



COLECCIÓN DE ESTUDIOS
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

Estudios en investigación jurídica y sociojurídica

César Augusto Molina-Saldarriaga y
Verónica Cadavid-González
(compiladores)

Grupo de Investigaciones en Derecho -GRID
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



320.07
M722

Molina Saldarriaga, César Augusto, compilador
Estudios en investigación jurídica y sociojurídica / Diana Sofía
Zuluaga-Vivas y otros 6 –. Medellín: UPB, 2019.
136 p., 17 x 24 cm.
ISBN: 978-958-764-683-2 / 978-958-764-684-9 (versión web)

1. Investigaciones jurídicas – 2. Universidad Pontificia Bolivariana
– Investigaciones -- I. Cadavid González, Verónica, compilador –
II. Título

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

■ Tabla de contenido

Prólogo7

Capítulo 1. La Corte Constitucional
y su manejo discursivo del poder constituyente:
anotaciones sobre la teoría de la sustitución
de la Constitución 11
Diana Sofía Zuluaga-Vivas

Capítulo 2. La necesidad de la intervención
estatal en la formación jurídica.
Una mirada histórica a los estudios jurídicos
en la época republicana 43
Cathalina Sánchez-Escobar

Capítulo 3. La cara oculta del derecho
a la especial protección en Colombia..... 67
Holmedo Peláez-Grisales

Capítulo 4. ¿Trabajo o función natural?
Diferencias de género en el cuidado
de niños y niñas 95
*Lina Marcela Estrada-Jaramillo, Johanna Jazmín
Zapata-Posada y Margarita Rosa Moreno-Roldán*

© Diana Sofía Zuluaga-Vivas
© Cathalina Sánchez-Escobar
© Holmedo Peláez-Grisales
© Lina Marcela Estrada-Jaramillo
© Johanna Jazmín Zapata-Posada
© Margarita Rosa Moreno-Roldán
© Carlos Andrés Gómez-García
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

Estudios en investigación jurídica y sociojurídica

ISBN: 978-958-764-683-2
ISBN: 978-958-764-684-9 (versión web)
Primera edición, 2019
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Grupo: Investigaciones en Derecho
Proyecto: Enseñanza y Aprendizaje Clínico del Derecho en la UPB. Radicado: 46C-03/18-37

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo
Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda
Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández
Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Editor: Juan Carlos Rodas Montoya
Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa
Diseño y Diagramación: Geovany Snehider Serna Velásquez
Corrección de Estilo: Santiago Gallego Franco
Imagen de portada: Freepik

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2019
e-mail: editorial@upb.edu.co
www.upb.edu.co
Telefax: (57)(4) 354 4565
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1819-05-03-19

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

■ Capítulo 5.

Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud. Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado*

*Carlos Andrés Gómez-García***

Introducción

La presente reflexión nace de una doble motivación; en primer lugar, cuando me encontraba exponiendo mi proyecto de tesis de maestría, denominado Turismo en salud: ¿Una forma de medicalización de la sociedad?, uno de los jurados realizó un comentario sobre la gran cantidad de pacientes que venían a Colombia buscando procedimientos de diversas áreas y los inconvenientes que se habían presentado con estos, pero en especial se

* Producto de la investigación denominada “Implicaciones legales de la política farmacológica nacional creada a partir de la expedición de la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, adscrito al grupo de investigación en derecho grid de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.

** Abogado, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros y magíster en Bioética y Bioderecho. Docente de la Facultad de Derecho e investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: carlos.gomezgarcia@upb.edu.co.

refirió al tema de las infecciones intrahospitalarias y las dificultades que se tenían con estas cuando el paciente debía retornar a su país de origen próximamente. Comencé a pensar, en torno a este tema, que se debía realizar una revisión del abordaje biojurídico de este tipo de eventos. La segunda motivación fue la posibilidad y al mismo tiempo el honor de poder dirigir el trabajo de grado del entonces estudiante de Derecho de la Universidad Universidad Pontificia Bolivariana y hoy abogado Francisco Corrales, quien se dio a la tarea de revisar de manera exhaustiva los fallos del Consejo de Estado en su escrito “Una concepción diferente frente a la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales”, donde se condenaban instituciones de salud por daños sufridos por pacientes producto de infecciones asociadas al cuidado en salud (IACS)¹.

Estas dos motivaciones me llevaron a plantear la necesidad de un abordaje del tema desde el bioderecho, ya que, aunque el profesional de salud se comporte en grado sumo con humanismo, profesionalidad, consagración al trabajo, honestidad, dominio científico-técnico y responsabilidad social (Rodríguez Pérez y Sánchez Santos, 2004)², si el paciente demanda a la institución de salud por los daños sufridos, la posición que ha manejado el honorable Consejo de Estado colombiano en su jurisprudencia referente a la responsabilidad estatal por IACS le sería completamente adversa a esta, dado que para esta corporación los medios de defensa del prestador de salud se deben restringir y, aunque esta llegue a acreditar que obró con diligencia y cuidado absoluto en el cumplimiento de los protocolos de higiene y esterili-

¹ Este tema se ha tratado con diversos nombres por parte de la jurisprudencia colombiana, como infecciones intrahospitalarias, nosocomiales o infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS), pero todas estas denominaciones aluden al mismo fenómeno.

² “Se concluye que realizar un diagnóstico etiológico acertado de infección nosocomial en un corto período de tiempo ayudará a su prevención y control, para lo cual es necesario, por parte del científico, un alto grado de profesionalidad, basado en principios éticos como son: la consagración al trabajo, la búsqueda perenne de la verdad, habilidades, destreza y dominio científico-técnico de la actividad que realiza, así como un profundo sentido de humanismo y responsabilidad social, ya que esta esfera específica de la actividad científica va más allá de las acciones concretas del diagnóstico en el paciente porque conlleva, además, la protección del medio ambiente en su conjunto” (Rodríguez Pérez y Sánchez Santos, 2004: x).

zación recomendados por las autoridades y la literatura médico-científica, no lograría exonerarse de la responsabilidad que se le endilga.

Esto es así debido a que la jurisprudencia colombiana parte del punto de vista del régimen de responsabilidad objetiva para analizar este asunto y, como lo concluye Corrales Arbeláez (2016), la defensa jurídica de las entidades de salud —pero, en especial, de los hospitales públicos— resulta cercenada y, como eventual consecuencia de ello, las instituciones prestadoras del servicio público de salud resultan condenadas injustamente al pago de una indemnización aun cuando hubieran acreditado que su actuación fue absolutamente diligente frente a su obligación de mantener diezmados los riesgos de infección en su más mínima expresión.

Esta discrepancia entre el deber ser bioético respecto a la cuestión y la postura jurídica de las altas cortes es lo que da origen a este trabajo.

Materiales y métodos

Este escrito responde a una investigación cualitativa que relaciona la revisión narrativa con métodos transdisciplinarios entre la hermenéutica y la dogmática jurídica, para precisar una reflexión desde el bioderecho respecto a las variables “IACS” y “bioética y bioderecho”, con un intervalo entre los años 1997 y 2017. Para definir el material bibliográfico que hizo parte de este trabajo se utilizaron como criterios, en primer lugar, la jurisprudencia colombiana atinente a la responsabilidad por IACS, y, en segundo lugar, que el material encontrado respondiera a las variables propuestas, que relacionara, preferiblemente, el anterior tema con la bioética y privilegiara las publicaciones indexadas que se encontraran en el intervalo temporal. Como criterios de exclusión estuvieron los artículos que no estaban publicados en revistas indexadas y aquella información que no era proveniente de entidades oficiales. Igualmente, se excluyeron estudios sobre los demás factores de imputación de la responsabilidad civil médica que no tuvieran que ver con el tema señalado y los que no estuvieren en el intervalo temporal.

El desarrollo de este trabajo constó de tres etapas. En un primer momento, se recopiló toda la información atinente al tema planteado; en segundo

lugar, se analizó la información contenida en los textos y se plasmó en un análisis manual; por último, se presenta este texto final. De igual forma, se rastrearón y analizaron fuentes cibergráficas contenidas en bases de datos como Vlex, Legisnet y Lexbase.

Por qué una visión desde la bioética y el bioderecho de las IACS

América Latina tiene una forma particular de pensar y resolver sus problemas, producto de un constructo particular de visiones culturales, políticas, económicas y religiosas (Castro-Gómez, 2011: 12). América Latina tiene un *ethos* y una identidad cultural que supuestamente la distinguen de la mentalidad europea. Así, nuestra cultura e idiosincrasia se entremezclan con el avance científico y técnico de la sociedad contemporánea, lo que ha obligado a revisar las posturas frente a muchos fenómenos propios de nuestra concepción como humanidad latinoamericana.

En términos de Casado-González, “[l]os enormes avances científicos han supuesto un cambio en la sociedad de carácter cuantitativo y cualitativo de una magnitud tal que han obligado a revisar los planteamientos individuales y colectivos en torno a numerosas cuestiones que afectan al ser humano” (2002: 185). Es por esto que a medida que la ciencia y la medicina avanzan crean nuevos dilemas éticos, morales y jurídicos que la sociedad paulatinamente debe abordar. Así, actualmente hemos presenciado grandes avances de la medicina, en especial del cuidado hospitalario y la asepsia al interior de los quirófanos, pero, como producto de este avance científico, ha surgido un nuevo reto como lo son las infecciones asociadas a dicho cuidado, así como las llamadas bacterias intrahospitalarias y las multirresistentes. Estas han sido precisadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) así:

Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas

después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento (2005: 1).

Estas suponen un nuevo dilema no solamente para la medicina y la biología, sino también para el derecho, pues la aparición de daños a los pacientes ocasionados por estas infecciones no solamente han supuesto una amplísima gama de protocolos y guías para la prevención, sino, además, un sinnúmero de demandas en contra de las instituciones prestadoras de salud. Es decir, este dilema no encuentra su respuesta únicamente por medio de las medidas sanitarias ni de la vigilancia de los entes públicos, ni mucho menos a través de la salud pública o los manuales de procedimiento, ya que, en particular, este es un problema del resarcimiento patrimonial de las víctimas y sus familias mediante los estrados judiciales.

Se debe tener en cuenta que la posición bioética frente a este dilema hoy, en Colombia, no solamente pasa por mejorar los protocolos médico-sanitarios e intentar disminuir los brotes de bacterias asociadas a la atención en salud, sino que, además, tiene que afrontar eventuales procesos judiciales producto de este fenómeno. Desde el punto de vista científico, es imposible erradicar totalmente estas infecciones, lo que añade una dificultad adicional. Así, este tema nos lleva a cuestionar la forma como valoramos los problemas y fines propios de la medicina y el derecho.

Es interesante analizar este problema desde la bioética y el bioderecho como una forma de reconciliar el pensamiento médico y las posibilidades científicas y técnicas con el pensamiento jurídico. En términos de Casado-González, podemos decir: “En este contexto surgió la bioética como una nueva disciplina que, desde un enfoque plural, pusiese en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a conseguir el bien social. Como decía V. Potter, la Bioética es ‘el conocimiento de cómo usar el conocimiento’, el puente entre ciencias y humanidades” (2002: 187).

Tradicionalmente, en América Latina los asuntos propios de la bioética tarde o temprano hacen un tránsito hasta convertirse en asuntos jurídicos. Tal ha sido el caso de la eutanasia, las técnicas de reproducción humana asistida o el aborto, solo por nombrar algunos casos. Así, pues, tras el avance científico y su ulterior provecho médico subyace una discusión ética, políti-

ca, moral, ideológica³ y filosófica que, tarde o temprano, desencadenará en una decisión legislativa o judicial. Es por esto que en el contexto latinoamericano se hace indispensable incorporar un razonamiento desde la bioética no solamente en los procesos de elaboración normativa, sino también en su interpretación y aplicación, como una forma de reconciliar la ciencia con las dimensiones propias de las humanidades y la filosofía; pero, al mismo tiempo, es necesario reconciliar la diversidad de estilos de vida y opciones de pensamiento con el *ethos* médico y sanitario y los descubrimientos científicos y clínicos, el derecho y los fines mismos del Estado.

La delimitación normativa de los sistemas de salud debería considerar situaciones que van más allá de lo estrictamente científico y que pasan por esferas políticas, sociales económicas e incluso religiosas. Así, las situaciones reales frente a la investigación, los avances en la industria farmacéutica, así como la presión sobre los costos de los sistemas de salud, a todo un cúmulo de problemas que deben ser abordados no solamente desde el derecho sino también desde la bioética.

Evolución jurisprudencial de la teoría que imputa responsabilidad objetiva institucional derivada IACS en las sentencias del Consejo de Estado

En la última década del siglo xx, el problema de las infecciones intrahospitalarias pasó de ser un problema propio del entorno clínico a ser un asunto de los estrados judiciales, principalmente a través de la sentencia proferida por el consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo el 22 de octubre de 1997, que dio inicio a una línea jurisprudencial que sacó el tema de las IACS de la esfera científica hacia unas esferas judiciales.

³ En el mundo, los problemas propios de la bioética traen consigo grandes debates ideológicos frente a los cuales difícilmente podrá existir un consenso; esto ha hecho que en muchas latitudes los gobiernos opten por tener comités asesores de bioética.

Al comienzo, la responsabilidad institucional se miró bajo la idea del régimen de la culpa presunta y se condenó a la institución luego de presentarse una IACS bajo el argumento de que “a la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia” (Consejo de Estado, 1997, citado en Gil Botero, 2013: 818). Para el Consejo de Estado, en esta demanda la entidad de salud tenía la carga de demostrar las precauciones y medidas profilácticas que allí se tomaron para practicar los procedimientos o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las indagaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Para esa misma época, el consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo abordó el tema de forma similar en la sentencia del 6 de noviembre de 1997, expediente 11.782 (Consejo de Estado, 1997 citado en Consejo de Estado, Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014c: 22).

A partir de 2009, la carga para las entidades hospitalarias se agravó a partir de la sentencia del 19 de agosto, con ponencia del consejero Enrique Gil Botero, expediente 17.333, ya que esta modificó la línea jurisprudencial sentada, pues asoció el tema a la responsabilidad objetiva institucional por las IACS derivada del elemento del riesgo; esto es, se catalogan algunos eventos como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica y se les clasificó como susceptibles de ser tratados bajo el régimen objetivo de responsabilidad⁴. Al respecto, el Consejo de Estado estableció:

Así las cosas, la obligación médico-hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos: [...]

Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos: 1. Actos puramente médicos —que

⁴ Este mismo concepto fue reiterado por el mismo magistrado años más tarde, en la sentencia del 25 de marzo de 2011, expediente 20.836.

son los de profesión realizados por el facultativo—; 2. Actos paramédicos — que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste—; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo, suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos —o proporcionarlos por vía oral—, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos; 3. Actos extramédicos —están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes— (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2012: 19-20).

Las sentencias del 27 de junio de 2012, expediente 21.661, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, y las posteriores a la del 7 de noviembre de 2012, expediente 26.124 y la del 29 de mayo de 2013, expediente 28.483, del Consejo de Estado, determinan la consolidación del concepto, pues ya se había aceptado la teoría del régimen objetivo de responsabilidad en asuntos en los que se trataba de infecciones nosocomiales, basándose en los planteamientos de las anteriores sentencias del consejero Enrique Gil Botero.

Hacia 2013, la teoría de la responsabilidad objetiva institucional abandonó definitivamente la noción de “falla del servicio”, con la sentencia del consejero Danilo Rojas Betancourth del 29 de agosto de ese año, expediente 30.283, pues se afirmó que el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla en el servicio, sino el daño antijurídico. Esto está basado en una larga argumentación en el derecho comparado que muestra una tendencia a la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud que permite que al demandante le sea suficiente demostrar que el daño se derivó de una bacteria adquirida durante su estancia en el hospital (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2013).

Esta sentencia dijo que en el caso de la responsabilidad del Estado por IACS sería el régimen de “riesgo excepcional”, entendido este como un “riesgo-álea”, ya que “esta clase de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores

imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa” frente al particular, dice la sentencia (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2013: 40-45).

Descartada la existencia de una falla probada del servicio, atribuible al Instituto de Seguros Sociales, se pregunta la Sala si la responsabilidad de la entidad demandada puede fundamentarse, tal como lo sugiere la parte actora, en un régimen de falla presunta, en virtud del cual la carga de demostrar que se adoptaron todas las medidas de asepsia, limpieza y esterilización para evitar el hecho dañoso estaría en cabeza del Instituto de Seguros Sociales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época esta posibilidad. En efecto, existen algunas pocas decisiones en las cuales esta corporación declaró que, en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tiene la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia. Así, en la sentencia del 22 de octubre de 1997, se indicó:

Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (fl. 7, cdno. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá, D. C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que, al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o la intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

[...]. A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

[...]. Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica [...] (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014d: 3-4).

En el mismo sentido, esta sentencia expuso que este riesgo no hace parte de la noción de “riesgos del desarrollo”, ya que las infecciones intrahospitalarias, a pesar de ser irresistibles desde el punto de vista fáctico, no son imprevisibles, ya que constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, por lo tanto, corresponde a los hospitales adoptar medidas para subyugar los riesgos que comporta para los pacientes, tal como lo establece el Consejo de Estado:

Las infecciones intrahospitalarias, según ya se señaló, si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2013: 30-31).

Unos años después, el mismo Danilo Rojas Betancourth analizaría este mismo concepto en la sentencia del 30 de abril de 2014, expediente 28.214, y mostró que el tema de la falla del servicio (presunta o probada) y demás factores de atribución más favorables a las entidades de salud ya se encontraban abandonados inicialmente en materia de IACS y manifestó que la teoría del riesgo excepcional —riesgo álea— era la adecuada para el tratamiento del tema⁵. Esta sentencia estableció unos elementos con los cuales

⁵ Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado se fija en el régimen de responsabilidad objetiva por la teoría del riesgo excepcional, bajo la siguiente argumentación: “La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias en efecto se encuentra apoyada por la teoría del riesgo en la modalidad de riesgo álea. Como se sabe, en esta teoría el que lo crea se le tiene por responsable o como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia, ‘el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que respon-

se configurará el elemento de daño para aplicar el régimen objetivo de responsabilidad por IACS, así:

[este] a) tuvo su origen en una infección de origen exógeno al paciente, b) fue ocasionado por una bacteria multirresistente, c) deberá resultar inevitable para la institución la producción del mismo —porque de haber sido evitable se trataría eventualmente de una falla del servicio—, esto es, la constatación de que se ha concretado el riesgo aleatorio al que están sometidos los usuarios del sistema de salud (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014a: 41).

La entidad de salud tiene que asumir el riesgo de la adquisición de una IACS no por una imputación subjetiva (culpa o dolo) al prestador de servicios de salud, sino por una “atribución general de responsabilidad”, asociada al papel que debe cumplir el Estado de prestar el servicio público de salud para garantizar dicho derecho fundamental. Finalmente, el Consejo de Estado hace un llamado a las autoridades administrativas y legislativas, en la sentencia del 30 de abril de 2014, para que tomen las medidas correspondientes para “tratar adecuadamente los remedios necesarios orientados a enfrentar conjuntamente el problema de las IACS” (Sentencia que resuelve recurso de apelación —reparación directa—, 2014b: párr. 62).

En la sentencia del 11 de junio de 2014, expediente 27.089, del magistrado Hernán Andrade Rincón, se plantea que la forma de la exoneración para la entidad demandada podría haber sido acreditar cualquiera de los eventos establecidos por la doctrina de causa extraña. Así se manifiesta en la sentencia:

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar —en este caso concreto—, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de es-

der de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa”. (Corrales-Arbeláez, 2016: 10)

tas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014b: 19).

La sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente 27.771 del consejero ponente Hernán Andrade Rincón, termina por aceptar como tesis, la posición mayoritaria del Consejo de Estado en torno a la responsabilidad objetiva adoptando la teoría del “riesgo excepcional”, propiamente en su modalidad de “riesgo álea”. Así lo manifiesta el Consejo de Estado en la referida sentencia:

[...] quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014c: 32).

La tabla que se expone a continuación marca el recorrido de la consolidación de la responsabilidad objetiva institucional en materia de IACS.

Tabla 2. Evolución de la discusión sobre las infecciones asociadas al cuidado en salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Fecha	Falla de servicio	Riesgo excepcional
	En este tipo de sentencias los consejeros entendían que le correspondía al demandante probar una falla en la prestación del servicio de salud y que por ende la entidad tenía todas las posibilidades de defensa abiertas para probar tanto la diligencia y el cuidado como la causa extraña.	En este tipo de sentencias se afirma que la responsabilidad se deriva de un riesgo álea y por ende el demandante solo deberá probar que la infección ocurrió en un ambiente hospitalario, es decir, se aligera la carga para el demandante, mientras que la entidad de salud demandada solamente se puede exonerar demostrando causa extraña, ya que la prueba de la diligencia y el cuidado no es de recibo.

Fecha	Falla de servicio	Riesgo excepcional
Oct/22/97	Exp. 11607 C. P. Carlos Betancur Jaramillo	
Nov/06/97	Exp. 11782 C. P. Carlos Betancur Jaramillo	
Ago/19/09		Exp. 17333 C. P. Enrique Gil Botero
Feb/10/2000	Exp. 11878 C. P. Alier Eduardo Hernández E.	
Feb/08/2001	Exp. 12792 C.P. Alier Eduardo Hernández E.	
Mar/25/11		Exp. 20836 C. P. Enrique Gil Botero
Jun/27/12		Exp. 21661 C. P. Mauricio Fajardo Gómez
Ago/29/13		Exp. 30283 C. P. Danilo Rojas Betancourth
Abr/30/14		Exp. 28214 C. P. Danilo Rojas Betancourth
Jun/11/14		Exp. 27089 * C. P. Hernán Andrade Rincón
Sep/10/14		Exp. 27771 C. P. Hernán Andrade Rincón
Sep/29/2015		Exp. 21774 C. P. Stella Conto Díaz del Castillo
* Se debe resaltar que la sentencia, al desarrollar los conceptos de “daño antijurídico”, “riesgo excepcional” y “justicia distributiva”, es la que más gravemente limita las posibilidades de defensa de las entidades de salud, ya que no admite el caso fortuito como una causal de exoneración, situación que sería corregida en sentencias posteriores.		

Fuente: Elaboración propia, siguiendo las pautas para la elaboración de líneas jurisprudenciales de López-Medina (2001).

Esta tabla muestra claramente que la evolución de la jurisprudencia del alto tribunal en materia de lo contencioso administrativo se ha orientado a la condena de las entidades de salud y paulatinamente ha limitado sus medios de defensa frente al tema.

Discusión

El primer punto para la discusión en torno a esta jurisprudencia es que las entidades de salud tienen la obligación tanto jurídica como bioética de disminuir los riesgos existentes de contagio por IACS y no de exterminarlas por completo, pues se les estaría imponiendo una obligación tanto jurídica como biológicamente imposible de cumplir. Si bien estas bacterias son prevenibles y controlables, no existe garantía científica de su desaparición en los centros de salud. Es decir, aun cuando se cumplen todos los protocolos de asepsia, higiene y esterilización ordenados, no es posible garantizar una erradicación absoluta de las mismas.

Es importante resaltar que la tesis del Consejo de Estado también es dominante en países como Francia, Argentina, Chile y España, en los cuales es evidente que el juez colombiano se apoya para cambiar la jurisprudencia. No obstante, se puede proponer la discusión frente a qué tan aplicables son estos argumentos para nuestro derecho interno, ya que el manejo que se le da a este tema en otros países no es a través de la responsabilidad, sino más bien de un sistema de seguridad social en el que se toman recursos del Estado destinados exclusivamente para este fin y con esto se repara a las víctimas de las infecciones nosocomiales (Corrales-Arbeláez, 2016). En este sentido, es reprochable la posición de nuestro alto tribunal, ya que parte de un presupuesto científico cuestionable, como lo es el de la posibilidad técnica de erradicación de la totalidad de las bacterias.

Igualmente, es discutible que la peligrosidad que se plantea para el riesgo álea no pase tanto por un juicio científico como ético de la condena, ya que el riesgo bacteriano constituye una peligrosidad potencial para los pacientes, incluso si la institución, desde el punto de vista clínico-científico, lo hace de la manera más responsable y conforme a la *lex artis*. De hecho, estos riesgos en nada favorecen a la entidad pública, sino que únicamente benefician a los destinatarios de la prestación de salud, lo cual muestra una descoordinación entre los presupuestos éticos y científicos con lo planteado por la tesis mayoritaria del Consejo de Estado.

Conclusiones

Desde 2009 hasta la fecha, el Concejo de Estado ha venido aceptando el régimen de responsabilidad objetivo por la teoría del riesgo excepcional en su modalidad de riesgo álea, y ha abandonado para estos casos el régimen de falla del servicio en los casos donde se presentan IACS, lo cual ha agravado sustancialmente el régimen de responsabilidad de las entidades de salud. La propuesta de un fondo solidario para la indemnización de víctimas de las IACS o el seguro obligatorio de responsabilidad médica son soluciones más loables y deben pensarse a futuro.

La conclusión más importante con respecto al tratamiento que ha dado la sección tercera del Consejo de Estado al tema de la responsabilidad estatal por infecciones asociadas al cuidado de la salud es que tal tratamiento no se compadece con la realidad económica del sector salud, pues le impone una carga a los hospitales estatales que no ha sido presupuestada y que va en absoluto detrimento de las funciones propias y de las obligaciones que sí deben cumplir este tipo de entidades, pues se deben tomar recursos que, en principio, estarían destinados a curar enfermos para el pago de indemnizaciones injustas, pues estas no surgen de la debida prueba de la imprudencia o del error médico, sino de una injusticia disfrazada de solidaridad o beneficencia.

Lo que se puede concluir, después del estudio de estos pronunciamientos jurisprudenciales, es que en el ámbito económico existe una primacía del interés particular sobre el interés general, pues los recursos que debían destinarse al tratamiento o la atención de las enfermedades de muchos tienen que ser destinados a la reparación de los daños de unos pocos y que las entidades prestadoras del servicio de salud no han causado. Las entidades estatales no tienen dolientes y por ello estas decisiones no acontecen en el derecho privado.

Otra conclusión importante es que las bacterias resistentes a los antibióticos pueden ser halladas en cualquier lugar del planeta tierra. No puede afirmarse absolutamente que las bacterias multirresistentes solamente se encuentren en los hospitales o centros de salud, pues el irracional uso que hacemos los ciudadanos de los medicamentos antibióticos y el que hacen las industrias agropecuarias nos lleva a que todos los días y por todas partes se estén viendo nuevos casos de mutaciones bacterianas.

Infectarse por una bacteria intrahospitalaria, siempre que no sea por incumplimiento de los protocolos higiénico-sanitarios, no es un daño antijurídico; es un daño que quien elige someterse al sistema de salud, para intentar curar o aliviar algún padecimiento, tendrá que estar en capacidad de soportar, pues si no lo está no debería elegir tener ningún contacto con el sistema de salud y tampoco tener la oportunidad que la ciencia médica puede brindarle. Esto es un riesgo inherente a la ciencia médica y quien se somete a sus bondades y desarrollos tendrá que asumir el paquete completo de beneficios y riesgos. Debe enfatizarse que, aunque un ciudadano elija no tener ningún contacto con el sistema de salud, de todas maneras seguirá latente el riesgo de contraer una bacteria multirresistente, ya que estas se encuentran en todos lados.

Si el paciente entrare al hospital con una enfermedad que tenga algún potencial dañino, esto es, enfermedades que puedan causar alguna lesión permanente o la muerte del mismo, se tendrá la facultad de elegir: 1) someterse al tratamiento que le pueda brindar el centro de salud, asumiendo el riesgo de adquirir una bacteria intrahospitalaria o 2) someterse a los riesgos propios de su enfermedad sin tratamiento. Esto tendrá que ser una elección del paciente y, por lo tanto, ambos riesgos tendrán que ser asumidos por el mismo. Lo anterior parte de la base de que la institución hospitalaria cumple con los protocolos de sanidad: si los incumpliera y el paciente resultara infectado en esta institución, estaríamos evidentemente en el escenario de una falla del servicio imputable a la entidad.

No se quiere, con lo mencionado en este escrito, llegar al absurdo de que las entidades prestadoras del servicio de salud no respondan por las faltas de cuidado en el control (o disminución) de las bacterias existentes en sus instalaciones. Tampoco se pretende que las víctimas que han sido infectadas con bacterias intrahospitalarias, habida cuenta de las negligencias cometidas por los prestadores del servicio de salud, no sean reparadas por ausencia de la compleja prueba del incumplimiento de los protocolos médico-sanitarios.

Por lo anterior, lo que se propone es que la institución procesal menos lesiva para ambos extremos, en los casos de responsabilidad estatal por IACS, sería acoger el régimen de falla del servicio presunta, de tal manera que a la parte demandante le corresponda acreditar que sufrió un daño como consecuencia de una bacteria intrahospitalaria y a la entidad demandada



le corresponda, para exonerarse, acreditar que cumplió con todos los protocolos de control de bacterias. También podrá la entidad, para exonerarse de responsabilidad, demostrar cualquiera de los eventos de causa extraña, a saber: caso fortuito, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

Referencias

- Casado-González, M. (2002). ¿Por qué bioética y derecho? *Acta Bioethica*, 8(2), 183-193. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2002000200003>.
- Castro-Gómez, S. (2011). *Critica de la razón latinoamericana*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Corrales-Arbeláez, F. J. (2016). *Una concepción diferente respecto de la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales*. Trabajo de grado para obtener título de Abogado. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Gil Botero, E. (2013). *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del Estado* (vol. 1). Bogotá: Temis.
- Organización Mundial de la Salud (2005). *Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica*. (G. Duce, J. Fabry y L. Nicolle, eds.). Malta.
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, C. P. Enrique Gil Botero, 9 de mayo de 2012).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 25000 2326 000 2001-01343 01 (30283) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C. P. Danilo Rojas Betancourth, 29 de agosto de 2013).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 250002326000200101960 01 (28214) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C. P. Danilo Rojas Betancourth, 30 de abril de 2014a).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 25000-23-26-000-1998-02268-01(27089) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, 11 de junio de 2014b).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 250002326000199511369 01 (27771) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, 10 de septiembre de 2014c).

Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 250002326000199613709 01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, 25 de junio de 2014d).

Rodríguez Pérez, A. U. y Sánchez Santos, L. (2004). Infección nosocomial. Algunas consideraciones éticas en el diagnóstico microbiológico. *Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1561-30032004000300007&script=sci_arttext&tlng=pt.

 Universidad Pontificia Bolivariana	SU OPINIÓN	
<p>Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía e-mail a editorial@upb.edu.co Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.</p>		

Esta obra se publicó
en archivo digital en el mes
de agosto de 2019.