resultado de la prestación del Servicio en cada Institución o Establecimiento de salud; a medida que se ha estudiado y analizado este concepto se vio la necesidad de examinar el origen y epistemología de esta noción, por ende; Nosocomial subyace del griego nosokomein que significa nosocomio, o lo que es lo mismo a “hospital” y que a su vez se deriva de las palabras griegas nosos que representa enfermedad, y komein cuidar; en otras palabras “Donde se cuidan enfermos”; de tal forma que infección nosocomial es un tipo de germen asociado a un hospital o Institución de salud; aun así, esta definición ha sido de gran relevancia observar, ya que, no es un término indiferente a las situaciones presentadas hoy por hoy, sino más

bien , un término que se desarrolla con una variante constante de cambio para las diferentes civilizaciones , comunidades y sociedades del mundo.

Bajo este estricto sentido, este producto investigativo se desarrollará con los principales objetivos de comprender como ha sido la actuación del Estado Colombiano frente a una situación de salud presentada por parte de una persona natural en un Establecimiento y/o Institución de atención médica, tratándose de la figura de una germen intrahospitalario que le ha provocado consecuencias fatales y determinantes al individuo, y por los mismo, está en la obligación de garantizar el derecho a la salud estipulado en la Constitución Nacional en el postulado 49, al tenor , de una posible responsabilidad con base en el postulado constitucional del artículo 90 ; ahora bien, es de gran importancia examinar el tipo de obligación de medio o resultado en la presentación de estos casos, no obstante, no es menos importante analizar la forma mediante la cual nuestra altas Corporaciones desde la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, han desenvuelto casos presentados bajo un tipo de responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado Colombiano, igualmente, es de gran relevancia, esbozar en este proyecto la influencia del Derecho Internacional con respecto a la presencia de estas infecciones y más específicamente la manera mediante la cual el derecho francés se ha pronunciado frente a esta problemática, teniendo en cuenta que, es una de las potencias que ha observado el tema y lo ha desarrollado desde un criterio más profundo usando de esta manera figuras contundentes que puedan efectuar garantías del derecho a la salud, producto de una circunstancia vivida por parte de cualquier individuo, que no está en la obligación de soportar en comparación a la perspectiva del Estado Colombiano; quien ha sufrido un vacío jurídico, ya que , no hay una reglamentación específica con respecto a la ocurrencia de esta situación en cualquiera de sus formas en el Derecho Colombiano.

De la misma forma, se busca desarrollar esta investigación usando una metodología de investigación cualitativa para así examinar los cuestionamientos, percepciones y experiencias a partir del inicio de la presentación de estas infecciones en los pacientes de Colombia , para así, explorar con detenimiento cada una de las manifestaciones de las Altas Corporaciones con respecto a esta cuestión que nos ahonda en la actualidad y aun no tiene una solución jurídica reglamentaria definitiva , igualmente, teniendo en cuenta los pronunciamientos del derecho internacional para el desenvolvimiento de cada uno de los casos evidenciados en Francia, para con ello, esclarecer como ha sido el manejo por parte de esta potencia a este fenómeno presentado a lo largo de los años.

Palabras clave: Responsabilidad estatal, derecho a la salud, infección nosocomial, prestación del servicio de salud, Establecimiento Hospitalario, responsabilidad objetiva del Estado, obligación de medio, obligación de resultado, perjuicio.

STATE LIABILITY FOR THE OCCURRENCE OF NOSOCOMIAL INFECTIONS IN COLOMBIA

A legal and constitutional view of anti-juridical damage in Colombian law.

ABSTRACT

Throughout the years, Colombia has gone through great legal, political, economic and social changes that have allowed it to evolve in certain ways as a result of the circumstances presented today; with the advent of the Social State of Law in the legal framework proposed with the Political Constitution of 1991 and that giant step by the transformation of the norm of norms, as has been established in Article 4 of the same, has divided the rights of which each individual is a creditor in three generations; The first generation (civil and political rights), the second generation (economic, social and cultural rights) and the third generation (rights of justice, peace and solidarity); In this strict sense, it is reflected an unbridled change from the constitution of 1886 to the Constitution of 1991, now, the National Constituent Assembly was emphatic in giving preponderance to those fundamental rights that prevail in the community, for this reason, the category of these rights was developed as prevalent in the development of the life of each person, among these can be found the right to life, education, personal freedom, health, among others. Therefore, each of those rights contemplated are of vital importance, however, health has been a right of great breadth and difficulty; Understanding that, at present, there are infinite cases of health compromised in the legal field, which have caused special attention of each of the National and International Organizations to try to solve each of the enigmas presented at the time of relating a disease of any kind, a nosocomial infection, a procedure practiced in an erroneous manner and/or a surgical intervention with decisive consequences in the life of a patient, or other circumstances evidenced in the hospital establishments.

Now, although it is true, it is of vital importance in this strict sense to outline nosocomial infections in the development of institutions today, that is, to analyze this topic in detail, since, from the beginning of civilizations until today, there have been numerous complications presented in different cases as a result of the so-called nosocomial infections and therefore the responsibility of

the state in each particular case. However, according to the World Health Organization (WHO) a nosocomial or intrahospital infection is "one that occurs in a patient hospitalized in a hospital or other health care facility to whom the infection had not manifested or incubation period at the time of hospitalization, the main cause of these infections is associated with bacteria or microorganisms in which bacteria, fungi or viruses are found" (World Health Organization), ie, understood as the infection caused to the patient at the time of medical care, in the same hospital or health facility, as a result of a fungus, bacteria or different microorganisms living in the environment where the patient resides, in this order of ideas, it is of vital importance to note that these types of infections have existed for a long time, understanding that they were present since the great civilizations such as Greece, Rome, Egypt and India; Since, when it came to hygiene, this was done based on religions and their parameters, it should be said that in ancient times the communities were guided by each of the beliefs of each type of religion which allowed them to perform certain behaviors but in turn had restrictions on them, therefore, when referring to this type of infections, it is of vital importance to note that this type of infections have existed for a long time, understanding that they were present since the great civilizations such as Greece, Rome, Egypt and India, When referring to this type of nosocomial or intrahospital infections, the treatment given to each of the people who suffered from them was very precarious, thus endangering the health of each person who entered the Institution with a type of disease, pain or deficiency until leaving with another health situation provoked in that Establishment; However, this type of infection dates back to the beginning of medical or hospital care establishments around 325 AD, when it was an expression of Christian charity for the sick; with the passing of time and the years, this term has transcended in a palpable way, that is, it has been evidenced as the result of the provision of services in each health institution or establishment; as this concept has been studied and analyzed, it has become necessary to examine the origin and epistemology of this notion, therefore, it has become necessary to examine the origin and epistemology of this notion; Nosocomial comes from the Greek nosokomein which means nosocomium, or what is equal to "hospital" and which in turn is derived from the Greek words nosos meaning disease, and komein care; in other words "Where the sick are cared for"; which is why nosocomial infection is a type of infection associated with a hospital or health facility; However, this definition has been of great relevance to observe, since it is not a term indifferent to the situations presented today, but rather, a term that develops with a constant variant of change for the different civilizations, communities and societies of the world.

Under this strict sense, this research product will be developed with the main objectives of understanding how has been the performance of the Colombian State in front of a health situation presented by a natural person in an Establishment and/or Institution of medical attention, dealing with the presence of a nosocomial infection that has caused fatal and determining consequences to the individual, and for the same, it is in the obligation to guarantee the right to health stipulated in the Political Constitution of Colombia in article 49, to the tenor, of a possible responsibility based on the constitutional postulate of article 90; Now, it is of great relevance to examine the type of obligation of means or result in the presentation of these cases, however, it is no less relevant to examine the type of obligation of means or result in the presentation of these cases.

It is no less important to analyze the way in which our high courts from the Supreme Court of Justice, the Council of State and the Constitutional Court have developed each of the cases presented under a strict or subjective responsibility of the Colombian State, it is also of great relevance to outline in this project the influence of international law with respect to the presence of these infections and more specifically the way in which French law has pronounced itself on this problem, taking into account that, it is one of the powers that has observed the subject and has developed it from a deeper and guaranteeing point of view using in this way strong figures that can guarantee the right to health, product of a circumstance lived by any individual, which is not in the obligation to support in comparison to the perspective of the Colombian State; who has suffered a legal vacuum, since there is no specific regulation regarding the occurrence of this situation in any of its forms in Colombian law.

In the same way, we seek to develop this research using a qualitative research methodology in order to examine the questions, perceptions and experiences from the beginning of the presentation of these infections in patients in Colombia, in order to explore in detail each of the pronouncements of the High Courts because of this issue that is currently deepening and still does not have a definitive legal regulatory solution, explore in detail each one of the pronouncements of the High Courts in relation to this issue, which is still not a definitive legal regulatory solution, also taking into account the pronouncements of international law for the development of each one of the cases evidenced in France, in order to clarify how this power has handled this phenomenon presented over the years.

Key words: State liability, right to health, nosocomial infection, service provision of health, Hospital Establishment, strict liability of the State, obligation of means, obligation of result, damage.

INTRODUCCIÓN

El campo donde ha tenido mayor relevancia la responsabilidad estatal es en el área de responsabilidad médica, dado que, casi siempre se presentan disímiles casos en los cuales se ocasiona un perjuicio a un particular por irregular y defectuosa atención a la salud, la acción u omisión por parte de los profesionales de la salud al momento de realizar alguna intervención quirúrgica, proceder a aplicar anestesia al paciente o realizar algún procedimiento médico, esta situación se presenta en múltiples revisiones y atenciones por parte del galeno al paciente que llega al Centro Hospitalario por una dolencia u otros tipos de causas, sin embargo, en este sentido, es menester dar prelación en este momento a la ocurrencia de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, comprendidas estas como “Aquellos microorganismos multirresistentes que son adquiridos por parte de pacientes durante su permanencia en un Establecimiento Hospitalario” (Cardona, 2019), de esta manera, se pueden diferenciar dos tipos de infecciones nosocomiales a saber, i) Infecciones exógenas entendidas como aquellas bacterias debidas a un patógeno en el entorno del paciente; ii) Infecciones Endógenas son aquellas que pueden agruparse en primarias y secundarias, las primarias son aquellas causadas por patógenos de la propia flora del paciente, si el patógeno se ha introducido en la flora y ha provocado una infección durante la administración de un tratamiento esta se definirá como infección endógena secundaria; en este orden de ideas, con el paso de los años esta es una circunstancia que no ha tenido una reglamentación sólida, sino que ha sido desarrollada de manera jurisprudencial, esto es de gran relevancia atendiendo a que desde nuestros antecesores provenientes de los siglos XV y XIX se dio una irresponsabilidad del Estado con respecto a la producción del daño ocasionado a los particulares sin tener una reparación alguna, aunque con el trascender de los días y de los años ha evolucionado, específicamente en Colombia persiste un vacío jurídico determinante a la ausencia del Estado y otras situaciones puntuales que comentare más adelante.

Ahora bien, el Estado Colombiano ha tenido una transición significativa a priori de la Constitución de 1886 donde existía un Aparato Judicial pasivo y abstencionista, a posteriori al advenimiento de la Constitución de 1991 donde se crea un Estado Intervencionista, por lo que, con este crecimiento agigantado se distinguió la responsabilidad del Estado en tres periodos i) Responsabilidad indirecta del Estado, ii) Responsabilidad directa del Estado y iii) Falla en el servicio.

Con todo, no solo se vivió una evolución social e histórica, sino que primordialmente un avance legal, por ende, es la ley 167 de 1941 quien viene a otorgar la competencia en las actuaciones de

resarcimiento impetradas contra Entidades Públicas del Estado, por ello, pasa esta competencia de la Corte Suprema de Justicia al Consejo de Estado, con base en las normativas de derecho público, circunstancia que fue de gran reconocimiento al tratarse la responsabilidad estatal, partiendo por supuesto de los principios de la norma de normas de 1886 y más aún el principio de legalidad; en esta medida se desarrollaron diferentes títulos de imputación para endilgar la responsabilidad al Estado, por tanto, se materializaron en dos vertientes, Régimen de responsabilidad objetiva del Estado compuesto por i) Daño especial y ii) Riesgo Excepcional; Responsabilidad subjetiva del Estado conformada por dos modalidades i) Falla probada del servicio y ii) Falla presunta del servicio.

Igualmente, se generó un gran cambio en razón al onus probandi, en consecuencia, el apartado 167 del Código General del Proceso introdujo a nuestro sistema jurídico la figura de las cargas dinámicas probatorias, circunstancia que sería de gran relevancia al tratar esta temática atendiendo a que se ve reflejado en quien está en mejor posición de probar si el paciente quien sufre un menoscabo antijurídico que no está en el deber de resistir como ha sido establecido por el Consejo de Estado en sentencia C-333 de 1996 o por el contrario, el profesional de la salud quien ejerció su actividad y ocasiono un perjuicio al paciente.

En fin, las leyes colombianas e incluso la jurisprudencia de los últimos treinta años son abundantes y caóticas con respecto a este tema que amerita un análisis riguroso, separado y estructural en razón al vacío jurídico que se vive hoy por hoy.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este producto investigativo tiene como objetivo fundamental presentar una propuesta que permita garantizar el amparo del derecho a la salud para aquellos individuos que sufren una infección intrahospitalaria y producto de esto sufren un daño irremediable, esto teniendo en cuenta que si bien es cierto, con el trascender evolutivo del deber del Estado de resarcir los daños generados producto de la presencia de esta clase de bacterias, el Estado Colombiano ha reflejado su ausencia en muchos casos de individuos que padecen este tipo de microorganismos multirresistentes, por la atención defectuosa e irregular por parte del galeno.

Adicionalmente, en la investigación se abordará el título de imputación objetivo del Estado por la presencia de infecciones nosocomiales de tipo endógeno o exógeno en un paciente, atendiendo que al haberse establecido un daño antijurídico en el artículo 90 constitucional, es menester fijarse de una manera rigurosa y crítica en la estipulación de este daño desde la norma de normas hasta verse materializado en la responsabilidad médica por la acción u omisión del médico al momento de realizar un procedimiento.

De esta forma, la problemática a investigar se sintetiza en la inseguridad jurídica de la aplicación de un título de imputación al momento de endilgar responsabilidad al Estado Colombiano, igualmente, la configuración de un daño antijurídico producto de la ocurrencia de este tipo de bacterias en el organismo de un individuo, por lo que, existe un vacío jurídico agigantado comprendiendo que no existe una reglamentación específica que pueda proteger la salud de las personas que padecen este fenómeno como así ha sido estipulado en la Constitución Nacional artículo 49, en conexidad con la Declaración Universal de los derechos humanos.

No obstante, aparece el fenómeno de carga probatoria desarrollada por la jurisprudencia, que cumple un papel de gran relevancia al instante de presenciar una responsabilidad médica producto de una infección intrahospitalaria, que permite entonces observar quien está en mejor posición de demostrar la configuración del daño antijurídico reflejándose el onus probandi al tenor del C.G.P

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la consecuencia de aplicar el título de imputación objetivo de responsabilidad en casos en donde se configura el daño especial en procesos de reparación directa, por el padecimiento de un organismo multirresistente por parte de un paciente?

JUSTIFICACIÓN

Esta investigación desarrolla su justificación en la transformación y evolución que ha presentado la jurisprudencia en razón a la responsabilidad médica estatal por la ocurrencia de los microorganismos multirresistentes, razón por la cual, es relevante analizar el origen de este tipo de bacterias, desarrollo y consecuencias del padecimiento de las mismas, cabe decir que no es menos importante estudiar la transformación de los títulos de imputación, igual que, las consecuencias de la aplicación de aquellos títulos, teorías y por supuesto ley de ética médica que indica deberes del galeno en el ejercicio de sus actividades.

De igual manera, esta monografía se justifica en demostrar el vacío jurídico que vive Colombia hoy por hoy, al no gozar de una reglamentación definitiva donde se pueda proteger la salud del particular, en comparación con un derecho internacional que ya ha observado esta situación y ha reglamentado esta circunstancia en aras de amparar los derechos de los sujetos, igualmente, examina los diferentes pronunciamientos esbozados por las altas Corporaciones con relación a esta problemática.

En efecto, se entrará a probar la negligencia por parte del Estado al presenciar estos casos en los cuales se causa un perjuicio de salud ineludible a las personas y no hay una acción jurídica que les otorgue protección con efecto inmediato a aquellos o a sus familias; concretamente, la investigación se justifica en la realización de una propuesta jurídica tendiente a dar prelación a efectuar las garantías de los derechos humanos y fundamentales, específicamente derecho a la salud.

TIPO DE INVESTIGACIÓN

La clase de investigación que se abordará es la indagación según categoría de datos-cualitativa, teniendo en cuenta que se busca recopilar, comparar e interpretar información, con respecto a la transición evolutiva de la responsabilidad estatal en el área médico por la presencia de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias en la estadía de un particular en un Establecimiento Hospitalario, así las cosas, se busca explorar cada una de las principales jurisprudencias que han desarrollado el tema desde la Corte Suprema de Justicia hasta Consejo de Estado, igualmente, analizar las pocas reglamentaciones que han tocado en algún punto esta problemática y sus alcances, no es menos importante evaluar la ley de ética médica en donde se refleja la relación médico-paciente al instante de realizar algún tipo de procedimiento quirúrgico o médico, es decir, los deberes de los galenos al introducir algún tipo de medicamento, realizar alguna operación y/o informar acerca de la probable solución para la posible afectación del paciente, ello mediando siempre el consentimiento; por lo que, se usarán varias técnicas de investigación como por ejemplo investigación documental que permita nutrir este estudio de información nacional e internacional para apoyo a la propuesta presentada, también, examinar de manera profunda cada uno de los conceptos manejados en este campo, por ello, se ha evidenciado *onus probandi* para demandante (Paciente) y demandado (Establecimiento Hospitalario).; situación que será analizada de manera profunda, comprendiendo que esto fue una transformación significativa para el desarrollo de la prueba en este estricto sentido, por otra parte, se robustece el régimen de responsabilidad para la Administración y personal sanitario, razón por la cual, se observará “La responsabilidad del Estado: El daño antijurídico (Constitución Política artículo 90), riesgo excepcional y actividades peligrosas” (Jaramillo, 2022)

De la misma manera, se indagará acerca de cada uno de los pronunciamientos por parte de los estudiosos del derecho, para con ello, comprender las distintas posiciones de aquellos que han realizado una investigación sólida y rigurosa para desarrollar un análisis crítico respecto a la problemática presentada.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

En este desarrollo investigativo se realizará una metodología hermenéutica-interpretativa-crítica, junto con la investigación teórica, para de esta manera dar uso a la técnica documental del tema en cuestión y hacer un estudio de alto grado de rigurosidad aplicando métodos de síntesis, análisis, inducción y deducción en el desarrollo de la investigación; con el fin de tener un alcance exploratorio, comparativo, analista y constructivo; en razón al inicio de la presencia de las enfermedades nosocomiales o intrahospitalarias en los Establecimientos de atención médica, de la misma manera, se tendrá en cuenta los pronunciamientos de expertos y doctrinantes importantes en el tema para con ello poder recopilar datos textuales verídicos con respecto a esta problemática , a saber , su manejo y desenvolvimiento ha sido de gran relevancia en las leyes Colombianas, por los mismo, como se ha manifestado anteriormente se examinará los pronunciamientos de las Altas Cortes para así poder comprender el desenvolvimiento de este asunto, pero más que todo, el modo de imputación de la responsabilidad contra el Estado o accionado al momento de dar resolución a un caso; de esta magnitud, empero, no es menos importante explorar por medio de los métodos anteriormente nombrados , los antecedentes por parte del derecho internacional, ya que , en consecuencia esta información se ha destacado por ser importante al momento de presentarse un caso por parte de cualquier persona que contraiga una infección nosocomial de tipo endógeno o exógeno.

ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

Es de gran importancia, utilizar el tipo de enfoque cualitativo en la presente investigación, comprendiendo que, este método permite por medio de la hermenéutica comprender el caso concreto, dando uso de la mayoría de documentos o información que puedan ser de utilidad para entender porque hoy por hoy, no existe una reglamentación que defina el rumbo de este asunto en Colombia, y de la misma forma mediante un derecho comparado extraer la información de mejor utilidad para demostrar las discrepancias presentadas en razón a la naturaleza jurídica y fáctica del Aparato judicial, también, analizar el tipo de obligación de medio o resultado que operaría en cada caso en concreto y la imputación del título de imputación objetivo de responsabilidad al momento de causarle un perjuicio a cualquier individuo a causa de una infección intrahospitalaria.

TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

En el progreso de este análisis se efectuará el uso de técnica de recolección de datos de observación directa, por ende, se ha establecido “La observación directa consiste en el registro sistemático, válido y confiable de comportamientos o conducta manifiesta”. (Metodología de la Investigación), en este estricto sentido, es de gran relevancia utilizar esta técnica para poder observar y recopilar datos fundamentales para el desenvolvimiento del estudio en proceso, esto permite tener una amplia visualización de la problemática esbozada en todos sus aspectos; con base en este tipo de recolección de datos se podrá analizar la transición evolutiva que ha llevado a cabo la responsabilidad médica con incidencia en las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

Igualmente, se dará utilidad a la técnica de revisión de registros en la cual, se entrará a examinar la jurisprudencia existente frente a la problemática en cuestión, de la misma forma las reglamentaciones esenciales que han conllevado a establecer la responsabilidad del Estado, concretamente, en el área médica producto del vínculo galeno-paciente como así ha sido establecido en ley 23 de 1981 (Ley de ética médica).

De esta forma, se suministrará estos dos métodos fundamentales de recolección de datos, para con ello, poder efectuar un estudio riguroso y profundo con respecto al vacío jurídico existente en Colombia, producto de la ocurrencia de los microorganismos multirresistentes de tipo endógeno o exógeno en la permanencia de un enfermo en una Institución con deberes de prestación y cuidado a la salud.

HIPOTESIS

El desarrollo de este estudio investigativo se fundamenta en analizar que la ocupación médica en inicio esta desenvuelta bajo la aplicación de obligaciones de medio, empero, al tratarse de la ocurrencia de bacterias que el paciente no había adquirido antes de ingresar a un Centro Hospitalario por una dolencia u otras causas médicas, este tipo de obligación tiene un cambio abismal, por consiguiente, ya no se trataría de obligaciones de medio, sino más bien, la obligación que adquiere el galeno en aquel momento sería de resultado, comprendiendo que aunque la ejecución del contrato médico conlleva a una serie de riesgos, este tipo de microorganismos suceden por causas ajenas al paciente; razón por la cual, al existir una causa ajena y producirse la configuración de un daño antijurídico irremediable, en aquel instante el Estado está en la obligación de responder por el ejercicio de actividades efectuadas por sus agentes, en el presente caso la conducta del profesional médico.

Con todo, la jurisprudencia contemporánea del Consejo de Estado ha conseguido constituir desde una óptica fáctica y jurídica en esta clase de casos, condenas objetivas, sin embargo, aunque así se halla efectuado en algunos asuntos, hay muchas ocasiones en las cuales hay acción y omisión por parte del Estado, por ende, no hay garantías de protección definitiva a toda la población colombiana al instante de presentarse una situación de este tipo; de modo que, no existe en la actualidad ningún tipo de resarcimiento o acción de reparación en las leyes colombianas que permita efectuar seguridad jurídica al pueblo colombiano de plena garantía de protección al derecho a la salud, en el caso de la ocurrencia de esta clase de infecciones.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Analizar el alcance de aplicación del título de imputación objetivo de responsabilidad por daño especial en procesos de reparación directa, por el padecimiento de un germen intrahospitalario de un paciente.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

1. Indagar los antecedentes de las enfermedades nosocomiales o intrahospitalarias en la responsabilidad médica en Colombia.
2. Examinar los títulos de imputación de la responsabilidad en Colombia, en materia de responsabilidad médica de conformidad con las infecciones nosocomiales.
3. Comparar la figura mediante la cual el Derecho Francés ha desarrollado una reglamentación garantista para aquellas personas que sufren un menoscabo que no están en el deber de soportar producto de una infección nosocomial, con los pronunciamientos del Derecho Colombiano.
4. Presentar una propuesta que permita garantizar la salvaguarda del derecho a la salud para aquellos individuos que sufren un germen intrahospitalario y producto de esto sufren un daño irremediable.

CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO

Desde las raíces de nuestros antepasados la estructura del aparato judicial era totalmente absoluta y definitiva; por ende, era el rey quien gobernaba como única y exclusiva autoridad suprema en la soberanía, al gozar de dicho título era plenamente responsable de los perjuicios o daños ocasionados a los individuos quienes conformaban dicha soberanía en razón al ejercicio de su actividad; por lo tanto, era natural que para dicha época estuviese “legalizada” la expoliación comprendida esta como la acción u omisión por parte de la máxima potestad para ejercer plenamente su voluntad y usurpar la propiedad ajena por medio de la fuerza, igualmente, se entendía como legal la figura de la barbarie a la cual el soberano podía someter a sus súbditos como era habitual para ese periodo de tiempo, sin que aquellos tuvieran la oportunidad de reclamar o solicitar algún tipo de reparación y/o resarcimiento por los daños ocasionados por parte del rey. Era un lapso donde se reflejaba la desigualdad en todo tipo de aspectos en el desarrollo de la sociedad, porque, cada miembro perteneciente a la comunidad no podía gozar de los derechos individuales y privados de los cuales era acreedor, considerando que, ello conllevaba a atentar contra la potestad de quien guiaba al pueblo en aquel momento; por ello, Hobbes no se equivocó cuando proclamó “Los hombres para salvarse deben renunciar a cada uno de sus derechos otorgador por su naturaleza” (Tommas Hobbes, 1994); de esta forma, se otorga la facultad a un tercero para remplazar la voluntad y representación de todos, deduciéndose el poder supremo y totalitario del Estado; se entendía el poder del rey de esta manera, porque se concebía al mismo como “Representante de Dios en la tierra, razón suficiente para ejercer dicha potestad de mandato sin ningún tipo de limitación o restricción; alrededor del siglo XV, todo el poder del Estado se radicaría en cabeza del único rey soberano, es decir, se reflejaría entonces la potestad dominante en un Estado absolutista y tirano, así las cosas, se materializó entonces la irresponsabilidad plena del aparato estatal en razón a cualquier tipo de daño causado a los individuos pertenecientes a la sociedad, cabe decir que, para dicha época la soberanía y responsabilidad eran entendidas como contrarias al Estado.

Ahora bien, al dar referencia a nuestros antepasados hay que decir que existían diversas culturas; por ello, en la era imperial romana surgió por primera vez la institución del Fisco, comprendido como aquella persona moral diferente al Estado, compuesto por los bienes y rentas públicos contra los cuales existía la posibilidad de reclamar acciones de reparación por los menoscabos causados

a las personas; aunque esto significaba un trascender evolutivo insaciable e innovador para la época no tuvo triunfo, sin embargo, fue de los primeros antecedentes sociales e históricos en tratar la acción de reparación por daños ocasionados a particulares.

Con respecto a las revoluciones burguesas del siglo XVIII , la autoridad soberana ya no residía en una única autoridad (Rey), sino que más bien, el soberano absoluto era el pueblo, por lo tanto, la estructura estatal era comprendida como un instrumento puesto al servicio de la nación, de modo que, no era permitido bajo ningún suceso ocasionar un perjuicio a los individuos, pese a que el empleado público era el llamado a responder por las actuaciones ilegales que cometiera en la actividad de sus funciones, por este motivo, a cualquier persona a quien se le hubiese irrogado un menoscabo gozaba de la prerrogativa de ejercer una acción en contra del responsable de haber ocasionado el daño.

Si bien para el siglo XIX se materializó la teoría de responsabilidad de los agentes del Estado, progresa este concepto de una manera notable hasta percibir la responsabilidad del Aparato Judicial de forma indirecta , puesto que “El Estado se asemeja como patrón o amo de los funcionarios públicos y por lo tanto está en el deber de responder patrimonialmente por los daños que se causen en razón al ejercicio de sus actividades, se trata entonces de un tipo de responsabilidad indirecta como se había mencionado anteriormente por culpa “In eligiendo” e “In vigilando” (Restrepo, 2005)

Alrededor de los años 1895 a 1903, las “Altas Cortes Francesas” avanzan de una manera satisfactoria abriendo las posibilidades a la teoría de la responsabilidad directa del Estado , comprendiendo que, es función prioritaria del mismo efectuar los servicios públicos esenciales a la sociedad para satisfacción de necesidades básicas de mayor preponderancia, en este sentido, es el llamado a responder por cualquier clase de daño ocasionado al individuo, por lo que, se esboza esta tesis en que es responsable el Aparato Estatal en responder por una deficiencia o irregularidad en un servicio público prestado, por ende, al observarse la irregularidad en el servicio el mismo debe ser resarcido esto se sintetizaría entonces en la clásica teoría de la falla en el servicio, en la cual se concibe que el Estado es el directamente responsable y no sus funcionarios; por lo que, la inexistencia de la culpa en el agente no es óbice para que el Aparato Judicial deje de un lado el deber legal y constitucional de la reparación de perjuicios causados.

La responsabilidad estatal ha venido evolucionando, por lo que, se desarrollaron teorías modernas como por ejemplo la teoría del daño especial, donde se ve reflejado el desequilibrio de las cargas públicas, esto, implica la ocasión de un perjuicio que no se está en el deber de soportar, esto en conexidad con lo establecido hoy por hoy en el postulado constitucional del artículo 90; en este estricto sentido se presume entonces el nexo causal entre el daño y el hecho generador promoviendo el onus probandi de la parte accionante; a su vez, la teoría del riesgo excepcional goza de un papel de gran relevancia en la actualidad, porque, con ocasión de perjuicios producidos en razón a actividades peligrosas ejercidas por el Estado también se presume el nexo causal entre el hecho generador y el daño.

Actualmente, el “Estado Colombiano” es la persona jurídica comisionada para efectuar la protección y garantía de los derechos fundamentales y humanos de la sociedad, ello, se ha visto reflejado en la constitución política de Colombia (artículo 2), igualmente, ha sido dispuesto por las normas internacionales quienes han determinado esta obligación, por ende, se promulgo la Declaración Universal de los derechos humanos o la carta de derechos en donde se ratifica que la prioridad del Aparato Judicial no es otra que velar por garantizar y proteger la vida, honra, bienes y dignidad de sus individuos, de este modo, en cualquier situación de vulnerabilidad o daño, es el Estado el llamado a responder por la configuración de ese perjuicio, concretamente, la reparación por la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias en un paciente.

1.1 Responsabilidad del Estado Colombiano.

La constitucionalización del derecho ha sido todo un fenómeno jurídico, político, e histórico a partir de la promulgación de la Carta Política de Colombia el 4 de julio de 1991, al verse materializado dicho acontecimiento como una transformación notable en las leyes y reglamentaciones colombianas, muchos asuntos tuvieron importantes modificaciones como era de esperarse al presenciar aquel cambio, entonces, la constitucionalización del perjuicio en la evolución de la responsabilidad del Estado cambiaría la percepción y filosofía que se tenía acerca de la responsabilidad en sí misma.

En el momento de la redacción de la norma de normas en 1991, se observa una visualización internacional, por lo tanto, se fija el punto de atención en España, comprendiendo que, la marcha de la constitucionalización de la posguerra se habría desarrollado en Alemania, Italia y España con los llamados “Tribunales Internacionales”, por lo que, el postulado 90 de nuestra Constitución fue

tomado de la Constitución Española de 1978 el cual establece “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Constitución política de Colombia, 1991); así las cosas, este artículo brindaría grandes cambios de gran relevancia; en principio, entra el Estado a responder por el ejercicio de actividades de sus agentes, esto indicaría que el primer elemento que se analiza en la responsabilidad del Estado es concretamente el daño y no la falla, como era habitual.

En la anterioridad, para configurarse la responsabilidad del Estado se necesitaba de tres exigencias: i) falla en el servicio, ii) daño y iii) nexo de causalidad, hoy por hoy, esta configuración se ha transformado comprendiendo que se atiende a dos condiciones para exigir la responsabilidad Estatal, se requiere entonces de: La ocasión de un daño y que sea imputable al Aparato Judicial Colombiano, es decir, no se observa mucho el aspecto de causalidad atendiendo que este requisito se ve reflejado más que todo en el momento de la imputación del perjuicio, empero, esta situación no siempre fue desarrollada de esta manera, ya que, con el advenimiento de la Carta Política de 1991, el Consejo de Estado entendió que el término de subjetividad había desaparecido en todo tipo de responsabilidad estatal, sin embargo, el mismo rectifica asegurando que la responsabilidad del Aparato Judicial continua siendo subjetiva, más bien, el término que se ha “objetivizado” es la idea de daño antijurídico, cabe decir que, anteriormente aquel concepto estaba ligado a la conducta del agente, comportamiento que generaba el menoscabo con culpa o dolo es decir, si el comportamiento del agente era antijurídico se deducía que el daño también.

En la actualidad, todo ha variado, porque su proceder puede ser lícito, pero es probable que exista un daño antijurídico, es evidente que opera el Estado como responsable del perjuicio ocasionado de manera obligatoria; en ese instante el juez analiza esta teoría para con ello poder tomar una decisión objetiva en derecho.

En este estricto sentido, es de gran relevancia denotar que toda esta transición evolutiva del progreso de la responsabilidad del Estado en Colombia, se ha nutrido del derecho francés como referencia en la evolución jurisprudencial, esto es reiterado en las diferentes teorías estudiadas que en nuestros días sirven de apoyo para la comprensión de las reglamentaciones, un ejemplo notable

de esto es el origen del derecho administrativo en sí mismo, ya que, se concibe como punto de partida del mismo la revolución francesa, igualmente, se desarrollaron importantes conceptos en derecho como el principio de legalidad como “La invención de la ley como expresión de la voluntad general” (Pinzón, 2005), de la misma manera, se efectuó la división de poderes entre otros importantes acontecimientos.

Ahora bien, como se expuso anteriormente los cambios jurídicos en Colombia fueron de gran amplitud, empero, podría considerarse que la metamorfosis fundamental y definitiva fue la constitucionalización del artículo 90 constitucional, donde reglamentariamente se concreta el deber del Estado de responder por actos u omisiones del ejercicio de la conducta de sus agentes en el evento en que los mismos configuren el llamado daño antijurídico.

1.2 Responsabilidad del Estado por la ocurrencia de un daño antijurídico al tenor del artículo 90 constitucional.

La responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano fue establecido reglamentariamente desde la promulgación de la Carta Política en 1991, desde aquel momento se constituyó un instrumento garantista y protector constitucional en razón al ejercicio de actividades de la administración, en consecuencia, la Corte Constitucional ha aseverado “El artículo 90 de la Constitución consagra (i) la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, (ii) en forma de mandato imperativo, (iii) que es aplicable a todas las autoridades estatales y (iv) a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras). Así mismo, de tal artículo se desprende (v) una garantía para los administrados, que está estrechamente relacionada con el derecho de acceso a la administración de justicia y (vi) una obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo del mismo.” (Corte Constitucional, 2017), esto quiere decir que es una reglamentación muy completa y garantista al momento de la configuración del llamado daño antijurídico, atendiendo que no solo protege y garantiza los derechos de los individuos sino que también se desprende un derecho de administración de justicia, ósea, se garantiza el derecho a la defensa a los administrados al instante de generarse una vulnerabilidad o daño, circunstancia que en la anterioridad jamás se hubiese pensado, en este estricto sentido, para poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en la Constitución Nacional, es ineludible la comprobación de i) Daño antijurídico, ii) Imputación al aparato judicial (Causalidad Jurídica) y

que sea iii) producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad material); por ende , es considerable que al efectuarse el desarrollo completo de este artículo brota un límite intransgredible por la conducta de los administrativos.

De esta manera, es de gran importancia decir que la estipulación de este artículo ha generado altas innovaciones y garantías en el desarrollo de la responsabilidad, sin embargo, concretamente es el régimen de responsabilidad médica quien goza de un beneficio mayor al haberse creado esta figura, específicamente tratando la evolución de los organismos multirresistentes en los dolientes producto de la estadía de los mismos en un Centro Hospitalario, no es menos importante decir que esta constitucionalización logró no dejar en la impunidad muchos casos presentados de alto grado de daño causado en el individuo, de esta manera incluso entra el Estado a operar de una manera más eficaz y determinante comprendiendo que ya no opera la subjetividad en la configuración del daño, sino la objetivación del mismo; así las cosas, el administrador de justicia estudia el caso exhibido teniendo en cuenta la cláusula general de responsabilidad y componentes de los cuales se constituye este postulado constitucional para no buscar inicialmente el beneficio del Estado , sino priorizando los intereses de los sujetos quienes conforman la colectividad, de esta manera, se compromete al Estado de manera normativa a responder por cada uno de los daños antijurídicos ocasionados eliminando así la potestad que tenía antes de ejercer la irresponsabilidad del Estado ejerciendo un poder tirano y absoluto.

Ahora bien , al dar referencia acerca de la noción de daño antijurídico no significa que la concepción de falla en el servicio haya desaparecido en las reglamentaciones colombianas, esto es importante exponerlo, comprendiendo que a lo largo del estudio riguroso y profundo de este concepto se ha llegado a creer que la falla en el servicio desapareció o se generan diferentes confusiones, en este sentido, con la disposición del artículo 90 de la nueva carta, no indica que con la configuración del daño antijurídico se impute exclusivamente la responsabilidad objetiva; sin embargo, al presenciar la ocurrencia de este perjuicio se deduce que el administrador influyó en la comisión de una falla, pero no puede ser cualquier tipo de falla; esta debe provenir de una Entidad donde específicamente se halla desplegado una conducta irregular y deficiente debidamente probada, no obstante, con el trascender del tiempo la jurisprudencia se ha pronunciado con respecto a determinados casos que formaron parte del precedente legal y constitucional en la responsabilidad por la ocurrencia de este daño.

En esta medida, el fallo del 19 de abril de 2012 origino la teoría mediante la cual el juez tiene la prerrogativa de aplicar en cada caso cualquiera de los factores de atribución, por lo tanto, la sección tercera del Consejo de Estado ha manifestado:

En relación al título de imputación como instrumento de motivación debe ser aplicado dando respuesta al caso en concreto, la sala considera que, en aras de garantizar el valor justicia, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a la Entidad demandada, quien actuó en el marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó estrictamente a objetivos militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causo un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado. ”. (Jaramillo, Prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad médica, 2022)

Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996 examinó la constitucionalidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993 que prescribe “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista” (Ley 80 de 1993, 1993), es demandado este apartado de la ley, porque se considera ser el único cimiento de la responsabilidad Estatal que produce cuestionamientos, percibiendo que al reglamentar este artículo llegaría a reducir el postulado del artículo 90, empero, al examinar dicho aseguramiento la Corte se da cuenta de que el postulado 50 de la ley de 80 de 1993 no establece como seguro la parte actora la base única de responsabilidad patrimonial, sino por el contrario va en concordancia con el postulado constitucional y se aplica de manera directa.

Del mismo modo, entender el artículo 90 ha sido todo un reto para los doctrinantes del derecho, por ende, al explorar este fenómeno se deduce que no todo menoscabo antijurídico impone un comportamiento antijurídico en el ejercicio de actividades del agente, de la misma manera, el

postulado en sí mismo no favorece ningún título de imputación en responsabilidad, por lo tanto, al hablarse de este fenómeno concretamente no significa que se endilgue la responsabilidad del Estado con título de imputación objetivo esto depende al factor de atribución en cada caso en particular; se ha verificado que el fallo del 19 de abril de 2012 se refirió de forma acertada a la idea de que no siempre al tratarse de un daño antijurídico se trata de una responsabilidad objetiva, esto se reitera con el fallo del 5 de agosto de 1994.

No obstante, cabe señalar como ya se ha indicado a priori que el derecho colombiano está basado en el derecho francés, igualmente sucede con el derecho administrativo en algunas de sus teorías y corrientes, en ese marco, es permanente la aplicación de los precedentes relacionados con el fallo Cadot y el fallo Blanco como sentencias legítimas y destacadas en la responsabilidad del Estado Colombiano.

1.3 El fallo Blanco y la responsabilidad estatal colombiana.

Esta sentencia es desarrollada por una razón netamente reparatoria atendiendo que es un caso desplegado contra el prefecto departamento de Gironda (Francia), donde, se ve afectada una menor producto de un atropello por parte de una vagoneta de una fábrica de tabacos impuesta por el Estado; por lo que, en este incidente la niña se ve afectada de manera trascendental y pierde la vida, en ese orden de ideas, su padre inicia una reclamación ante los Tribunales ordinarios declarando la responsabilidad civil de los trabajadores en aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil; requiriendo los perjuicios generados a la misma; ello como consecuencia de los descuidos cometidos por parte de los obreros quienes empujaban el vagón donde transportaban los productos y es en ese preciso instante donde surge el accidente contra su hija, de esta manera se empieza a presenciar una serie de conflictos de competencia para efectuar conocimiento del caso, habiéndose comprendido que en efecto existía un conflicto de competencias correspondientes al Tribunal de Conflictos para establecer cuál de las autoridades ordinarias o administrativas estaban en la potestad de conocer el asunto.

Varios doctrinantes aseguran la contribución de esta sentencia en jurisdicción de competencia administrativa, pero más que todo en el contenido del derecho administrativo en sí mismo, estando estos dos aspectos siempre de la mano, por consiguiente, es pertinente señalar que el fallo Blanco abandono definitivamente el criterio de asignación de competencias, por tal motivo, son de aplicable reglamentación las leyes del 16-24 de agosto de 1790 y de 16 de Fructidor del año III,

quienes de forma concreta prohíben a los Tribunales Ordinarios “Alterar del modo que fuere las operaciones de los órganos administrativos, y conocer de los actos de la Administración, cualesquiera que éstos fueren” (Arréns, 2017).

Por otro lado, en el desarrollo de este fallo se denota de manera muy especial que la competencia administrativa se excluye de toda consideración de gestión privada, incluso teniendo en cuenta que la fábrica de trabajo que incurre en la ocasión del accidente de la menor tiene similitud con una industria privada y de imputación de hechos a unos trabajadores que están fuera de la jerarquía administrativa.

En razón al fondo de derecho, este fallo desborda el ámbito de responsabilidad del Estado, porque sus consideraciones pueden aplicarse al derecho administrativo de manera común, por lo que, fija como eje central descartar la aplicación de los principios del Código Civil y se esboza la naturaleza especial de la normatividad aplicada a los servidores públicos, en este estricto sentido se ha indicado “incluso si el agente que ha causado el daño en la prestación del servicio no tiene condición de funcionario, sino que es un empleado auxiliar o un empleado que presta sus servicios a la Administración en virtud de un contrato suscrito al amparo del derecho común” (Arréns, 2017)

Con todo, se fijaron los fundamentos de división de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la ordinaria, bajo este entendido, la jurisdicción tiene como objetivo principal ejercer la potestad de administrar justicia en un territorio determinado, en tanto la administración tiene prohibido entrometerse en los asuntos de la jurisdicción.

En este sentido, el fallo Blanco fijó un verdadero punto de inflexión en la estructura del sistema jurisprudencial colombiano en el derecho contencioso administrativo desplegado por fallos del máximo órgano de aquel país Consejo de Estado Frances, temando en cuenta la notable ausencia de legislación regulatoria en la materia, destacándose de esta forma múltiples conflictos de competencia al momento del conocimiento de un caso, por lo tanto, adoptó decisiones trascendentales basadas en las tesis y estudios de Francia para solventar las irregularidades jurídicas en la asignación de competencia que se venían presentando en el derecho contencioso administrativo.

1.4 El fallo Cadot y la responsabilidad del aparato judicial.

Este fallo se originó en la ciudad francesa de Marsella, en el cual se suprimió el cargo de ingeniero director de la red viaria y de las aguas de la ciudad, razón por la cual, el señor Robert Cadot como titular de aquel puesto, interpuso una petición ante la circunscripción territorial alegando la violación de su garantía y asegurando una sucesión de menoscabos por la supresión de dicho cargo, a partir de este momento, inicia un tránsito de órganos a quienes se les presenta el caso pero surge una serie de negativas por parte de los mismos, por este motivo, cuando el señor Cadot acude en primera medida al municipio, el mismo no otorga su admisión, por lo que , emite la reclamación pertinente al Tribunal Judicial quien de la misma manera que la circunscripción se rehusó a conocer esta solicitud, en el entendido de que el vínculo de trabajo no tenía fundamento de contrato civil, así las cosas, se traslada al “Consejo de Prefectura” entendido como “ Órgano colegiado de doble naturaleza jurídica, consultivo del Prefecto, y tribunal contencioso-administrativo”. (Cantudo, 2014); cabe decir que la instauración de este Consejo fue efectuada por Napoleón como un nuevo modelo de administración del departamento, igualmente, el Consejo argumento su falta de competencia al determinar que los perjuicios requeridos por el señor Cadot no se desplegaban del objeto del contrato en sí mismo, así pues, la misma no ostentaba de ningún tipo de relación con la ejecución de trabajos públicos; ante dicha circunstancia el trabajador instauró el requerimiento ante el Ministerio del Interior, quien explico que tampoco podía asumir dicha demanda de la misma forma que el municipio, ante esta heterogeneidad de negativas de competencia para conocer su litigio, el señor se vio obligado a acudir al Consejo de Estado Frances para la resolución de su caso, órgano que estuvo de acuerdo con la negativa de las Instituciones expuestas de desconocer la solicitud impetrada, ahora bien en este sentido se determinó que quien estaba en la obligación de asumir este requerimiento era el Consejo de Estado.

Con todo, este veredicto acompañado de los pronunciamientos del Comisario de Gobierno Jagers Schmidt, fueron todo un hito evolutivo en el derecho administrativo, así las cosas, se materializa la teoría de ministro-juez al transformar al “Consejo de Estado” en el juez de derecho común para la jurisdicción contencioso administrativa; no es menos importante mencionar aquí que este órgano fue creado por la constitución del año VIII, en la cual no paso mucho tiempo para convertirse en un órgano jurisdiccional, de esta manera, el Consejo de Estado fue investido por ley 24 de 1872 con la prerrogativa de administrar una justicia delegada que permitía exteriorizar providencias de forma autónoma.

A partir del desarrollo del fallo Cadot, se reconoció al “Consejo de Estado Francés” como administrador de justicia de derecho común en primera y última instancia, de los recursos de anulación y actos administrativos, igualmente, recursos de reparación manifestados contra Entidades del Estado; fue esta la sentencia que proporcionó un paso agigantado al derecho contencioso administrativo en materia de competencia, sin duda desde el decreto del 30 de septiembre de 1953, este órgano ha pasado a gozar de la facultad de ser un juez de jurisdicción de competencias.

Así las cosas, emergió una verídica transformación en el ejercicio del poder judicial atendiendo que la administración dejó de ser juez en sus propias causas, ello significó, la división de poderes verdadera entre las ramas del poder público y el sistema de pesos y contrapesos, teoría constitucional proveniente del derecho anglosajón que implica varias reglas del procedimiento que permiten a una de las ramas del poder limitar a otra, también, surgió una clara distinción entre función administrativa y función jurisdiccional, vale decir que en su contenido literal este fallo ha quedado obsoleto, sin embargo, fue un hito esencial y fundamental en razón al desarrollo de la competencia y facultades en el derecho administrativo junto con los importantes acaecimientos mencionados anteriormente.

1.4 Antecedentes de la responsabilidad médica-área de la salud en Colombia.

Cuando se trata la responsabilidad del profesional sanitario en materia civil, administrativa, disciplinaria entre otras, es exclusivamente referirse a un fenómeno actual, ya que, son la comunidad protectora de derechos individuales, fundamentales y por qué no humanos, puede atreverse a solicitar la reparación material y jurídica a los galenos que causen un perjuicio al paciente producto del ejercicio de su labor; en los albores de la humanidad la responsabilidad médica no existía, atendiendo la naturaleza sagrada que asumía el galeno, sin embargo, esta circunstancia siempre fue una preocupación social que era reconocida en las actuaciones ejecutadas por el Rey de Babilonia (Hammurabi), al efectuar la penalización de los médicos negligentes e imperitos y la lex aquiliana romana que reglamento la reparación del perjuicio ocasionado a otro, teniendo como referencia la historia solo estos han sido sujetos a las normas de la ética profesional y a su cognición, empero, en caso de transgredirlas quedaban sometidos a la censura social; el juramento hipocrático así lo establece al proclamar “Si observo mi juramento con fidelidad, séanme concedidos gozar plenamente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si los quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria”; ósea, si da

cumplimiento a sus oficios terapéuticos será reverenciado como un Dios verdadero o un sacerdote, en caso contrario, estará supeditado a la vergüenza social, con el paso de los años la medicina ha sido considerada como aquella rama generosa y beneficosa en razón a la vida de los hombres.

En nuestros días, el profesional sanitario es un experto más que si ejerce de manera negligente o con falta de cuidado su oficio puede ser condenado ante los jueces correspondientes, por tal motivo, los galenos hoy día son los atemorizados de llegar a un tribunal judicial producto de su conducta en el área de la medicina, por lo que, el vínculo médico-paciente con el paso de los días y de los años ha cambiado, comprendiendo que anteriormente se regía por el paternalismo y en la modernidad se rige por el miedo y la desconfianza, en esa medida prioriza totalmente el paciente al momento de realizar un proceso médico o quirúrgico protegiendo de esta manera la dignidad personal del mismo y los derechos de los cuales es acreedor al tenor de lo establecido en la Constitución Política y la norma.

En Colombia, la responsabilidad médica se ha desarrollado bajo unos supuestos de hecho de entender la obligación del galeno de medio y excepcionalmente de resultado, sin embargo, este ha sido un tema controversial ya que el campo de la medicina esta desarrollado en varias áreas y dependiendo de la misma se despliega el tipo de obligación; con respecto a la mala praxis del médico se podría definir como aquella circunstancia de negligencia, impericia o falta de cuidado del médico donde el galeno produce un resultado que no previó, no anticipó y que era anticipable, representable y objetivamente previsible, de este modo, la relación médico paciente queda ceñida netamente a un acuerdo de ambas partes en la cual el médico brinda toda su destreza habilidad y conocimiento al momento de realizar un procedimiento médico al paciente y el mismo es consciente y sabe del procedimiento y de las consecuencias del mismo, inicialmente, esta sería la relación satisfactoria en la medicina, vale decir que en la actualidad esta situación esta reglamentada en ley 23 de 1981.

Por consiguiente, es destacable señalar que los Establecimientos de salud están en el deber de cumplir de forma segura y cautelosa la aplicación de la medicina en los pacientes, por tal motivo, el cuidado del paciente se transforma en una obligación de resultado debiendo tener un nivel de exigencia alto en el Centro Hospitalario y del personal médico a su cargo, con el único objetivo de prestar los servicios de salud de manera eficaz a los ciudadanos.

Posterior de los principios de la culpa in vigilando o in eligiendo, se encuentra el principio fundamental de garantizar el derecho a la salud estipulado en el apartado 49 de la constitución, por

ende, se despliega entonces la responsabilidad patrimonial del Estado al momento de causar un perjuicio antijurídico a un sujeto, motivo por el cual deberá repararlo de manera integral así como se dispuso en el artículo 90, de esta forma se presencié una evolución legal y jurisprudencial notable desde nuestros antepasados al dar un paso agigantado a examinar la objetivación del daño y los títulos de imputación al instante de evidenciarse un perjuicio por el negligente servicio prestado de las Instituciones Hospitalarias y sus agentes.

CAPITULO II: TITULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD MEDICO-ESTATAL COLOMBIANA.

En Colombia la noción de responsabilidad ha trascendido de manera notable y determinante con el paso de los años en la multiplicidad de culturas que se han desarrollado en sociedad durante diferentes décadas con cada tipo de gobierno; al tratar este término de gran dimensión cuya etimología proviene del latín “*responsum*” significa quien puede y tiene la habilidad de responder, en otras palabras, es una manera de ser estimada como sujeto de una obligación, ósea, el individuo que cause un daño al otro deberá responder por el perjuicio causado; ahora bien, con la Constitución de 1886 se establecían los deberes del Estado para con los ciudadanos en el artículo 16, lo que hoy se vería expuesto en la Carta Política que nos rige en su artículo 2 (Fines esenciales del Estado), pero, no se esbozaba específicamente una responsabilidad a los agentes que conforman la administración cuando causarán un perjuicio de cualquier tipo a las personas, empero, con el cambio abismal que se generó con la creación de la norma de normas por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, se evidencio diversos cambios legales y jurídicos en la Carta Política, por este motivo, no fue de menor importancia abordar la responsabilidad estatal que venía gozando de un vacío jurídico definitivo y por lo tanto se estaba vulnerando los derechos esenciales de los individuos, de este modo, se desarrolló la cláusula general de responsabilidad, hoy por hoy, aquella esta estipulada en el artículo 90 constitucional, así se fue consolidando de manera sólida la responsabilidad del Estado en Colombia; por esta razón, se distinguen dos regímenes de responsabilidad a saber i) *Régimen Subjetivo de Responsabilidad está dividido en dos subsecciones (Falla presunta del servicio) y (Falla Probada del Servicio) y ii) Régimen Objetivo de responsabilidad compuesto por (Daño especial) y (Riesgo Excepcional).*

El *régimen subjetivo de responsabilidad* se desarrolla teniendo como factor de atribución principal la culpa, de esta manera, se podrá endilgar la responsabilidad a un individuo cuando debidamente se pruebe que el mismo actuó de manera negligente, sin aplicar el deber de cuidado al momento

de la ejecución en su conducta; ahora bien, en lo que respecta al *régimen objetivo de responsabilidad* es comprendido como aquella institución jurídica en la cual en principio el que ocasiona un daño antijurídico está en el deber legal y constitucional de resarcirlo o repararlo, esto tiene su fundamento a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia en su artículo 90, no obstante, de manera concreta se esbozará más adelante cada uno de estos regímenes de responsabilidad con sus respectivos componentes para que el lector tenga un amplio conocimiento y visualización de lo que ha sido el estudio legal y jurisprudencial de estas figuras.

2.1 Título de imputación subjetivo de responsabilidad en Colombia.

Al tratar este régimen de imputación, hay que decir que, parte de un acto antijurídico que en principio debe ser resarcido, la condición subjetiva parte del hecho de que la imputación subjetiva parte de la culpabilidad o negligencia del actor, sea el momento para decir que tiene gran relevancia la conducta del agente estatal, es decir, la forma mediante la cual la Administración actúa para la ocurrencia del perjuicio, por ende, se observa aquí la actuación que el mismo ha tenido en el llamado *hecho generador del daño*, así las cosas, se examina la acción u omisión realizada por parte del Estado que tiene incidencia en la ocurrencia del perjuicio y por lo mismo existe una obligación de resarcirlo; pese a que de manera formal esta clase de responsabilidad está fundamentada en la culpa, no es menos importante destacar los apartados 1101 y 1902 del Código Civil en donde se determina la culpabilidad como disposición de configuración del deber de responder por la ocasión de un menoscabo, este título de imputación es la generalidad de la responsabilidad del Estado comprendiendo que casi todos los casos exhibidos se estudian a la luz de este tipo de responsabilidad, por lo tanto, se ha considerado el mismo como el título de responsabilidad más frecuente al momento de la presencia de un caso en el cual se endilga la responsabilidad por parte del Aparato Judicial.

En este sentido, en el desarrollo de la actividad médica constantemente se evidencia este tipo de régimen subjetivo de responsabilidad, entendiendo que si bien es cierto cuando el galeno por ejemplo realiza una intervención quirúrgica como la Incisión de piel y tejido subcutáneo o una cirugía de ginecología, utiliza varios instrumentos para realizar la misma, sin embargo, al momento de efectuar dicha operación causa una infección producto del uso de estas herramientas que no estaban desinfectadas de manera idónea para su segundo uso, se ocasiona un perjuicio irremediable al individuo que está en el deber de reparar atendiendo que él o ella nunca llegaron

con esta contaminación al Centro Hospitalario sino que más bien fue adquirida dentro del Establecimiento en concordancia con la intervención realizada, es en este momento donde en muchas ocasiones se observa la conducta del Profesional de la Salud al instante de darle uso a estos instrumentos intrahospitalarios, ya que, fueron aquellos los causantes del daño irremediable al paciente, es decir, casos como este se aterrizan en el campo de la responsabilidad subjetiva, sin embargo, se debe examinar detenidamente circunstancias de tiempo, modo y lugar donde acaecieron los incidentes, este y multiplicidad de asuntos se presentan en este tipo de responsabilidad que se desarrollan al tenor de la misma y por supuesto de los deberes del médico determinados en la normatividad.

Así, inicialmente se dio uso al régimen general probatorio que radica en que la parte accionante está en el deber de demostrar todos los elementos que componen la responsabilidad (daño, falla en el servicio y nexo causal), para endilgar la responsabilidad y de esta forma reparar el daño ocasionado a esto se le llamo *falla probada del servicio*, en un segundo instante al evidenciarse la dificultad probatoria para el reclamante por la existencia de aspectos específicos científicos y tecnológicos de los cuales no se tenía conocimiento surgió la figura de la *falla presunta del servicio* estableciendo así que el profesional sanitario o la Institución de Salud demuestre que actuó de manera diligente y cuidadosa al momento de realizar una intervención o tratamiento al paciente o si actuó de manera negligente y descuidada deberá probar una causa extraña, en un tercer momento se observó que no en todos los eventos o circunstancias se presentaban aquellos elementos tecnológicos o científicos anteriormente mencionados que justificarán el onus probandi de manera permanente, ya que era posible establecer que en determinados asuntos ello no ocurría, de modo que , broto *las cargas dinámicas de la prueba*.

En conclusión, es procedente decir que el único título que es usado en el régimen de responsabilidad subjetivo es la falla del servicio el cual significa “Una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo” (Consejo de Estado, 1990) , título que al tenor del Consejo de Estado en el ejercicio médico puede ser demostrado de distintos modos i) régimen probatorio general, ii) carga estática de la prueba donde pruebe solamente el accionante, iii) teoría de la carga dinámica de la prueba; esto teniendo en

cuenta que las pruebas son la columna vertebral de un caso y si de medicina se trata, aquellas son un pilar fundamental para endilgar la responsabilidad de resarcir un daño.

2.2 Falla del servicio en el área de la salud.

La falla del servicio es por excelencia el título de imputación a nivel nacional e internacional, aquel implica la prestación del servicio por parte del Aparato Estatal de manera defectuosa, irregular y anormal, esta tiene origen en el derecho francés el cual lo definió como “La falla del servicio o *faut du service* es el cimiento de la obligación que le surge al Estado de indemnizar aquellos perjuicios causados producto de las irregularidades en su actividad, la cual, si bien es cierto era ejecutada a través de servidores no debía atribuírsele a estos, sino al ente público ya que tal sistema jurídico no separaba la actividad pública del servidor público” (Becerra, 2005); concretamente en el Sistema Colombiano este título de imputación está basado en la prestación del servicio de manera irregular, incumplimiento en los deberes por parte del agente, prestación del servicio de manera tardía o defectuosa entre otras; son entonces acciones u omisiones realizadas por parte de agentes del Estado que ocasionan un perjuicio antijurídico irreparable que los sujetos no están en la obligación de soportar.

Por consiguiente, es destacable mencionar que la competencia en este clase de eventos presentados no siempre fue la misma, teniendo en cuenta que, en el principio de la responsabilidad extracontractual del Estado eran dos organismos los llamados a conocer acerca de estas circunstancias “Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado”, ambos poseían prerrogativas residuales de conocer específicamente casos en las cuales el Estado debía responder por los daños causados producto de la expropiación, en este sentido, no era el Consejo de Estado quien gozaba propiamente de la facultad de conocer los asuntos de responsabilidad del Estado, circunstancia que cambiaría en el año 1964 donde se le concede la competencia definitiva y completa al Consejo de Estado quien será el único Organismo en el deber de determinar si existe o no responsabilidad extracontractual del Estado en el caso en particular; con el paso de los años la Alta Corte se ha tomado el trabajo riguroso de estudiar este tema, por tal motivo, es en el año 2011 cuando establece una definición concreta de falla en el servicio y asevera:

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar

el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, 2011)

En este sentido, La Alta Corporación comprende que la falla del servicio es evidenciada cuando el Estado funciona de manera errónea o tardía con respecto al servicio legal y constitucional que se encuentra en la obligación de prestar, ello pondría entonces en vulnerabilidad los derechos esenciales de los sujetos; con lo referente a la responsabilidad por la ejecución de la actividad médica diferentes autores e inclusive el mismo Consejo de Estado han establecido que en esta área se debe dar aplicación a este título y no endilgar la responsabilidad mediante el título objetivo.

Es decir, claramente se esboza que el demandante que pone en ejercicio al Aparato judicial está en el deber jurídico y legal de probar la ocurrencia de la antijuridicidad del daño alegado, en resumen, deberá demostrar la falla en el servicio donde evidenciara la forma tardía mediante la cual se prestó el servicio de salud, o de otra manera la no prestación del servicio que se estaba en la obligación de prestar por deber legal y constitucional, y por supuesto el nexo causal entre el hecho generador y el menoscabo ocasionado al individuo, manifestándose así el mismo título de responsabilidad estando de por medio una violación de garantías esenciales que se está en el deber de reparar por parte de los agentes que conforman el Estado.

Finalmente, es de gran importancia denotar que todos los títulos de imputación de responsabilidad del Estado son los de habitual uso, sin embargo, de manera concreta en el ejercicio de las actividades de la salud son estos títulos los empleados en la responsabilidad por servicios médicos hospitalarios, pues, aquí se puede constatar que la diferencia existente está basada en la forma de tratar la prueba al momento de la ocurrencia de un daño a un paciente por parte de un galeno, es decir, el momento en que la carga de la prueba se observa estática y es el actor quien está en el deber demostrar el hecho generador y el daño, o la presencia del (Onus Probandi) en razón a quien está en mejor posición de probar el menoscabo en el caso en particular el médico o el profesional asistente en aquel momento, motivo por el cual, en el desarrollo del presente producto investigativo se abordará de manera rigurosa y profunda en aras de que el lector comprenda de forma

satisfactoria cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad en Colombia, concretamente en el área de la medicina.

2.3 Falla probada del servicio médico en la responsabilidad estatal.

Dentro de la responsabilidad extracontractual *la falla probada del servicio* es de común uso en los casos presentados por responsabilidad, cabe decir, que este término va de la mano con el anterior expuesto dado que poseen las mismas características e implicaciones, igualmente, el actor está en el deber de evidenciar todas las condiciones que configuran la responsabilidad, osea, el hecho generador del daño, la falla y el nexo causal, esta al igual que la anterior tiene sus orígenes en el derecho francés y desde el año de 1939 ha sido aplicada en Colombia, como se menciona en este campo es el demandante quien está en el deber de probar continuando con las directrices que conlleva el principio *onus probandi incumbit actori*, el cual tiene su fundamento en que: “La comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio” (Consejo de Estado, 2005) . Al tratar la falla o falta en el servicio, prevalece la falla de manera general en la cual incurre el Estado en su organización o funcionamiento acerca de los hechos singularmente considerables, de esta manera, el Estado Colombiano se hace responsable de prestar de manera adecuada y eficaz los servicios públicos de los cuales los ciudadanos son acreedores como así ha sido expuesto en la Carta Política (Artículo 2), con ocasión al objeto de la prestación de los servicios públicos se debe denotar que estos deben ser efectuados de forma eficaz, cuidadosa e idónea, atendiendo que la variedad y extensión son el eje principal para determinar de manera concreta la responsabilidad del Estado; cabe decir que, la teoría de la falla del servicio o la culpa no desaparece en ningún momento sino que más bien se encamina con el nombre de falta en el derecho público, ya que, lo que se pretende es demostrar que la prestación de los servicios como un todo no funciona, o por el contrario funciona de manera tardía e irregular y por ende, se generó la ocasión del daño a reparar; con todo, en muchas ocasiones el agente causante del daño y el paciente pudieron tener culpa en la generación del mismo situación por la cual, se evidencia entonces una responsabilidad solidaria entre aquel y esta, también, se debe visualizar con detenimiento la gravedad de la culpa, razón por la cual, la simple culpa no puede

ser punto de referencia para efectuar la responsabilidad de la Administración, ante esta circunstancia, el Consejo de Estado ha expuesto:

Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla en el servicio el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquella sobra su calificación en el derecho penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funciono mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetivo la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un funcionario en particular; y se emputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración, desapareciendo en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos. De allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (Hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito). (Consejo de Estado, 1984)

En razón a lo anteriormente expuesto, es importante observar de manera rigurosa circunstancias de tiempo modo y lugar de los agentes de la administración en el momento de la ocasión de aquel daño, es decir dependiendo el caso en concreto se examina el grado y magnitud de la prestación del servicio de manera irregular o defectuosa y también la no prestación de aquel cuando se procuraba el amparo de una garantía fundamental del individuo en particular.

Teniendo en cuenta la falla probada en la prestación del servicio médico y sanitario se puede aseverar que el mismo fue el método habitual hasta el año de 1990, comprendiendo que era natural que quien alegará la acusación de un daño producto del ejercicio de la medicina estaba en la obligación de probarlo debidamente, así las cosas debía acreditar los componentes de la existencia de la responsabilidad del Estado Colombiano por la prestación de un servicio público; ahora bien, la doctrina no se equivoca cuando asegura la “*Res Ipsa Loquitur*”, esta es referenciada por el autor Serrano Escobar cuando establece que como lo ha indicado la teoría las cosas hablan por sí mismas

y el hecho es considerable cuando se denota que hay una alta probabilidad de que el demandado en este caso el Estado haya actuado de manera negligente y descuidada, como producto de esta conducta se ocasiono un perjuicio, aun así, este método fue cuestionable por mucho tiempo atendiendo que en muchas situaciones se presentaban dificultades a la parte actora para demostrar determinado hecho generador, daño y nexo causal; porque, se trataba de asuntos médicos científicos y tecnológicos que gozaban de un conocimiento específico que era complicado de conocer en aquel momento.

En palabras del jurista Tamayo Jaramillo la actividad de la medicina desde una perspectiva física es peligrosa no solo por el uso de herramientas o instrumentos que al momento de su utilización son peligrosos, sino también, el organismo del enfermo está supeditado a grados peligros por el simple hecho de efectuar un tratamiento a un paciente en razón a la molestia o dolor presentado.

En nuestros días, se evidencian diversos casos donde se puede presentar este tipo de falla, en esta investigación se contemplarán tres momentos en los cuales se expondrán asuntos donde se presencia esta falta del servicio probada, en razón a la importancia y al común denominador de la sociedad que en la actualidad vive estas situaciones en que pone en vulneración los derechos de las personas, con la conducta eventualmente de agentes del Estado Colombiano.

En primer momento, se esboza el asunto concreto donde se examina *la responsabilidad por suministro de medicamentos defectuosos*, es decir, cuando el medicamento recetado al paciente por el galeno está vencido o defectuoso, le corresponde al demandante probar que el producto fue elaborado por el profesional médico prestador del servicio de salud, el mismo estaba en condiciones defectuosas y producto de este error se produjo un daño irremediable.

En segundo instante, *la mora en la prestación del servicio médico por parte del galeno*, ósea, se efectuó la prestación de aquel, pero se realizó de manera tardía y esto conlleva a poner en gran peligro y vulneración la vida e integridad del individuo, en tales circunstancias es la parte actora la llamada a probar la mora del galeno.

En tercera ocasión, *los daños causados por la prótesis*, en otras palabras, en el instante en el que se ponga una prótesis al paciente y el mismo no se recupera de su salud como era de esperarse, le corresponde al reclamante evidenciar la culpa del galeno en este caso en específico.

En conclusión, este título de imputación de la responsabilidad es esgrimido de manera frecuente en los eventos que se presencie la prestación del servicio a la salud de forma irregular o defectuosa y/o de manera tardía por parte de la planta de médicos, esto es de gran relevancia comprendiendo que en la actualidad se presentan como se ha dicho anteriormente multiplicidad de asuntos en las cuales no hay una atención eficaz en el área médica y por este motivo se evidencian daños determinantes en los individuos que con el pasar del tiempo trascienden sin ser resueltos de manera garantista pero sí subsistiendo el menoscabo ocasionado en aquel momento producto de la prestación del servicio erróneamente o la no prestación del mismo.

2.4 Falla presunta por la conducta del profesional de la salud o Institución Hospitalaria al tenor de la ley 23 de 1981.

El título de imputación de falla presunta del servicio goza de similares características al anteriormente expuesto, empero, es de gran importancia destacar que la principal diferencia evidenciada en esta falla es que aquí se traslada el onus probandi del paciente a la Administración, en este momento es el accionante el llamado a acreditar el hecho dañoso y su nexo causal, cabe decir que, en este campo el concepto de falla no desaparece bajo ninguna circunstancia sino más bien *se presume* en cabeza del Aparato Judicial, ahora bien, al tratar la presunción es de gran relevancia mencionar que existen dos tipos de presunciones en el Derecho Colombiano i) *Presunción Iuris Tantum o de hecho*, siendo aquellas que admiten demostrar en contrario el hecho presumido y ii) *Iure et de iure o de Derecho*, al presumir el hecho que se entiende por cierto e indiscutible; este título de imputación no debe ser aprehendido de forma distinta a la falla en el servicio, porque, bajo este estricto sentido la definición de ambos llega a ser la misma en lo que respecta a la prestación tardía, defectuosa e irregular del galeno, la diferencia al tenor del Consejo de Estado radica esencialmente en que en el primer evento le corresponde a la parte actora probar la ocurrencia de un perjuicio y nexo causal, y en el caso en específico el mismo se libera de probar la falla en el servicio, así pues, la falta de cuidado y diligencia que tuvo el profesional hospitalario en la ejecución de intervenciones y procedimientos debieron ser realizados de manera idónea, no le corresponde al accionante probar como en principio se efectuaría con la primera teoría sino que este asunto está en cabeza de la administración, en concordancia a esta cuestión el Consejo de Estado ha establecido:

En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento

o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño. (Consejo de Estado, 1990)

Con todo, la carga de la prueba no se ha relevado de manera total al demandante, porque, se delimitó a dos aspectos el hecho dañoso y el nexo causal entre el hecho y la falla, donde se presume, esto fue una transición destacable atendiendo que antes del surgimiento de esta figura en muchas ocasiones le era difícil al actor probar determinado hecho dado que se presenciaba en aquellos conocimientos científicos y tecnológicos que no permitían demostrar de manera clara la ocasión del daño, en esta medida, el nacimiento de este mecanismo en el derecho colombiano concretamente en el escenario civil en el área de responsabilidad concedió un sistema más garantista a toda persona que considerara se le violó el derecho a la salud y no estaba en la mejor posición de demostrar aquel hecho, igualmente, no es de menos importancia mencionar que esta inversión de la carga dinámica de la prueba no implica un factor de atribución distinto, pues, es indispensable probar la culpa del profesional la cual es presumida pero esto no quiere decir que no pueda ser desvirtuada, además, se podría observar que con esto no se demuestra el origen del menoscabo ocasionado.

No obstante, al igual que la falla del servicio presunta, en esta clase de falla existen diversidad de casos en los cuales se puede presumir la culpa, por ejemplo, en el momento en que el profesional de la salud ejerza la actividad médica y realice una intervención quirúrgica benigna que no goza de mayores riesgos, se genera la presunción de culpa atendiendo que la producción del daño únicamente fue posible debido a el comportamiento culposo del galeno en aquella oficiosidad, de esta manera se puede denotar la presunción, vale decir que esta ha sido todo un sinfín de cuestionamientos complejos con respecto a cuál es el preciso momento de aplicar esta figura que de alguna forma en ocasiones ha facilitado las vías probatorias del accionante al instante de poner en funcionamiento el Aparato Judicial; también se puede destacar otro claro escenario de culpa virtual en palabras de Tamayo Jaramillo, en el cual, se genera un incumplimiento puro y simple de la obligación cuando se presenta el deber legal y constitucional del profesional para operar a un paciente y este fallece porque el médico no cumplió los compromisos anteriormente mencionados, en aquel momento se presume la culpa de aquel.

Así las cosas, no es menos importante señalar que los casos expuestos en la falla del servicio probada tales como *la responsabilidad por suministro de medicamentos defectuosos, la mora en la prestación del servicio médico y los daños causados por la prótesis*, también pueden visualizarse en este escenario teniendo en cuenta la forma mediante la cual se generó la ocurrencia de los hechos, es decir, por ejemplo en el primer caso mencionado, la mora de prestación del servicio de salud donde el galeno fue negligente y descuidado y por ende, se ocasiono un perjuicio irremediable a la vida e integridad física del enfermo.

En seguida, se destaca la ley 23 de 1981 conocida como Ley de Ética Médica, donde se desarrollan puntos vitales para los profesionales sanitarios al momento del ejercicio de la actividad medicinal en cualquier caso presentado, por ende, al mencionar estos dos tipos de fallas (*Falla en el servicio probada y Falla en el servicio presunta*), es importante señalar la relación médico paciente descrita en el Título II-Capítulo I (Artículo III), en concordancia con el Capítulo I, Título I (Artículo I, numeral 4), el cual establece “ La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional” (Ministerio de Salud y Protección Social, 1981), como la misma ley lo menciona este compromiso es ineludible al momento de realizar cualquier tipo de tratamiento por parte del galeno, ya que, dependiendo de su conducta se desprende el tipo de responsabilidad que se debe atender en un caso en particular donde se presencie un daño , por lo que, en este estricto sentido, teniendo presente esto, se deduciría la aplicación de cualquiera de estos dos clases de falla para reparar el daño ocasionado producto de una conducta negligente, imprudente y sin pericia por parte del médico profesional.

De cualquier modo, en la multiplicidad de asuntos presentados por el ejercicio de las actividades médicas las normas jurídicas de una u otra forma han facilitado la circunstancia probatoria que le incumbe a los pacientes en responsabilidad civil médica, en realidad, aun cuando por común denominador y regla general el principio es efectuar aplicación de la falla del servicio probada en la cuales es el accionante el llamado a probar la ocurrencia del daño, el hecho generador y el nexo causa, es por vía excepcional que la prueba se entienda señalada a partir de la evidencia de determinados indicios; esta teoría ha sido aplicada de manera reiterante en varios países como Argentina, Francia, Alemania, España entre otros, cabe decir, esta culpa virtual ha sido de gran

interés para varios autores que realizan un estudio riguroso y profundo de lo que ha sido la culpa presunta en las reglamentaciones de diferentes ordenamientos jurídicos en el mundo.

2.5 Título de imputación objetivo de responsabilidad en Colombia.

Este título de responsabilidad del Estado es entendido como aquella institución jurídica en el cual quien produzca un daño antijurídico está obligado a resarcirlo, entendido aquel como “El daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe o no se presenta ninguna causal que justifique la producción del mismo por parte de la administración, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta” (Rodríguez, 2014), en nuestros días, el mismo ha sido descrito en el postulado 90 de la Carta Política ; vale decir, para que se efectué la imputación del daño se debe tener en cuenta la actuación de una persona, sin importar si es dolosa o debidamente culposa, este tipo de responsabilidad ha tenido un trascender notable a nivel nacional e internacional y diferentes teorías que han profundizado este título de imputación , por lo que, una de ellas es la del riesgo creado, ósea, la misma implica que el individuo que le cause un menoscabo a otro está en la obligación de repararlo, es de gran importancia mencionar que a la luz de este importante régimen es este el común denominador para endilgar la responsabilidad a un particular o al Estado en sí mismo; ahora bien, es preponderante para las reglamentaciones jurídicas salvaguardar a las víctimas y propender por su indemnización al instante de que un individuo este en una posición desfavorable o desventajosa por afrontarse a situaciones de riesgo, por lo que, en nuestra reglamentación Colombiana se ha desenvuelto de manera concreta aquella protección en i) Sistemas de Seguridad Social, y ii) Responsabilidades Objetivas.

Al observar los *Sistemas de Seguridad* se ha dicho que cualquier tipo de ordenamiento jurídico crea regímenes de protección en los cuales se da preponderancia a la indemnización automática de fondos o garantías para aquellos asuntos en los cuales el individuo está en una posición vulnerable por enfrentarse y estar expuesto a actividades terroristas, accidentes de trabajo o circulación de vehículos; en aquellos asuntos, es el Estado Colombiano el encargado de indemnizar a las víctimas sin interés alguno de examinar el agente responsable de la ocasión del daño o el tipo de responsabilidad, esto teniendo presente que se está frente a mecanismos de colectivización de riesgos y no precisamente en el área de la responsabilidad civil, el mejor ejemplo en este momento son los hechos causados por terrorismo en los cuales el Aparato Judicial crea fondos con el objetivo de otorgar ayuda económica a las personas vulneradas sin tener un carácter reparatorio.

No obstante, el derecho Colombiano, ha realizado un estudio exigente y profundo en razón a este régimen de responsabilidad, por lo que, mediante sentencia de agosto de 2009 la Corte Suprema de Justicia hizo un recuento de las responsabilidades objetivas individuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico enuncia dentro de ellas *la responsabilidad por daños al medio ambiente, la derivada de residuos y desechos peligrosos, la relativa a riesgos profesionales y accidentes laborales; la responsabilidad por daños causados por una cosa que cae de un edificio (art. 2355 del C.C.); la prevista en el artículo 1391 del Código de Comercio (responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso), la de los productores respecto de los consumidores en determinados casos, particularmente por productos defectuosos, y diversos eventos de responsabilidad civil derivados del transporte aéreo, tales como los consagrados en los artículos 1827, 1842, 1880, 1886 y 1887 del Código de Comercio, entre otras hipótesis.* (Corte Suprema de Justicia, 2009)

Con ocasión a la *responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente*, hay que decir, que los perjuicios patrimoniales causados al mismo son pertenecientes al régimen de responsabilidad objetivo, reiterándose así la importancia de proteger el derecho a un ambiente sano descrito en el postulado 79 de la Constitución Nacional, del cual son acreedores todos los ciudadanos teniendo en cuenta que no son aquellos quienes están en el deber de soportar las cargas de este menoscabo.

En lo perteneciente a la *Responsabilidad por desechos tóxicos o peligrosos* se ha dicho que los mismos representan un peligro inminente en lo que respecta al derecho a la salud establecido en el enunciado 49 de la constitución en concordancia con el medio ambiente, por lo tanto, el régimen de responsabilidad que se debe atender en este momento es el objetivo reparando los daños ocasionados, aunque provengan de actividades lícitas.

Con ocasión a la *responsabilidad por Riesgo profesional*, el régimen de responsabilidad objetivo es aplicado a determinados asuntos donde el medico es quien está en el deber de responder por aquellos daños causados en el ejercicio de sus actividades; un claro ejemplo de este escenario es el pago de cheques falsos donde el banco es quién debe asumir los daños que con el pago se realice en la normatividad colombiana.

Ahora bien, al tratarse de un *accidente de trabajo* laboral se entiende que el empleador es la personal natural o jurídica llamada a resarcir al trabajador que ha padecido un perjuicio en la ejecución de sus oficios laborales.

Ahora bien, al evaluar la responsabilidad civil en si misma aparece ***la responsabilidad extracontractual del Estado***, estipulada en el apartado 2341 del Código civil, se entiende como aquella responsabilidad civil que obliga a reparar el daño por culpa o negligencia del agente o individuo, en este régimen de responsabilidad el llamado a responder es la persona quien haya ocasionado dicho perjuicio, de esta forma, el Consejo de Estado ha comprendido que en este tipo de responsabilidad por regla general se aplica el régimen subjetivo, sin embargo, en aquellos asuntos donde existe un desequilibrio frente al deber de soportar las cargas públicas se aplica el régimen de responsabilidad objetivo cuando se configuran los siguientes escenarios i) Riesgo excepcional, ii) Daño especial, iii) Ocupación de inmueble, iv) daños causados por trabajos públicos, v) Perjuicios causados por un acto administrativo legal, vi) Expropiación por motivos de utilidad pública.

Igualmente, en el mismo campo anteriormente nombrado se desarrolla la ***responsabilidad contractual del Estado***, se ha establecido que en la única circunstancia en la cual existe la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad es en el almacenaje de mercancías en depósitos judiciales.

Ahora bien, cuando se trata de *Responsabilidad por el hecho de los animales fieros* estipulada en el artículo 2354 del Código Civil, la responsabilidad de los dueños o guardianes de actividades fieros es objetiva, en virtud de la teoría del riesgo creado, es decir, entiéndase esta teoría como aquella en la cual se presume al responsable por el perjuicio causado, independiente de la culpa o la forma lícita de su conducta.

Con respecto a la *Responsabilidad por productos defectuosos* esta ha sido desarrollada por el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011, artículos 18-23) en la cual versa el tipo de responsabilidad objetiva por productos imperfectos.

De esta manera se han examinado las responsabilidades objetivas en varios escenarios, vale decir que no es menos importante mencionar por supuesto ***la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado establecida en el postulado 90 de la Constitución***, aun así, la jurisdicción contencioso administrativa ha construido diferentes casos de responsabilidad objetiva en los cuales el Estado Colombiano es llamado a responder como por ejemplo daños causados por armas de dotación oficial, vehículos de la administración y por la construcción de obras públicas),

responsabilidad por riesgo excepcional (en casos como el transporte de energía eléctrica), responsabilidad del legislador por daño especial.

Igualmente, se hace énfasis a *la responsabilidad por actividades peligrosas* al tenor del artículo 2356 del Código Civil, entendidas aquellas según la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia como aquellas en la cuales un individuo hace uso de “fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y que por lo tanto son aptas para romper el equilibrio antes existente, y de hecho han colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir una lesión” (Corte Suprema de Justicia, 1999), a pesar de su apariencia como aplicación de régimen subjetivo, esta ha sido de profundo estudio y grandes cuestionamientos por parte de diferentes autores, razón por la cual, de los pronunciamientos destacables se hace referencia al del doctrinante Javier Tamayo Jaramillo en la cual realiza una propuesta para el artículo 669 del Código Civil como el sustrato legal que permite derivar la responsabilidad objetiva a partir del derecho de dominio, pero aclara que dicha responsabilidad no surge simplemente de la calidad de propietario sino del goce y disposición que de la propiedad se haga, entendiéndolo en un sentido jurídico y no como una conducta de hecho.

Así las cosas, se esboza de manera estricta las responsabilidades objetivas reconocidas por el Estado Colombiano, sin embargo, existen diversidad de casos en las cuales se puede atribuir este régimen de responsabilidad; ahora bien, un claro ejemplo de la imputación de esta responsabilidad se refleja en labores médicas de los galenos, cuando, en la ejecución de su oficio en materia extracontractual despliegan una actividad peligrosa o riesgosa, que causa un daño a otro, en estas circunstancias responde de manera objetiva aquel salvo que pruebe una causa extraña (Hecho o culpa exclusiva de la víctima, hecho o culpa de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito), el agente es responsable en este régimen no solo porque precisamente la actividad pone en condiciones máximas de inferioridad al paciente, sino porque, no era necesario el ejercicio de aquella actividad y se ejecutó en beneficio del mismo, teniendo en cuenta dicha finalidad provechosa, es el agente el llamado a resarcir el daño ocasionado.

2.6 El daño especial en el área de la salud.

El daño especial se ha comprendido como el título de imputación en el régimen de responsabilidad objetiva en Colombia, en aquel se inmiscuye la generalidad de responsabilidad establecida en la Norma de Normas (Artículo 90); se configura por un perjuicio generado a un individuo producto

del desequilibrio de las cargas públicas que el Aparato Judicial obliga a los particulares quienes no están en el deber de sobrellevar, en este sentido , no todo daño se considera especial, el mismo tiene que cumplir determinadas condiciones para considerarse como de esta calidad. Al dar referencia de este concepto diversidad de autores han desarrollado su definición, por lo que, el Consejo de Estado asegura que el daño especial es:

Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público. (Consejo de Estado, 2007)

De esta manera se da comprensión al daño especial como ese componente especial de la responsabilidad objetiva siendo de gran relevancia al instante de endilgar el deber del Estado de responder, al tratar esta responsabilidad se hace énfasis en que el daño especial en la modalidad de régimen objetivo goza de una presunción de responsabilidad que tiene por objetivo evidenciar el daño antijurídico mencionado en la Constitución ocasionado por la acción u omisión de sus funcionarios, vale decir que, el daño especial posee unas condiciones determinadas para generarse su configuración, se esbozan de la siguiente manera.

1. Trátese de una acción legal del Estado.
2. La consecuencia de la actividad debe reflejarse en el perjuicio del derecho de un individuo.
3. El perjuicio del derecho debe suceder en el rompimiento de la igualdad frente a la ley y las cargas públicas.
4. El rompimiento de ese principio de igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados.
5. Debe coexistir un nexo causal entre la acción legal de la administración y el daño ocasionado.
6. El asunto en específico no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración. (Consejo de Estado, 1991)

El nacimiento de este título de imputación brota alrededor del año 1947 en el caso “*El siglo*”, asunto en el cual por primera vez el Consejo de Estado sancionó al Estado Colombiano acogiendo

por primera vez esta teoría de reparación perseguida por el periódico anteriormente mencionado, por lo que, en el siguiente estudio se abordará este precedente jurisprudencial para observar con detenimiento su estudio y desarrollo.

Mediante Resolución 882 de 10 de julio de 1944, efectuada por el Director Nacional de la Policía Colombiana, con base en la turbación del orden público ocasionada por la detención del Presidente Alfonso López Pumarejo en la localidad de Pasto, se determinó un control y vigilancia en razón a los escritos y publicidades de revistas y periódicos, en aras de minorizar y no incrementar la alteración del mismo con información o discusión acerca de la situación presentada, para poder concretarse esto se dispuso a varios funcionarios públicos para que estuvieran en las redacciones de los periódicos y de esta manera cumplir su labor a cabalidad, de tal manera que ningún tipo de diario podía ser publicado sin la censura previa, medida que comenzó a regir a partir del 11 de julio de 1944; a partir de esta fecha no se pudo ejercer las labores en el periódico de manera habitual, por este motivo, la publicación del periódico se efectuó en agosto del mismo año, circunstancia que para el accionante ya representa perjuicios; ahora bien, se nombraron determinados funcionarios para la vigilancia y control en cada diario, por ende, en el diario El Tiempo, el señor Comandante Guillermo Nieto Graciad, en El Liberal, el señor comandante Alfonso Escobar Calvo, En el Diario Popular, el señor comandante Diógenes Osorio, en El Espectador, el señor comandante Alberto Lara y en La Razón, el señor comandante Benicio Arce.

Sin embargo, en el anterior nombramiento no se dispuso específicamente al periódico el siglo, pero, se estableció que “Todos los diarios o revistas periódicas no mencionados aquí que dan sometidos a las mismas restricciones establecidas en los artículos anteriores” (Marulanda, 2021), en este estricto sentido, la parte actora considera se vio vulnerado y lo fundamenta con base en el apartado 68 de la ley 167 de 1941, en lo que respecta a la indemnización por perjuicios causados.

Finalmente, el Consejo de Estado resolvió el caso a la luz de este título de imputación de la siguiente forma:

En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional. Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y este rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y

salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosas hasta después de la diligencia de inspección ocular extra-juicio, colocó al prenombrado diario en situación excepcional. (Marulanda, 2021)

Así las cosas, se decretó el desembolso del resarcimiento correspondiente a perjuicios materiales al periódico El Siglo S.A a cargo de la nación.

Finalmente, se comprende que este título de imputación en el régimen de responsabilidad objetivo se ha aplicado de manera excepcional, goza de una presunción de culpa y ha sido un trascender legal y jurisprudencial de notable al momento de endilgar la responsabilidad por un perjuicio antijurídico ocasionado a cualquier persona natural o jurídica, de esta manera el precedente a priori expuesto es de gran importancia ya que es la primera vez que el Estado Colombiano hace uso de este y lo sustenta ante un caso en particular creándose así un hito jurisprudencial; ahora bien, aunque algunos autores consideren que la forma de imputación fue errónea, aquella sentencia de 29 de julio de 1947 fue todo un trascender histórico y jurisprudencial para el ordenamiento jurídico Colombiano.

2.7 El daño especial en procesos de reparación directa.

El daño especial como anteriormente se ha explicado es aquel título de imputación utilizado de manera excepcional en el régimen objetivo de responsabilidad, ahora bien, para el Consejo de Estado esta teoría está fundamentada en la equidad, por lo tanto, existen varias circunstancias en las cuales el Estado debe entrar a resarcir los perjuicios sufridos con ocasión a los individuos que no estaban en el deber de soportar, teniendo presente las condiciones y características para su configuración.

Por consiguiente, al tratar el termino de reparación directa es de gran importancia señalar que aquella tiene su fundamento inicialmente en la constitucionalidad de la Constitución Nacional (Artículo 90), en el cual se ha establecido que el Aparato Judicial Colombiano está en el deber de responder por los perjuicios causados a un individuo, la misma ha sido descrita en el Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A, en el artículo 140 el cual señala:

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Artículo 140. Reparación directa

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (Codigo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011)

...

Así las cosas, este medio de control ha sido reglamentado taxativamente mediante este código, dejando ver aún más el deber jurídico y constitucional de la Administración de hacerse responsable por los menoscabos que cause, es de gran relevancia denotar que este mecanismo goza de una caducidad de dos años, la cual se contabilizará a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho generador del perjuicio, igualmente, las causales por las cuales se pueden demandar mediante aquel son las siguientes a saber i) Acción, cuando el estado de manera activa causa el perjuicio, ii) Omisión, cuando por inactividad de las obligaciones propias de la entidad se causa el daño, ii) Operación administrativa, cuando la administración se encuentre en ejecución de una orden emitida a través de un acto administrativo y cause perjuicios, iv) Ocupación temporal o permanente de un inmueble y v) Un hecho por cualquier otra causa imputable a una entidad pública.

Un claro ejemplo de la producción de un daño especial mediante el medio de reparación directa es el caso presentado en el sector del Cartucho en la cual el señor Fonseca Cantor falleció producto de un enfrentamiento de la Policía Nacional con el pueblo, aquella muerte brotó a causa de un instrumento explosivo, por ende, el deber resarcitorio que se deriva subyace del deber de amparo del Estado, en aplicación a los principios de justicia y equidad, por lo tanto, producto de este enfrentamiento hubo una víctima afectada y el perjuicio producido introdujo un claro rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían soportar, es en este preciso momento en el cual se debe reparar el daño antijurídico ocasionado por parte del Estado Colombiano por el enfrentamiento de Las Fuerzas Estatales y los particulares.

2.8 El riesgo excepcional en la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad por riesgo es fundamentada bajo el *principio ubi emolumentum ibi onus esse* el cual implica (Donde está la utilidad debe estar la carga), donde, concretamente, quien en el ejercicio de su actividad que crea beneficios y ocasiona un riesgo, está en el deber legal de reparar el perjuicio producto de la ejecución de aquella actividad, si bien es cierto, el Estado Colombiano ha entendido que no solamente se debe dar interpretación a los regímenes tradicionales de responsabilidad como el régimen subjetivo compuesto por: la falla del servicio, falla probada del servicio y falla presunta del servicio, sino también , los de naturaleza y connotación objetiva, motivo por el cual, el Consejo de Estado no se equivocó cuando dijo “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) , vale decir, que esta decisión fue connotada antes de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado estipulada en el postulado 90 de la Constitución Nacional basada en la teoría del riesgo , admitida para asuntos relacionados con las redes del servicio eléctrico, de esta manera esta Alta Corte en materia contencioso administrativa efectúa uso de la misma en los que surge como participante en la fabricación del menoscabo, como ejemplo, uso de armas de fuego, vehículos automotores y actividades de transmisión eléctrica.

Lo anterior teniendo en cuenta que no se trata de cualquier clase de riesgo, sino de cuestiones excepcionales que por gozar de la calidad riesgosa están llamadas a causar un menoscabo, circunstancia que requiere que el Aparato Judicial haya ocasionado un daño cierto, actúa. Personal, cierto y antijurídico. En el presente argumento expuesto se destaca que para que la parte demandada se exonere de responsabilidad no será mediante las figuras de diligencia y cuidado, sino más bien, debe intermediar las causales de exclusión de la responsabilidad reflejadas en una causa extraña, tales como: hecho exclusivo de una víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito.

No obstante, basta la ejecución del riesgo creado por parte de la Administración para que el perjuicio resulte aplicable al mismo, este es el fundamento por el cual la Corporación Consejo de Estado se ha referido a la responsabilidad del Estado objetiva basada en el riesgo excepcional, específicamente, en una actividad riesgosa.

2.9 El riesgo excepcional en la ocurrencia de las infecciones nosocomiales en Colombia.

Como se dijo en anteriores momentos, las infecciones nosocomiales u organismos multirresistentes son aquellos presentados a un paciente internado en el Establecimiento Hospitalario, en el cual el germen no se había presenciado con anterioridad, sino que más bien, la misma fue contraída en la estadía del internado; aquellos gérmenes han sido estudiadas por la jurisprudencia bajo dos factores i) factor exógeno el cual se desarrolla cuando la infección se produce por una fuente exterior al enfermo, como por ejemplo, las bacterias que se dan en el medio ambiente o instrumentos utilizados con el cuidado del paciente, ii) factor endógeno cuando el enfermo en sí mismo portaba la bacteria que ocasiono la infección a priori al ingreso al Centro de Salud, de esta manera han sido comprendidas este tipo de infecciones que son de común presentación en la actualidad.

Al tenor del Consejo de Estado Colombiano en el asunto en particular de los Establecimientos prestadores del servicio de salud, ha asegurado que el factor determinante en la responsabilidad en estas circunstancias es la atribución objetiva, fundamenta su argumento señalando que la contracción de dichas infecciones efectúa un desequilibrio en las cargas públicas; no obstante, en relación al título de imputación de riesgo excepcional en el régimen de responsabilidad objetivo, se trata más bien de un azar en la adquisición de infecciones nosocomiales relacionadas a la atención de la salud, por lo que, coexiste un riesgo tácito en el ejercicio de las labores médicas que genera una obligación por parte del Estado de resarcir y reparar el perjuicio causado producto de la aparición de estos organismos multirresistentes de cualquier tipo.

Con todo, Tamayo Jaramillo en su obra (*Prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad médica-Teoría general de las cargas probatorias dinámicas*), ha señalado que el riesgo concretamente en la medicina se crea por el organismo del paciente, por ende, ha connotado tres tipos de riesgo, a saber i) Riesgo creado entendido como aquel que es creado por el organismo del individuo, ii) Riesgo debido y obligado en virtud del cumplimiento de un deber legal el galeno procede para recuperar la salud del paciente y iii) Riesgo querido el cual se desarrolla en el evento en el cual no haya ningún peligro y aun así el galeno pone en peligro la vida e integridad del individuo se despliega este tipo de riesgo; esta distinción de riesgo son de gran relevancia comprendiendo que con la presencia de una infección intrahospitalaria cualquiera de estos tres riesgos podrían presentarse, de esta manera, la responsabilidad de la Administración bajo el

régimen objetivo con título de imputación riesgo excepcional podría efectuarse bajo este estricto sentido, por lo que, entraría el Estado Colombiano a reparar el daño antijurídico ocasionado al sujeto que no está en la obligación de tolerar como así ha sido establecido por las reglamentaciones legales y jurisprudenciales.

CAPITULO III UNA MIRADA INTERNACIONAL EN EL DERECHO FRANCÉS POR LA OCURRENCIA DE INFECCIONES NOSOCOMIALES O INTRAHOSPITALARIAS.
El Consejo de Estado de Colombia con el trascender de los tiempos ha comprendido que la ocurrencia de los microorganismos resistentes o infecciones nosocomiales se han vuelto el común denominador en el Sistema de Salud Colombiano, razón por la cual, ha presenciado múltiples casos en los cuales se ve reflejado este tipo de infecciones, mediante fallo del 29 de agosto de 2013 subyago un caso en particular en el cual se declara la responsabilidad objetiva del Instituto de Seguros Sociales (ISS), por el daño ocasionado a un menor consistente en un perjuicio cerebral con secuelas neurológicas irreversibles (enfermedad motriz cerebral, cuadriplejía mixta – predominio izquierdo) causado como consecuencia de una meningitis bacteriana que el menor paciente adquirió y desarrolló mientras estuvo internado en la Clínica Jorge Bejarano del ISS (M., 2016), en el citado fallo la Alta Corporación decide endilgar la responsabilidad producto de la presencia de una infección nosocomial, no obstante, imputa la responsabilidad con el título subjetivo por la prestación en el servicio hospitalario, de esta manera deja a un lado la falla probada en el servicio o la falla presunta, por ende, se observó la necesidad de analizar esta perspectiva a través de un examen de derecho comparado aterrizándolo a un campo objetivo de la responsabilidad en cuyo caso se determinaría en el riesgo excepcional, ósea, el Consejo de Estado finiquita que para el asunto concreto de los daños originarios de organismos multirresistentes, cuando no se demuestre la falla del servicio, en lugar de exonerar de responsabilidad al ente demandado, se la imputa por el solo hecho de que esté demostrado que el germen se produjo por una bacteria de carácter intrahospitalario, pues ello basta para endilgar responsabilidad a la entidad bajo un título de atribución de carácter objetivo.

Ahora bien, esta decisión tomada por el “Consejo de Estado” tiene su fundamento en las normas del sistema francés bajo el título de responsabilidad objetivo, sin embargo, aquella ha sido expuesta a grandes críticas ya que se ha dicho que el Consejo no tuvo en cuenta aspectos importantes tales como normas y protocolos que la Entidad prestadora del servicio debía tener para el manejo de las infecciones nosocomiales, es decir su análisis se basó simple y llanamente en la presencia de la

responsabilidad objetiva a título de riesgo excepcional, ósea realizó una evaluación básica y simple al momento de tomar una decisión respecto a este caso, situación que repercute en el ámbito de salud, social y económico.

Con todo y eso, las falencias evidenciadas por la presencia de este tipo de infecciones se refleja en la falta de reglamentación de un marco normativo que apoye de manera definitiva las condiciones para usar cada tipo de responsabilidad con su respectivo título, hoy por hoy, los colombianos continúan en situación de vulnerabilidad al momento de ingresar a un Centro Hospitalario no exentos de adquirir una infección nosocomial, motivo por el cual, se observa la correcta implementación normativa de Francia desde hace algunos años donde dicho régimen se apoya en la coexistencia de un fondo de garantía que adjudica este tipo de reparaciones en la generalidad de los asuntos, es decir, el individuo que adquiera este tipo de infección y la acredite será indemnizado en aquel país.

3.1 Antecedentes de las infecciones nosocomiales en el Derecho Francés

El régimen del derecho francés ha sido uno de los ejemplares más significativos para el derecho colombiano en el ámbito de la salud, no solamente por sus avances sociales y tecnológicos sino también por sus relevantes desarrollos legales y jurisprudenciales al momento de determinar un caso, ahora bien, en el campo de las infecciones nosocomiales específicamente ha realizado grandes teorías y cambios para atribuir la responsabilidad con el correcto título de imputación al asunto en particular que se presente, de esta manera Colombia necesita avanzar a otros escenarios de discusión donde se tenga en cuenta las garantías humanas y fundamentales para el pueblo colombiano, así las cosas, no basta con tener experticia en la presencia de casos por la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias, sino más bien, la forma mediante la cual el Estado Colombiano maneja este tipo de situaciones con el paso del tiempo, es por ello, que ahondar en una nueva problemática de gran amplitud como el aspecto real de perjuicios en ausencia de culpa médica, en otras palabras, el “alea terapéutica”, entendido como “Aquel riesgo imprevisible e irresistible que no puede ser controlado por el médico o por el establecimiento de salud” (Oyague, 2015), ósea, se podría hablar de un tercer tipo de riesgo probablemente presentado en la sociedad, situación en donde Francia nos lleva más de 70 años de ventaja, pensar en esta circunstancia no es descabellado.

No obstante, respecto a los antecedentes de las infecciones nosocomiales en el derecho francés, teniendo en cuenta la multiplicidad de asuntos presentados y el fallo del 29 de agosto de 2013 en

concordancia con la actualidad, no es menos importante dialogar de la situación que nos afectó de manera determinante en el año 2020, es decir, la presencia del virus COVID 19 en el régimen Francés, ya que, como se ha indicado en los estudios uno de cada dieciocho pacientes hospitalizados estuvo afectado por alguna infección contraída en el establecimiento sanitario, es decir, que si de manera regular este tipo de infecciones se presenciaban con frecuencia, con el advenimiento de este germen esta circunstancia aumento de manera notable, por ende, como aseguraron los estudios franceses “Si se excluye el COVID nosocomial, la proporción de pacientes infectados en hospitales durante 2022 mostró un aumento (+7,5 por ciento), pero no significativamente más alto que si se compara con las cifras estimadas para 2017, según señaló la agencia de salud”. (Infecciones hospitalarias aumentan en Francia debido a Covid19, 2022)

3.2 El título de imputación objetivo de responsabilidad en Francia.

Como se ha observado, el título de responsabilidad objetiva ha sido denotado como ese tipo de responsabilidad mediante la cual, el agente causa un menoscabo y está en el deber de resarcirlo, esto se traduciría en Colombia como el llamado “daño antijurídico”, esta teoría ha sido de gran análisis para varios doctrinantes y tratadistas alrededor del mundo, su desarrollo repercute hoy por hoy; ahora bien, en lo que respecta al derecho francés se ha dicho que la base del daño producido se desarrolla en la desigualdad, por ende, cuando se habla de responsabilidad del legislador el Consejo de Estado Frances asegura “El origen de la obligación de reparar el daño producido por el legislador radica en la situación de desigualdad provocada por la norma legal que repercute perjudicialmente sobre un individuo respecto del resto de la colectividad (García, 2013)”; esto es de gran relevancia comprendiendo que si bien es cierto, el término desigualdad opera no solo en este caso sino en la multiplicidad de asuntos presentados en el área de la medicina por infecciones intrahospitalarias, por lo tanto, se observa desigualdad de condiciones cuando el paciente necesita algún procedimiento o intervención quirúrgica estando en condición de vulnerabilidad, sin que el profesional de la salud no lo este, de esta manera se evidencia como con el paso del tiempo el origen de este título de imputación ha sido el mismo por décadas.

Asimismo, un claro ejemplo de este tipo de responsabilidad se esboza cuando en 1934 el Consejo de Estado Francés reconoce un resarcimiento al caso “*arrêt La Fleurett*”, los supuestos de hecho se desenvuelven en que en el año de 1934 se promulgo una normatividad que impidió la comercialización y fabricación de crema láctea que se fabricaba con elementos diferentes a la

leche, por lo mismo, hubo una única Empresa afectada con esta decisión y resulto ser la *Société des produits laitiers La Fleurette*, comprendiendo que ellos elaboraban un producto llamado *gradine*, a base de aceite de cacahuets y yema de huevo, en ese sentido el Consejo de Estado Frances en sentencia de 14 de enero de 1938 indicó:

Considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido. (García, 2013)

A groso modo, se evidencia como el principio de indemnización del menoscabo que no se está en el deber de sufrir, ha venido siendo analizado y plasmado por el derecho francés durante décadas, llevándole así una ventaja destacable al derecho colombiano, dando aplicación a esta teoría en la ocurrencia de determinados casos.

Ahora bien, la ocurrencia de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias subyacieron de un considerable número de decisiones judiciales que se ponían a favor del paciente, por lo que , inicialmente el derecho francés se había negado a tener un régimen de aplicación de responsabilidad específico cuando se presentarán aquellas infecciones, pues, pensaba que la responsabilidad del médico estaba sometida a una evidencia de culpa, situación que con el paso de los años fue transformándose, de esta manera el régimen francés ha sufrido un largo itinerario al reglamentar la reparación de daños sufridos producto de los llamados microorganismos multirresistentes adquiridos en la estadía de un paciente en un centro hospitalario, motivo por el cual, se sintetizan el régimen subjetivo de responsabilidad (presunción de responsabilidad o culpa probada del profesional) y régimen objetivo (presunción de responsabilidad de los Centros Hospitalarios), de esta forma el profesional de la salud responde única y exclusivamente en los casos en los cuales su culpa este comprometida, y los Centros de salud responden por medio del seguro al tenor del régimen objetivo de responsabilidad.

3.3 Fallo del 29 de junio de 1999 emitido por la Jurisprudencia Ordinaria Francesa.

A partir del avance del derecho francés en las teorías de la responsabilidad del Estado y sus correspondientes títulos de imputación, se desencadenaron múltiples acontecimientos que dieron lugar a analizar la culpa y la conducta como pilares fundamentales de la ocasión del daño generador concretamente en la ocurrencia de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, de esta manera el régimen francés se destacó por tomar el papel garantista y favorecer al paciente cuando estuviese en situación de vulnerabilidad o afectación; con respecto al fallo del 29 de junio de 1999 en concordancia con otros dos importes fallos, la casación generó una nueva mirada para la jurisprudencia ordinaria francesa en aquel momento, por lo que, a partir de esta decisión se desarrolló la responsabilidad del Estado por estafilococo dorado, entendido como:

Un patógeno humano importante que coloniza e infecta a pacientes hospitalizados y a personas inmunodeprimidas. Su hábitat normal se encuentra en las vías respiratorias superiores, piel, intestino y vagina, pero produce patologías diversas, desde un absceso de piel hasta septicemias mortales y choque tóxico estafilocócico (SSTS). Esta especie se ubica predominantemente dentro de los hospitales afectando a pacientes que se someten a cirugías, quemaduras o implantes de dispositivos médicos (catéteres, prótesis...), siendo uno de los tres principales patógenos nosocomiales. (El estafilococo dorado, 2021)

De esta manera, por primera vez se conoció este tipo de bacteria y su incidencia en la ocasión de un daño al paciente quien permanecía en un Centro Hospitalario, circunstancia que tuvo como consecuencia la reparación del perjuicio generado por parte del Estado Francés, de esta forma se observó también el tipo de obligación encontrando el nacimiento de la obligación de seguridad en la cual se consideró que en infecciones nosocomiales se constituía en una obligación de resultado que reincidía en la Institución de Salud y el profesional en el área, así las cosas, se determinó de la misma forma la exoneración de la responsabilidad la cual solo permitía una causa extraña para efectos de desvincular al Establecimiento médico o al galenos en la producción de un daño a un paciente producto de un microorganismo multirresistente.

3.4 El fallo Coben emitido por el Consejo de Estado Francés.

El régimen francés goza de una multiplicidad de casos y decisiones adoptados por el Consejo de Estado Francés en relación con las llamadas infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, con

todo, el fallo Coben no restaba importancia, sino que más bien cobro una gran relevancia en términos de responsabilidad, porque como el mismo Consejo indico “Por medio del fallo Coben, se avanzó en su inicial consideración de un sistema de responsabilidad por culpa, señalando que la sola existencia de una infección nosocomial revelaba una culpa o falla en la organización o funcionamiento del servicio hospitalario por no suministrar materiales y productos estériles, es decir, la corporación aplicó la presunción de culpa en materia de asepsia. En el año 1989 el fallo Bailly confirma esa decisión” (Fernandez, 2016) .

Es decir, este fallo no solo constituye un precedente en la responsabilidad, sino que, se analizó concretamente la culpa en un escenario médico, dejando así una posición favorable al individuo y paciente quien estuviera vulnerable en una Institución de Salud, es decir, en este momento ya se refería incluso a la necesidad de dialogar en términos de asepsia propendiendo por resguardar el derecho a la salud de la persona y de todo aquel que por alguna razón ingresará a un Centro Médico con ocasión de una afectación, dolor, procedimiento o intervención quirúrgica; empero, hoy por hoy, se considera que aquella presunción referida por el Consejo de Estado es una presunción de responsabilidad, atendiendo que solo habrá exoneración de la responsabilidad probando que el paciente era el portador del microbio infeccioso al instante de su ingreso a la clínica, es decir, prueba plena de tipo endógeno que es de gran dificultad de aportar y evidenciar.

3.5 Ley Kouchner.

La ley 303 del 4 marzo 2002 o ley Kouchner, introdujo en el régimen francés una transformación abismal y una profunda reforma al Sistema de Reparación de perjuicios generados por motivo de la actividad médica que hasta aquel momento tenía su fundamento en el código civil, de esta forma reglo los asuntos aplicables al sector privado y público, con todo y esto la reciente ley concedió un carácter bicéfalo en asuntos de responsabilidad en el área médica, ahora bien, aunque en principio se contempla la culpa de los galenos o de las Instituciones Sanitarias concretamente en la ocurrencia de estos gérmenes, se estableció un régimen de responsabilidad objetivo por los daños provenientes de este tipo de gérmenes, de esta forma se consolida con la implementación de esta norma la jurisprudencia y decisiones que se venían forjando por el Consejo de Estado Frances, incluso ya no simplemente responsabiliza a los médicos por su conducta en la actividad médica, sino que también vincula a los Establecimientos Hospitalarios por el incumplimiento de una obligación de seguridad de resultado con respecto a los menoscabos tolerados por los pacientes;

una de las contribuciones destacables de esta reglamentación fue la reparación a título de solidaridad nacional, esto significa que en el caso de que no pueda determinarse la culpa de los profesionales sanitarios o en su defecto se pruebe una causa extraña como exoneración de la responsabilidad en cuestión de germen intrahospitalario, la resolución garantista contemplada por esta normativa es reconocer un resarcimiento a título de solidaridad nacional para la ocurrencia de eventos tales como: i) infecciones intrahospitalarias, ii) accidentes médicos y iii) afecciones iatrógenas comprendidas estas últimas como “Cualquier afección adversa en un paciente producida como resultado del tratamiento instaurado por un médico, cirujano u otro profesional de la salud, especialmente las infecciones adquiridas por el paciente durante el curso del tratamiento” (Descriptores en ciencias de la salud, 2015), a consecuencia de que se presente un factor de agravación estimable a propósito del quebranto de capacidad con un porcentaje del 25% permanente; sea entonces el momento para decir, que esta ley aclaró muchos de los vacíos normativos que se venían presentando en el área médica francesa, no solamente identificó los presupuestos de la responsabilidad diferenciando los asuntos donde se aplicaba tanto el régimen subjetivo como objetivo de responsabilidad, sino que también, esclareció el campo indemnizatorio en perjuicios ocasionados en el área de la medicina que se traduce en un fondo resarcitorio a título de solidaridad nacional, o sea, el legislador francés fue consciente y coherente al obtener la articulación de carácter indemnizatorio de una manera garantista, técnica y congruente.

3.6 Las infecciones nosocomiales imputables por un acto médico.

Con ocasión a la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias imputables por un acto médico, se desarrollarán en tres fases: i) ocurrencia de gérmenes antes del año 2001, ii) presunción de culpa aplicable a Establecimiento Privado y iii) la ausencia de culpa en la responsabilidad.

Inicialmente, se desencadenaron varios acontecimientos, empero, respecto a aquellos hechos generados antes del año de 1988 (Establecimientos del Sector Público) y antes de 1999 (Establecimientos Privados), aquellas personas que estuvieran afectadas por una infección intrahospitalaria estaban en el deber de demostrar la culpa por el acaecimiento de dicha infección para efectos de resarcimiento del daño generado, es decir, se hablaba entonces netamente de un régimen subjetivo de responsabilidad donde operaba la presunción de culpa o falla probada, la misma era compleja de demostrar teniendo en cuenta que el paciente ignoraba en su totalidad temas como la asepsia en la ocasión de estos gérmenes.

En una segunda fase, se determinó la presunción de culpa simple únicamente al Centro Hospitalario de índole Privado, con ocasión a aquellos gérmenes contraídos en sala de intervención quirúrgica en sala de cirugía, dicha presunción era desvirtuable por medio de la ausencia de culpa, es decir, acreditando un buen uso y manejo de herramientas o instrumentos médicos respetando las normas de asepsia y esterilización debidamente.

En una tercera fase, se consideró que la prueba de ausencia de culpa en la ejecución de actividades médicas no era suficiente para la configuración de la exoneración de la responsabilidad por parte de un galeno o Centro Hospitalario, se consagra entonces la importancia de la obligación de seguridad de resultado, por ende, exonerar responsabilidad solo procedía si se probaba debidamente una causa extraña que no permitió al profesional de la salud ejercer la actividad médica en debida forma.

En conclusión, se desataron varios asuntos en los cuales se atribuía la responsabilidad al Centro Hospitalario o al Profesional de la salud, sin embargo, con la evolución legal y jurisprudencial el régimen francés desarrollo entonces una responsabilidad que varía según la agravación del perjuicio, por ende, la misma ley 303 de 2002 modificada por la ley 1577 de 2002, estableció un resarcimiento de pleno derecho a las personas que probaran la ocurrencia de una infección intrahospitalaria que hubiese causado un porcentaje de discapacidad superior al 25% permanente, en cuyo caso se aplicarán los dos regímenes de responsabilidad, ósea, una presunción de responsabilidad para los Establecimientos prestadores del Servicio a la Salud y un régimen establecido por culpa para los galenos.

CAPITULO IV: PROPUESTA PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD (ARTICULO 49 CONSTITUCIONAL), POR LAS VICTIMAS QUE PADECEN UNA INFECCION NOSOCOMIAL EN COLOMBIA.

Con el advenimiento de la Constitución Nacional de 1991, se observaron esferas de manera más profunda y amplia en varios asuntos, por ende, el tema de la salud no sumo menos importancia en estos eventos, teniendo en cuenta que con el Estado de derecho y la Constitución Política de 1886, su garantismo y protección estaba más limitado, de esta manera, con el nacimiento del Estado Social de Derecho en Colombia se propendieron muchas más garantías respecto a los derechos de primera, segunda y tercera generación estipulados en la Carta Política; por lo que, se dignifico a la persona por el hecho de ser persona y se puso en una posición favorable, no obstante, el derecho a la salud consagrado en el postulado 49 constitucional se ha descrito como un servicio público a

cargo del Estado, igualmente, de las principales funciones que se destacan en esta disposición normativa son las de promoción, protección y recuperación de la salud, es decir, no solo es el derecho inherente que tiene el individuo si no también la plenas garantías esbozadas anteriormente, de la misma manera, la Constitución determino una responsabilidad patrimonial del estado con ocasión de un daño antijurídico que no se está en el deber de soportar consecuencia de una acción u omisión de las autoridades públicas, al tenor del artículo 90; motivo por el cuál, se denota entonces el deber y la necesidad de proteger este derecho fundamental en conexidad con otros derechos esenciales como la existencia.

Con todo, el derecho a la salud tiene unas connotaciones especiales en multiplicidad de asuntos en la ejecución de actividades médicas, concretamente en la ocurrencia de infecciones nosocomiales es un derecho que al instante de que un paciente contraiga un germen de este tipo el derecho a la salud se encontrará en una posición vulnerable y la vida estará en riesgo, por ello, comprender la noción de daño en esta circunstancia no es descabellado, por ende, el exmagistrado de la Corte Constitucional Colombiana, profesor Juan Carlos Henao Pérez señaló que este concepto esta imbricado con cada uno de los aspectos que perturba los intereses legales de un ciudadano: Trátese de sus derechos económicos o no económicos, desde lo individual o lo colectivo entre otros.

No obstante, exteriorizar el perjuicio como el menoscabo de un derecho es de gran relevancia atendiendo que al momento de configurarse aquel, entonces subyacerá una responsabilidad del estado, es en este momento en el cual la imputación y la obligación de reparar se encuentran íntimamente ligados, por ende, el Estado Colombiano se encuentra en la obligación de efectuar el uso de los postulados constitucionales desde una óptica jurídica y fáctica.

Asimismo, efectuando un análisis riguroso del derecho internacional concretamente el derecho francés se observa un sistema garantista y solidario a título de fondo nacional para cubrir los eventos en los cuales los pacientes se vean afectados con ocasión a la permanencia en un Centro Hospitalario producto de la negligencia, impericia e imprudencia por parte del galeno en el cumplimiento de labores en el escenario medicinal, empero, se reconoce la alta protección ya que en este sistema no solo se reconoce este tipo de responsabilidad sino también se propende indemnizar a todo individuo quien se considere vulnerado en la Institución Médica y acredite una infección nosocomial, accidentes médicos y otro tipo de gérmenes; de esta manera el derecho

francés es un claro ejemplo de que existen mecanismos efectivos para el amparo del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida debidamente.

En contraste con el régimen francés, el derecho colombiano ha venido reglando de manera juiciosa las garantías fundamentales de cada individuo desde los postulados constitucionales, sin embargo, no ha habido una solución jurídica, normativa, protectora y definitiva que prevenga la ocurrencia de infecciones nosocomiales y que si ocurrieren el paciente no continúe afectado, razón por la cual, **la propuesta de este producto investigativo** inicialmente consiste en realizar un proyecto de ley que permita dar a conocer las falencias y vacíos normativos que ha venido existiendo en el sistema colombiano en el área de la salud concretamente con ocasión a las infecciones intrahospitalarias, de esta manera el objetivo de este proyecto de ley está en determinar los casos en los cuales las personas pueden ser indemnizadas o reparadas en los asuntos en los cuales se acredite única y exclusivamente que la causa de su afectación se desarrolló por culpa del galeno, igualmente, es de gran relevancia dejar claro que este proyecto de ley no busca reparar a todos los colombianos que con el solo hecho de afirmar que fueron vulnerados en la Institución se indemnicen, sino que más bien, se repare a unos pocos quienes acrediten y prueben verdaderamente el menoscabo producido y las consecuencias del mismo en el presente y futuro, ahora bien, respecto al porcentaje de discapacidad, es importante señalar que con el mismo enfoque francés sea del 25% o superior al mismo, también velar porque la Superintendencia Nacional de Salud ejerza sus funciones de control, inspección y vigilancia a cada una de las Instituciones Médicas con respecto al adecuado uso que se le debe dar a la asepsia y esterilización, haciendo revisiones cada mes y si en algún caso encuentra que el Establecimiento Hospitalario no está haciendo adecuado uso de aquellos mecanismos, emita una sanción disciplinaria y económica a la Institución Pública o Privada que preste el servicio a la salud.

No obstante, en concordancia con lo anteriormente descrito es importante tomar conciencia acerca del correcto uso de los instrumentos del profesional al momento de realizar un procedimiento quirúrgico o de una índole similar, por ende, efectuar campañas por parte de la Superintendencia con respecto al adecuado uso de la asepsia y la esterilización sería un paso agigantado para poder llenar ese vacío normativa y social que hoy por hoy aqueja al pueblo Colombiano y lo pone en situación de vulnerabilidad.

4.1 Análisis del artículo 90 constitucional en la imputación objetiva de la responsabilidad en Colombia.

El apartado 90 estipulado en la Norma de Normas establece la base constitucional de la responsabilidad Estatal en razón a la acción u omisión por parte del agente, en contraste con la constitución de 1886, la Constitución Nacional de 1991 estableció una noción de responsabilidad del Estado por la ocasión de un daño, concretamente “daño antijurídico”, este avance fue una de las transformaciones legales evolutivas en el Sistema Colombiano comprendiendo que antes de la entrada en vigencia de aquella normativa se presenciaba más bien una irresponsabilidad del Estado para con el individuo, de esta manera se observa entonces en esta disposición una función preventiva, según el autor Aciacarri afirmó:

“La noción de prevención general se refiere a los casos donde la prevención surge de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente riesgosa. El efecto disuasivo de las normas tradicionales de responsabilidad civil constituye una instancia clara de este tipo de prevención. Ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona puede decidir si prefiere colocarse en esa situación o adoptar las medidas de prevención que, a la vez, reducirán la probabilidad de causar ese daño (o su magnitud, en caso de acontecer), así como la probabilidad correlativa de ser condenada al pago de la indemnización correspondiente (o su magnitud)” (Revista IUS, 2020)

De esta forma, la función preventiva goza de un papel destacable al instante de endilgar la responsabilidad del estado específicamente en las actividades de la medicina, ahora bien, Colombia entonces adopta una noción de sistema resarcitorio para aquellas personas que se les ocasione un perjuicio en el área de la salud-infecciones nosocomiales, esta evolución ha sido y será de gran estimación teniendo en cuenta la multiplicidad de casos presentados por la falta de correcto uso de la asepsia en los Centros prestadores del Servicio a la Salud, no obstante, este desarrollo del daño ha sido evaluado y analizado por la Corte Constitucional quien ha reconocido el resarcimiento como garantía esencial en sentencia C-344 de 2017; motivo por el cual, como es evidente el Sistema Colombiano hoy por hoy no goza de ausencia de disposiciones constitucionales para dar garantía del derecho a la salud estipulado en el postulado 49, por ende,

salvaguardar este derecho en conjunto con la vida ha sido de los pilares fundamentales por las reglamentaciones constitucionales colombianas.

Con todo, esta disposición reglamentaria constitucional ha esclarecido la responsabilidad de los agentes del Estado en Colombia por determinadas causas, circunstancia que no se evaluaba en 1886, motivo por el cual, efectuar su correcta aplicación en los asuntos presentados en el área de la salud no es descabellado buscando de esta manera justicia en aquellas personas que enfrentan una afectación producto de una infección nosocomial que no están en la obligación de sobrellevar.

No obstante, la ley 1751 de 2015 propició uno de los avances sociales más importantes en los últimos 50 años en la república de Colombia, por primera vez, se constituye el derecho a la salud como fundamental y se eleva a rango constitucional, situación imposible de no tener en cuenta, dado que en las anteriores Cartas Políticas del país no se había consagrado; al hacer este reconocimiento acepta que este derecho es irrenunciable y autónomo en asuntos personales y colectivos, recuerda que el mismo debe ser prestado con garantías de eficacia, oportunidad y calidad, al ser establecida en la Constitución en el artículo 49 se evidencia el carácter esencial y obligatoria de aquel y se debe ejecutar bajo la supervisión, dirección, coordinación y manejo del Estado, igualmente, se destaca la ley 100 de 1993 en lo que respecta a las funciones de las IPS y EPS; así las cosas, esta normatividad realizó evoluciones no solo en los aspectos anteriormente mencionados, sino también, al hacer el uso de las tecnologías para desarrollar una concepción integral del derecho a la salud, este factor es importante porque esto ha permitido desarrollar las obligaciones de los expertos de la salud y sus trabajadores de una manera mucho más satisfactoria, en ese sentido, se efectúan citas, procedimientos e intervenciones de una manera más ágil y efectiva.

Por consiguiente, la trascendencia de esta ley estatutaria es tan relevante no solo como una evolución en la prestación del servicio a la salud, en derechos y deberes de los ciudadanos del pueblo colombiano, en el ejercicio del profesional de la salud entre otros, sino que también goza de una importancia de notable en el campo económico, político, educativo y social; esto ha permitido que hoy día el sistema de salud goce de garantías de mayor amplitud y proporción al instante de efectuar protección del mismo; en nuestros días debido a estas disposiciones se despliega la responsabilidad del Estado, aterrizándolo en este estudio concretamente por ocurrencia de infecciones nosocomiales, cabe decir que, ni siquiera con la reforma de 1991 ubico

la salud como derecho no fundamental al no incluirla dentro del título de derechos y garantías fundamentales.

4.2 El tipo de responsabilidad objetivo por la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias.

Como se ha esbozado de manera sucinta en el capítulo 2, este tipo de responsabilidad es aquella mediante el cual se ocasiona un perjuicio por parte de la Administración al administrado, en este escenario no es relevante analizar si hubo culpa, sino que más bien, el núcleo esencial de esta responsabilidad es exponer el menoscabo antijurídico ocasionado y el nexo causal, ahora bien, aquí se habla entonces de una presunción de culpa que en palabras de Tamayo Jaramillo sería una presunción de causalidad que se traduciría en este tipo de responsabilidad, no obstante, en el escenario de las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales se despliega de forma común esta responsabilidad, entonces, el galeno tiene una obligación de seguridad de resultado para con el paciente al instante de realizar una intervención, procedimiento o atención médica, si el mismo ignora esta obligación y actúa de manera imprudente, negligente y con impericia hay una presunción de culpa del mismo, ahora bien, en el evento que se efectúen los factores anteriormente mencionados y se configure el tipo de responsabilidad objetivo es el demandante quien está en la obligación de probar debidamente que producto de su Estadía en el Centro Hospitalario adquirió una infección de clase nosocomial, ósea, estará en el deber de demostrar que el causante pleno del daño ocasionado fue el profesional médico; asimismo, el demandado deberá evidenciar una causa extraña como factor de exoneración de la responsabilidad, por lo tanto, no es descabellado evaluar entonces en este punto que la ocurrencia de aquel germen producido fue con ocasión a las actividades riesgosas o peligrosas, las mismas han sido de constante aplicación en clínicas, hospitales, y centros de salud públicos y privados, igualmente se aplica a los galenos particulares.

Un claro ejemplo de la ocurrencia de esta clase de infecciones es cuando un paciente acude a un Centro Hospitalario debido a que sufre quemaduras de alto grado en su vientre cuando se le estaba aplicando un procedimiento en la cabeza para un menoscabo que no tenía nada que ver con la quemadura accidental por la cual ingreso inicialmente, por lo tanto, se configura el tipo de responsabilidad objetivo.

4.3 El tipo de responsabilidad objetiva al momento de prestar el servicio de salud a un paciente.

El factor de prestación del servicio a la salud en la relación médico-paciente, es un factor indispensable teniendo en cuenta que este es un servicio que debe gozar con determinadas calidades, en principio se debe garantizar la prestación del mismo de una manera oportuna y adecuada, esta circunstancia ha sido reglamentada por ley 1122 de 2007 y sus correspondientes decretos reglamentarios, el principal objetivo de esta normativa es velar por el cumplimiento del acceso a la calidad de los servicios, atendiendo que, este es uno de las obligaciones esenciales del profesional sanitario; sea el momento entonces para decir que no es menos importante señalar el correcto uso de los recursos y herramientas para fomentar las orientaciones de correcta atención centrada en el usuario y así lograr una sostenibilidad social y financiera en las Instituciones prestadoras de este servicio; ahora bien, en lo correspondiente al desarrollo de la responsabilidad objetiva en este escenario, es totalmente coherente que pueda configurarse la misma, comprendiendo que en principio la ocurrencia de todo tipo de gémenes se concreta en un inicio en la mala atención por parte de los galenos para con el paciente, específicamente cuando se efectúa una intervención quirúrgica o procedimiento determinante en sala de cirugía, ya que es en este punto crucial donde se determina si se configura o no la responsabilidad, en este orden de ideas, un claro ejemplo de esta circunstancia es cuando el galeno procede a operar a un paciente quien ingresa por dolores en el estómago y se detecta peritonitis aguda, en este instante el profesional debe acudir a sus conocimientos para efectuar esta intervención , pero, de la misma forma deberá realizar el correcto uso del bisturí, las pinzas médicas o quirúrgicas, tijeras de cirugía entre otros; ya que en efecto si no se realiza la asepsia indicada a estos instrumentos la consecuencia letal es la producción de infecciones, comúnmente hablando las más concurrentes son las infecciones nosocomiales, en este evento y por no tener en cuenta el debido uso de estas herramientas se ocasiona un daño al paciente y por ende se configura la responsabilidad del estado que en este escenario sería objetiva del estado, en el entendido que la realización de este proceso se considera una actividad peligrosa, pues nada más peligroso que un acto médico con el uso de estos instrumentos, así las cosas, la única forma de exoneración de responsabilidad en esta medida es la prueba de una causa extraña (Fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusiva de la víctima), como factores atinentes la cesación de la responsabilidad.

4.4 Protocolo al instante de realizar el triage a un paciente.

El triage ha sido entendido por el Ministerio de Salud como “**Un sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencia**, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles para atenderlo. La Resolución 5596 del 24 de diciembre de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social estipuló cinco categorías de triage, con la salvedad que los tiempos establecidos de atención no aplicarán en situaciones de emergencia o desastre con múltiples víctimas” (Ministerio de Salud, 2022); sobre este aspecto es de gran relevancia denotar que se evidencia una conducta eminentemente asistencial y resulta necesario esbozarlo en este escenario comprendiendo que este proceso admite corroborar desde un principio si el paciente ingresado a la Clínica presenta indicio de gérmenes, lo que admitiría suprimir que haya sido contraída en el nosocomio, situación ineludible ante un juicio de responsabilidad.

De esta manera, se encuentran cinco categorías de triage a saber:

En la primera categoría se efectúa una atención inmediata al paciente debido a que el mismo se encuentra en un riesgo inminente y necesita obras de reanimación por condiciones neurológicas, respiratorias entre otras, es decir, se realiza la atención inmediata teniendo en cuenta las condiciones que por norma la exijan.

En segunda categoría se encuentra la atención del paciente más que inmediata es crucial atendiendo que su condición puede evolucionar de manera determinante a la muerte o al deterioro o incrementar el riesgo, de este modo, la atención no debe superar los (30) minutos.

En tercera categoría se requiere una atención principal, porque son aquellos pacientes que de manera fisiológico a grandes rasgos se encuentran bien, pero, es necesario un análisis suplementario o un procedimiento veloz ya que su condición podría empeorar.

En cuarta categoría el paciente presenta circunstancias galenas pero las mismas no comprometen un factor de riesgo inminente de pérdida de un órgano o muerte, sin embargo, se configuran secuelas de complicación o enfermedad si no se presta la atención adecuada.

En quinta categoría, el paciente presenta condiciones médicas, empero, aquellos no representan peligro o amenaza de pérdida de la vida o de órganos vitales, pero, si se presentan dolores crónicos y agudos que afectan al paciente por ende la atención debe ser apropiada.

En este orden de ideas, como se evidencio anteriormente el procedimiento del triage al instante del ingreso de un paciente a un Centro Hospitalario es inminente, atendiendo a que dependiendo la adecuada o la no adecuada atención del galeno se podría representar consecuencias letales en los individuos como la ocurrencia del nosocomio en los mismos, por ende, evaluar este aspecto en esta investigación no ha sido para nada descabellado comprendiendo que han existido casos en los cuales el paciente acude al hospital con un porcentaje de gravedad alto y por el no correcto uso de los instrumentos utilizados al instante de evaluarlo en el triage se desarrollan gérmenes que le han costado la existencia a muchos sujetos, razón por la cual, para evitar estas situaciones benignas para el galeno en la ejecución de actividades de la salud, en principio se debe garantizar y proporcionar una atención apropiada, correcta y oportuna al paciente que ingresa al Centro de Salud.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de este producto investigativo se determinaron diferentes hallazgos, en principio el Consejo de Estado en el área de responsabilidad en la ejecución de actividades médicas desde la década de los setenta ha venido haciendo uso de los tipos de responsabilidad subjetiva y objetiva con sus determinados títulos de imputación, haciendo énfasis en el primer asunto respecto a la falla probada y falla presunta del servicio y en el segundo el daño especial, riesgo excepcional y onus probandi, en las cuales el último ha sido el de mayor aceptación tomando en cuenta que ha sido todo un avance evolutivo en el cual la posición del paciente afectado (demandante) no está vulnerable y más bien se transforma en una favorable, esto a la luz de lo establecido en el apartado 167 del CGP, con la evolución de este tema sucedieron importantes acontecimientos impactantes para el derecho colombiano, así las cosas, se constitucionalizo la responsabilidad patrimonial del Estado por aquellas acciones u omisiones desplegadas y producto de aquellas se causará un daño antijuridico a cualquier individuo por parte del agente estatal; en ese caso se está en la obligación de reparar el daño ocasionado, de esta manera en contraste con la Carta Política de 1886, la Constitución Nacional de 1991 fue enfática en normativizar a aquellos agentes de la administración comprendiendo que antes de esta disposición se consideraba que en el Sistema Colombiano existía una irresponsabilidad del Estado, así las cosas subyago la aplicación más determinada de la responsabilidad objetiva y se aterrizó en diferentes asuntos, empero, para el estudio del producto investigativo actual fue de gran relevancia este acaecimiento dado que este tipo de responsabilidad

se empezó a aplicar concretamente en el campo de la salubridad con ocasión a las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

No obstante, no es de menor importancia señalar la incidencia de la ley 23 de 198, porque, fue ineludible para la relación médico paciente al instante de recibir a aquel por un dolor o afectación y prestarle el servicio de cuidado clínico de manera apropiada y pertinente, igualmente, los deberes del profesional de la salud para garantizar el derecho a la salud establecido en el apartado 49 constitucional, de la misma manera la pertinente atención que se debe efectuar la instante de evaluar al paciente en el triage dependiendo la categoría que se encuentre con el correcto uso de asepsia para evitar la ocurrencia del nosocomio en las Instituciones Públicas y Privadas prestadoras de este servicio, en ese orden de ideas, como se observó se desarrolló jurisprudencia relevante en Colombia propiciando así un avance abismal, sin embargo, así mismo ocurrió con las disposiciones internacionales, por ende, se efectuó la importante influencia del derecho internacional francés en el régimen colombiano en disimiles aspectos, empero, es de resaltar las bases reglamentarias y jurisprudenciales de la responsabilidad directa e indirecta del Estado, también, la forma mediante la cual se garantiza el derecho a la salud en este régimen a título de indemnización solidaria nacional a aquellas personas que acrediten accidentes médicos, infecciones nosocomiales y enfermedades iatrogénicas, así las cosas, deberán acreditar también la pérdida de capacidad en un 25% o superior, esta destacable disposición de acuerdo a lo establecido en la ley 303 de 2002 modificada por la ley 1577 de 2002 o la llamada kouchner, entonces, se propendió garantizar y proteger el derecho a la salud de una forma justa y proporcional en el pueblo francés. Se destacó el estudio de la teoría objetiva de la responsabilidad en la aplicación de casos presentados por los microorganismos multirresistentes, ya que, antes se aplicaba más que todo el régimen subjetivo de responsabilidad con sus títulos de imputación (falla probada y falla presunta), desligándose de esta manera de la culpa y enfocándose esencialmente en la ocasión del daño y su nexo causal; se enfatiza en que todos estos avances legales, jurisprudenciales y doctrinales han constituido una base fundamental en la normativa Colombiana respecto a la responsabilidad civil y del Estado.

Finalmente, se reitera la necesidad de insistir en reglamentar en el Sistema Colombiano una normativa que permita resarcir a aquellas personas quienes acrediten que sufrieron una afectación determinante en la estadía en un Centro Médico y producto de ello fueron afectados con la ocurrencia de una infección nosocomial, únicamente a las personas que acrediten que su afectación

fue producto de este germen y que se perdió una capacidad del 25% o superior se buscara la reparación, igualmente, el seguimiento por parte de la Superintendencia de Salud en aspectos de inspección, vigilancia y control a las Instituciones Públicas y Privadas para el correcto uso y manejo de la asepsia y la esterilización en procedimientos médicos.

REFERENCIAS

Referencias

- (s.f.). *El nacimiento de la justicia administrativa provincial de los consejos de prefectura a los consejos provinciales*.
- (2022). *Infecciones hospitalarias aumentan en Francia debido a Covid19*. Recuperado el 13 de julio de 2023, de <https://www.prensa-latina.cu/2023/05/26/infecciones-hospitalarias-aumentan-en-francia-debido-a-covid19>
- Arréns, G. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Fránces*. Recuperado el 21 de abril de 2023

- Becerra, R. S. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogota. Recuperado el Mayo de 2023
- Cantudo, M. Á. (2014). El nacimiento de la justicia administrativa provincial. España. Recuperado el 20 de Abril de 2023, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=575175>
- Cardona, I. D. (2019). La responsabilidad civil de las clínicas y hospitales por infecciones nosocomiales . 16.
- Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (2011). Artículo 140. Recuperado el mayo de 2023
- Consejo de Estado. (14 de febrero de 1984). Auto. Recuperado el mayo de 2023
- Consejo de Estado. (1989). Sentencia. Recuperado el 13 de mayo de 2023
- Consejo de Estado. (20 de octubre de 1990). Sentencia. Recuperado el 11 de mayo de 2023
- Consejo de Estado. (24 de octubre de 1990). Sentencia. Recuperado el Mayo de 2023
- Consejo de Estado. (19 de julio de 1991). Sentencia. Recuperado el 12 de mayo de 2023
- Consejo de Estado. (24 de febrero de 2005). Sentencia. Recuperado el mayo de 2023
- Consejo de Estado. (25 de febrero de 2005). Sentencia. Recuperado el mayo de 2023
- Consejo de Estado. (2007). Providencia. *Expediente 16421*. Recuperado el Mayo de 2023
- Consejo de Estado. (7 de abril de 2011). *Sentencia*. Recuperado el 12 de mayo de 2023
- Constitución política de Colombia. (6 de julio de 1991). Recuperado el 20 de abril de 2023
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia C-286*. Recuperado el Abril 20 de 2023
- Corte Suprema de Justicia. (26 de noviembre de 1999). Sentencia. Recuperado el mayo de 2023
- Corte Suprema de Justicia. (Agosto de 2009). Sentencia. Recuperado el 13 de mayo de 2023
- Descriptores en ciencias de la salud. (julio de 2015). Recuperado el julio de 2023 , de <https://decs.bvsalud.org/es/ths/resource/?id=7231#:~:text=Cualquier%20afecci%C3%B3n%20adversa%20en%20un,durante%20el%20curso%20del%20tratamiento.>
- Dexia Abogados. (14 de Noviembre de 2022). Indicios, evidencias y pruebas: ¿qué son y en qué se diferencian? Recuperado el 13 de Mayo de 2023, de <https://www.dexiaabogados.com/blog/indicios-evidencias-y-pruebas/#:~:text=Todas%20son%20parte%20importante%20en,determinada%20circunstancia%20en%20un%20hecho.>
- El estafilococo dorado. (30 de Septiembre de 2021). Recuperado el 14 de julio de 2023, de <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/el-estafilococo-dorado/>

- Fernandez, M. (2016). LAS INFECCIONES NOSOCOMIALES COMO UN NUEVO EVENTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL SISTEMA COLOMBIANO, REFLEXION SOBRE SU FUNDAMENTO A PARTIR DE LA EXPERIENCIA FRANCESA. Recuperado el 15 de Julio de 2023
- García, M. C. (19 de enero de 2013). La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia, Francia y España. Recuperado el 14 de julio de 2023
- Jaramillo, J. T. (2022). *Prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad médica*. Bogota: Legis. Recuperado el 20 de abril de 2023
- Jaramillo, J. T. (2022). *Prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad médica Teoría General de las cargas probatorias*. Bogota , Colombia: Legis. Recuperado el 19 de abril de 2023
- Ley 80 de 1993. (1993). Recuperado el 20 de Abril de 2023, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>
- M., M. L. (2016). Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano, reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa. Recuperado el 15 de julio de 2023
- Marulanda, Y. O. (junio de 2021). *Deconstruyendo el origen del daño especial en Colombia: análisis del caso "El Siglo"*. Recuperado el 13 de mayo de 2023, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422021000100130
- Metodología de la Investigación. (s.f.). Recuperado el 19 de abril de 2023, de [https://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/zll/metodologia-investigacion.html#:~:text=Seg%C3%BAn%2C%20Arias%20\(2006%3A%2053,%2C%20de%20contenido%2C%20entre%20otros.](https://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/zll/metodologia-investigacion.html#:~:text=Seg%C3%BAn%2C%20Arias%20(2006%3A%2053,%2C%20de%20contenido%2C%20entre%20otros.)
- Ministerio de Salud. (2022). Recuperado el 15 de julio de 2023, de <https://www.minsalud.gov.co/salud/PServicios/Paginas/triage.aspx>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (18 de febrero de 1981). Ley 23 de 1981. Recuperado el 13 de Mayo de 2023, de https://normograma.supersalud.gov.co/normograma/docs/ley_0023_1981.htm
- Organización Mundial de la Salud. (s.f.). *Infecciones Nosocomiales*. Recuperado el 9 de febrero de 2023, de https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/67877/WHO_CDS_CSR_EPH_2002.12_spa.pdf;jsessionid=415147D24138018F4DE2670611214361?sequence=1
- Oyague, O. W. (2015). *La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil*. Bogota. Recuperado el 15 de julio de 2023, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005#:~:text=Un%20tercer%20tipo%20de%20riesgo,por%20el%20establecimiento%20de%20salud.

- Pinzón, M. M. (25 de octubre de 2005). La revolución Francesa y el derecho administrativo francés la invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. Recuperado el 20 de abril de 2023
- Restrepo, J. A. (13 de junio de 2005). Historia de la responsabilidad estatal. Recuperado el abril de 2023, de <https://www.colectivodeabogados.org/historia-de-la-responsabilidad-estatal/>
- Revista IUS. (2020). *La delimitación de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino*. Recuperado el 15 de Julio de 2023, de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472020000200243
- Rodriguez, J. L. (14 de octubre de 2014). El daño antijuridico y su funcion resarcitoria. Recuperado el 14 de mayo de 2023
- Tommas Hobbes, L. (1994). *Sobre el derecho a la resistencia*. Recuperado el abril de 2023