

LUIS FERNANDO PAEZ DIAZ

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR INFECCIONES
ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS).**

**(Maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en
Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado
2016-2017)**

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD CON
ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y
EXTRACONTRACTUAL CIVIL Y DEL ESTADO 2016-2017**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Secretaria general: Dra. Martha Hineirosa Rey.

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Director Departamento de
Derecho Civil: Dr. Felipe Navia Arroyo

Presidente de Tesis: Dr. Felipe Navia Arroyo

Director de Tesis: Dra. Milagros Koteich Khatib

Examinadores: Dr. Diana Carolina Rivera

Dr. Hector Patiño Dominguez

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vi
CAPITULO I	
CRITERIOS QUE HAN FUNDAMENTADO LA APLICACIÓN DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA	1
1.1 Principio de solidaridad.....	1
1.2 Principio de igualdad.	13
1.3 Principio de equidad	22
1.4 Criterio del riesgo.....	34
1.5 Reflexión final del Capítulo I.	50
CAPÍTULO II	
DAÑOS DERIVADOS DE INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD.	52
2.1 Concepto de infecciones asociadas a la atención en salud.....	52
2.2 Daños o perjuicios derivados de las infecciones asociadas a la atención en salud según la tipología daño material e inmaterial manejada por las altas cortes.	61
2.3 Medidas preventivas para evitar daños provenientes del contagio y desarrollo de infecciones asociadas a la atención en salud.	90
CAPÍTULO III	
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA QUE DEBERÍA APLICARSE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A LOS EVENTOS DE DAÑOS DERIVADOS DE IAAS.	98
3.1 Derecho comparado	98
3.1.1 Francia	98
3.1.2 Argentina	99
3.1.3 Chile	102
3.1.4 España	104

3.2 Régimen de responsabilidad jurídica aplicable en las altas cortes a los eventos de daños derivados de infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS).	107
3.2.1 Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo – sección tercera.....	107
3.2.1.1 Régimen subjetivo.....	107
3.2.2 Corte Suprema de Justicia	119
3.2.2.1 Régimen subjetivo de culpa probada	119
3.3 Régimen de responsabilidad jurídica que debería aplicarse a los eventos de responsabilidad médica por daños derivados de infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS).....	123
3.3.1 Argumento Histórico - Jurisprudencial.....	124
3.3.2 Argumento Teórico - Dogmático.....	129
3.3.3 Argumento normativo	141
3.3.4 Argumento económico.....	142
3.4 Reflexión final de capítulo.....	147
CONCLUSIONES	153
EPÍLOGO.....	155
BIBLIOGRAFIA	156

Dedicatoria

A mis padres, por su apoyo; a mis maestras Dra. Milagros Koteich Khatib y María Cecilia M'Causland Sánchez por sus enseñanzas y orientación; a la Dra. Martha Lucía Neme sin cuya guía hubiese sido imposible dar una estructura a esta investigación; a Laura Melo y Miguel Muñoz, por su hospitalidad; y a la única y verdadera democracia que ha conocido la humanidad: La de la Atenas del Siglo V a.c.

INTRODUCCIÓN

¿De qué manera ha sido escrita esta tesis? Ha sido escrita con un estilo que rompa barreras, límites fatuos e innecesarios. Los límites entre la medicina y el derecho. Si la medicina no es una ciencia sino un conjunto de ciencias: Histología, bacteriología, anatomía, fisiología, farmacología, etc.¹ ¿Qué razones hay para impedir que a ella se sume la ciencia jurídica? ¿Acaso no puede el jurista acercarse a la medicina? Responder negativamente a estas preguntas bajo el pretexto del carácter *técnico* y *exclusivo* de cada disciplina sería asumir una posición elitista frente al asunto. De hecho, dentro de cada ciencia puede llegar a existir tal grado de especialización y subespecialización, que quien la cultiva suele perder la visión general de la misma, cuando es esa visión lo verdaderamente digno de los hombres de ciencia.² Con acierto manifestaba el filósofo José Ortega y Gasset:

*“Para progresar, la ciencia necesitaba que los hombres de ciencia se especializasen. Los hombres de ciencia, no ella misma. La ciencia no es especialista. Ipso facto dejaría de ser verdadera. [...] Ella [Una historia de las ciencias físicas y biológicas] haría ver cómo, generación tras generación, el hombre de ciencia ha ido constriñéndose, recluyéndose, en un campo de ocupación intelectual cada vez más estrecho. Pero no es esto lo importante que esta historia nos enseñaría, sino más bien lo inverso: cómo en cada generación el científico, por tener que reducir su órbita de trabajo, iba progresivamente perdiendo contacto con las demás partes de la ciencia, con una interpretación integral del universo, que es lo único merecedor de los nombres de ciencia, cultura, civilización europea”.*³

Esta *barbarie del especialismo*,⁴ expresión acuñada por el filósofo citado, es el acto de la más soberana crueldad contra el hombre pensante, es decir, contra el

¹ Conforme a estas definiciones, la medicina como ciencia [el autor define a la medicina como la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano], ésta concierne al acervo de saberes en los que abrevamos los médicos en nuestra fase inicial: anatomía, histología, bacteriología, fisiología, farmacología y todas las otras materias que tuvimos que cursar, como conocimientos básicos, antes de iniciar nuestros estudios en las materias de Patología y Clínica: para saber cómo prevenir y curar enfermedades que aquejan a los seres humanos. VEGA FRANCO, Leopoldo. ¿Qué es la medicina?: ¿Una ciencia? ¿Un arte? ¿o un oficio? (What’s medicine: a science, an art or a craft?). México D.F.: Revista Mexicana de Pediatría, Vol. 78, No. 3, mayo – junio 2011, pp 99 -101. [En línea]. Recuperado en 2019-01-15. Disponible en: <https://bit.ly/2a6GE9e>

² ORTEGA Y GASSET, José. LA REBELIÓN DE LAS MASAS. Barcelona (España): AUSTRAL, 2014, p. 172, ISBN: 978-84-670-3353-3.

³ *Ibíd.*

⁴ Término que emplea Ortega y Gasset para referirse a la progresiva especialización científica que experimenta el hombre de ciencia actual hasta convertirlo en el prototipo del hombre-masa, en un bárbaro

verdadero hombre de ciencia. Ahora bien, si dentro de su propia disciplina el hombre ha perdido ese vínculo general con sus demás partes, ¿Qué podrá decirse de su relación con las otras ciencias a las que, ya no por curiosidad, sino por exigencia de la realidad misma, ha de volcar su mirada? ¿O es que fue la curiosidad, y no la necesidad, la que provocó que el derecho se interesase por el ejercicio adecuado de la práctica médica?

Lo dicho no significa que los jueces y juristas deban hacerse médicos y los médicos abogados. No, sino que el jurista está obligado a instruirse, a indagar, a saber más sobre la ciencia o técnica en que se ubica el asunto generador de controversia. Y el médico, por su parte, ha de adquirir mayor conciencia sobre las consecuencias y responsabilidades que se derivan de su inapropiado ejercicio profesional.

Este deber de instrucción no es en modo alguno una intromisión temeraria en la “ciencia de otro”, primero porque el conocimiento no se puede parcelar a manera de propiedad privada, y segundo, porque el lenguaje de los principios, de los que necesariamente debe partir cualquier ciencia, irremisiblemente ha de ser claro y accesible a la luz natural de los hombres, pues de lo contrario, dejarían de ser principios. De ahí que el primer acto de corrupción, voluntario o no, aunque en todo caso inexcusable, que se puede cometer en cualquier disciplina es el de intentar amojonar el conocimiento con el lenguaje criptográfico propio de los peripatéticos. Esta condena ha provenido, en diferentes siglos, de los espíritus más iluminados como para permitirme dudar de su veracidad. Así, Helvetius anotaba:

*“Descartes había dicho ya, antes de Locke, que los peripatéticos, escudados detrás la oscuridad de las palabras, eran bastante parecidos a los ciegos que, para hacer el combate de igual a igual, llevaban a un hombre con buena vista a una caverna oscura: que este hombre, añadía, sepa dar luz a la caverna, que fuerce a los peripatéticos a asociar ideas claras a las palabras que usan, y su triunfo estará asegurado. Partiendo de Descartes y Locke, probaré que en metafísica y moral el abuso de las palabras y la ignorancia de su verdadero significado es, si se me permite la expresión, un laberinto en el que los mayores genios se han extraviado a menudo”.*⁵

moderno. ORTEGA Y GASSET, José. LA REBELIÓN DE LAS MASAS. Barcelona (España): AUSTRAL, 2014, p. 171, ISBN: 978-84-670-3353-3.

⁵ HELVÉTIUS, Claude-Adrien. Del espíritu. Traducido por: José Manuel Bermudo. Unión Europea: EDITORIAL LAETOLI, 2012, p. 131, ISBN: 978-84-92422-54-8

Y el doctor Arturo Schopenhauer expresaba frente a la filosofía universitaria de su tiempo:

“Me refiero a la pícara argucia de escribir oscura, es decir, incomprensiblemente; con lo que la verdadera artimaña está en disponer su galimatías de tal modo que el lector tenga que creer que si no lo entiende es debido a él, mientras que el escritor sabe muy bien que se debe a él mismo, ya que no tiene nada verdaderamente comprensible, es decir, claramente pensado, que comunicar. Sin esa argucia los señores Fichte y Shelling no habrían podido poner en pie su pseudofama. Mas es sabido que nadie ha practicado la misma argucia tan descaradamente como Hegel. (...)”⁶

Si lo simple es el sello de lo verdadero,⁷ y la claridad un principio de moral, sean estos los signos distintivos de la presente tesis, cuyo propósito es responder a la pregunta: ¿Debería aplicarse en el ordenamiento jurídico colombiano un régimen objetivo de responsabilidad a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud? Interrogante que se abordará a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera del Consejo de Estado, en particular de esta última autoridad judicial, que actualmente emplea el régimen objetivo del riesgo en la hipótesis estudiada.

A fin de cumplir con el objetivo trazado, la presente investigación abordará la materia en tres (3) capítulos: Dos secundarios —Si se autoriza la expresión—, de naturaleza eminentemente dogmática, pero cuya exposición es necesaria para la cabal comprensión del tercero, y uno principal, de índole teórico-práctico, en el cual se resuelve la pregunta problema y se proponen soluciones.

El primer capítulo (I) estará dedicado a los principios constitucionales, y a la manera en que estos han sido empleados como fundamento de aplicación de regímenes objetivos de responsabilidad. También se abordará el estudio del criterio del riesgo como fundamento de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que, a la fecha, la Sección Tercera del Consejo de Estado acude a él como título de imputación jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado por Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), anteriormente conocidas como nosocomiales.

⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. Parerga y Paralipómena. Traducción, introducción y notas de Pilar López de Santa María. Tomo I. Editorial TROTTA S.A., 2006, p. 188 y 189, ISBN: 978-84-9879-115-0 (Volumen I).

⁷ Adagio Latino.

El segundo capítulo (II) girará entorno al concepto de Infección Asociada a la Atención en Salud (IAAS), sus factores de riesgo y clasificación, atendiendo a su origen y frecuencia. Abordará así mismo los daños derivados de este tipo de infecciones a la luz de la tipología de daño material e inmaterial manejada por las altas cortes y, finalmente, se expondrán las medidas preventivas que suelen utilizarse para evitar su ocurrencia.

El tercer capítulo (III), o capítulo principal, dará respuesta al planteamiento formulado, examinando primero el tratamiento de la materia en el derecho comparado, verificando a reglón seguido el estado de la cuestión en las dos altas cortes (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado – Sección Tercera), para finalmente brindar una posición crítica frente a la manera en que la máxima autoridad judicial de lo contencioso administrativo viene resolviendo el asunto. Dicha posición comprenderá cuatro (4) tipos de argumento: **1)** Uno histórico; **2)** otro dogmático; **3)** uno normativo y **4)** otro económico.

En algunos capítulos se hará una reflexión final sobre los temas abordados, exponiéndose la importancia de lo dicho a partir de posiciones filosóficas, pero también jurídicas, como en el caso del capítulo tercero (III). Por último, se ofrecerán las conclusiones.

CAPITULO I

CRITERIOS QUE HAN FUNDAMENTADO LA APLICACIÓN DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1.1 Principio de solidaridad.

Ampliamente conocida, es la clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios⁸. Así mismo, también ha tenido amplia acogida la definición que de estos últimos ha dado el jurista alemán Robert Alexy, entendiéndolos como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, atendiendo a sus posibilidades fácticas y jurídicas, y estando determinadas estas últimas por las reglas y principios que jueguen en sentido contrario al principio cuya aplicación se pretende.⁹ Pues bien, lo primero que debe decirse de la solidaridad es que corresponde a esta noción de principio y que, además, es principio fundante del Estado social de derecho, tal como lo señala el artículo 1º de la Constitución Política:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”¹⁰

En segundo lugar, la solidaridad, como tercer pilar fundacional del Estado social de derecho — además de la dignidad humana y el trabajo — es un principio que *“apunta a las obligaciones que se imponen al Estado y a la sociedad frente a las personas que por razones individuales o estructurales, no están en condiciones de satisfacer de manera autónoma sus requerimientos vitales”*.¹¹ No obstante lo anterior, al tratarse de un principio orientador del gasto público social y ostentar el

⁸ ALEXY Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas en San Sebastián en septiembre de 1988. [En línea]. Recuperado en 2018-10-02. Disponible en: <https://bit.ly/2QoljKY>

⁹ *Ibídem*.

¹⁰ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 1º.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del cuatro (4) de noviembre de dos mil nueve (2009). Exp. D-7668. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

doble carácter de derecho/deber y fundamento de responsabilidad del Estado, el contenido y alcance de su definición tendrán una dimensión diferente en cada caso particular.¹²

Ahora, pese a su carácter fundamental, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el principio de solidaridad no tiene un carácter absoluto o ilimitado, ni se superpone a los demás principios, valores y objetivos constitucionales que componen el Estado social de derecho, los cuales, inclusive, pueden restringirlo mas no eliminarlo.¹³ Aclaración que queda sobrando si se tiene en cuenta que por definición ningún principio puede ser retirado del ordenamiento jurídico, ya que no admiten excepción sino ponderación, la cual solo puede llegar a determinar su inaplicabilidad al caso concreto.¹⁴

Tomada como deber, la solidaridad es considerada por la Constitución Política como uno de los deberes de la persona y el ciudadano, que se traduce en responder “*con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*”.¹⁵ Entendimiento que se evidencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando al examinar el Decreto 444 de 1993 — Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas — señala que:

*“Tanto el principio de la solidaridad, el cual a su vez, es un deber, como el derecho a la igualdad, con la consiguiente discriminación positiva, para el logro de la verdadera igualdad, son el fundamento constitucional para que el Estado a través de normas como las que se revisan, conceda una asistencia humanitaria especial a las víctimas de los actos de violencia y maldad, ejecutados por las organizaciones guerrilleras y la delincuencia organizada [...]”*¹⁶

¹² PIMIENTO, Julián Andrés. RESPONSABILIDAD O SOLIDARIDAD. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Público No. 36, enero-junio de 2016. E-ISSN 1909-7778, p. 1-43.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del veintiseis (26) de octubre de dos mil cuatro (2004). Exp. D-5187. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

¹⁵ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 95 – 2.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Exp. R.E. – 038.M.P. Antonio Barrera Carbonel.

Desde la perspectiva del gasto público social se ha dicho que:

“Si es obligación de todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, se hayan convertido o no en Entidades Promotoras de Salud -EPS-, de participar "en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía", no encuentra la Corte justificación constitucional alguna para establecer un privilegio en favor del Fondo de Previsión Social del Congreso, lo cual vulnera no sólo el principio de solidaridad sino también el de la igualdad. Recuérdese que los fondos de solidaridad se crearon con el fin de subsidiar y financiar los servicios básicos de salud y seguridad social de los grupos de población más débiles, vulnerables y desprotegidos del país, y se financian no sólo con recursos públicos sino también con los aportes de los trabajadores. En consecuencia, no existe justificación alguna para eximir a los congresistas, empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso del deber general de solidaridad, vinculante para todos los colombianos.”¹⁷

Hecha esta breve, pero necesaria introducción de la solidaridad como principio, se aterriza así a la cuestión que se busca resolver en el presente acápite ¿De qué manera ha fundamentado el principio de solidaridad la responsabilidad patrimonial del Estado, particularmente desde los títulos objetivos de imputación?

Para responder apropiadamente a esta pregunta se debe distinguir, como lo hace el doctor Julián Andrés Pimiento Echeverri en su artículo “*RESPONSABILIDAD O SOLIDARIDAD. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO*”, entre el uso del principio de solidaridad en relación con los elementos de la responsabilidad, y su empleo como fundamento mismo de la responsabilidad patrimonial del Estado.¹⁸

Obviando la confusión constante en la que ha incurrido el Consejo de Estado al identificar daño con daño antijurídico, y a este con el daño especial,¹⁹ se tiene que

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del cuatro (04) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Exp. D - 1742 – 038.M.P. Andrés Caicedo Cruz.

¹⁸ Existen [...] unos usos propios del principio de solidaridad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, generados por el propio Consejo de Estado en la construcción de su jurisprudencia. Los usos a los que se hace referencia tienen que ver con los elementos de la responsabilidad (1) o con el fundamento mismo de la responsabilidad (2). PIMIENTO, Julián Andrés. *RESPONSABILIDAD O SOLIDARIDAD. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Público No. 36, enero-junio de 2016. E-ISSN 1909-7778, p. 1-43.

¹⁹ Así por ejemplo, en sentencia del 2 de marzo de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que: “Tratándose de una situación como la mencionada, considera la Sala que el daño será antijurídico cuando en virtud de él resulte roto el equilibrio frente a las cargas públicas, es decir, cuando, dada su anormalidad, implique la imposición de una carga especial e injusta al concripto o a sus familiares en relación con las demás personas”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO

el Alto Tribunal ha empleado el principio de solidaridad como elemento determinante de la antijuridicidad del daño, fundamentándose para el efecto en jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“De igual manera, la jurisprudencia constitucional [Sentencia C-333 de 1996] considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución””.*²⁰

Igual razonamiento se observa en la sentencia del 06 de mayo de 2015 en la que también se concluye:

*“Debe quedar claro que es un concepto [El de daño antijurídico] que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos””.*²¹

En relación con el elemento de la imputación, el Consejo de Estado ha sostenido que la teoría del daño especial, con fundamento sólido en los principios de equidad y solidaridad, constituye uno de los factores objetivos de atribución de responsabilidad estatal.²² Afirma así mismo, que el daño especial se erige como la herramienta que permite imputar, “desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza”, el daño causado a la actividad lícita del Estado, debiendo este, con fundamento en el principio de solidaridad, reequilibrar las cargas públicas quebrantadas con su proceder activo u omisivo.²³

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente: (11401). (11, marzo, 2000). M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 25000-23-26-000-1998-00565-01 (34791). (2, febrero, 2016). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

²¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326). (6, mayo, 2015). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

²² *Ibidem*.

²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-24-000-1994-00332-01 (20835). (7, julio, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

También en sentencia del 12 de junio de 2014 señaló:

“El régimen del daño especial, de naturaleza objetiva, es de aplicación excepcional, fundamentado en la equidad y la solidaridad, en el que se reparan los daños que tienen la característica de ser anormales y excepcionales, y que los ciudadanos no tienen la obligación de soportar en cuanto se les impone una carga desigual. (...) al acreditarse suficientemente la ocurrencia de un daño antijurídico, que las personas no tienen el deber jurídico de soportar, lo procedente es ordenar su reparación, en aplicación de los principios de solidaridad y equidad que deben gobernar las relaciones de los ciudadanos en un Estado social de derecho.”²⁴

Sin más preámbulos, debe entrarse entonces a estudiar de qué manera ha fundamentado el principio de solidaridad la responsabilidad extracontractual del Estado, concretamente desde los regímenes objetivos de responsabilidad. Recién expedida la constitución política de 1991, el Consejo de Estado no tardó en sostener, erradamente por cierto, que a partir del artículo 90 superior la responsabilidad estatal se había tornado “en grado sumo objetiva”, ya que la falla había dejado de ser su fundamento único;²⁵ y justamente en virtud de esa objetivación es que resulta posible explicar la multiplicidad de casos en los que procede la reparación de daños causados por la actividad lícita del Estado, sobre la base filosófica del principio de solidaridad recogido en el artículo 1º constitucional.²⁶

²⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 25000-23-26-000-2001-02808-01 (28644). (12, junio, 2014). M.P. OLGA MELIDA VALLE DE LA OZ.

²⁵ Se dice “erradamente” porque ni antes ni después del año 91 la falla ha sido el fundamento único de la responsabilidad del Estado. En efecto, ya en el año 84 se había declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría del riesgo “excepcional” por los daños que provocó la caída de un cable de conducción de energía eléctrica en un predio del demandante, causando la muerte y lesiones a algunos semovientes de su propiedad (CE, Sección Tercera, exp. 2744, 22/02/1984). De igual forma, desde la célebre sentencia del 29 de julio de 1947 (Sentencia del periódico El Siglo S.A.) se había condenado a la Nación con fundamento en el régimen objetivo del daño especial; teoría que también es aplicada en sentencias del 23 de mayo de 1973 (Exp. No. 973), del 28 de octubre de 1976 (Exp. No. 1482) y del 11 de abril de 1978 (Exp. No. 1567). La responsabilidad tampoco se ha tornado más o menos objetiva, pues la falla del servicio nunca ha dejado de ser el régimen general de la responsabilidad del Estado, ni el riesgo excepcional y el daño especial regímenes excepcionales y subsidiarios.

²⁶ No hay duda de que a partir del artículo 90 de la nueva constitución, la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero ibídem, cuando afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 6784. (22, noviembre, 1991). M.P. JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

Idéntico razonamiento se observa en sentencia del 26 de noviembre de 1992, oportunidad en la que se condenó al Estado por los daños que sufrió el demandante en un inmueble de su propiedad y que había arrendado a la entidad pública demandada, a raíz de un incendio ocurrido en la casa vecina.²⁷ El Consejo de Estado argumentó que a partir del artículo 90 superior la responsabilidad dejó de fijarse en la conducta del autor del daño, para centrarse en la víctima del mismo, por lo que más que castigarse la acción u omisión administrativa, lo que se busca es reparar el daño causado;²⁸ es esto, según la alta corporación de justicia, lo que explica que en muchos eventos el Estado deba responder por los daños ocasionados a pesar de haber obrado lícitamente, hallando la responsabilidad su fundamento filosófico en el principio de solidaridad contemplado en el artículo 1º constitucional.²⁹

Bajo similares argumentos se resolvieron los casos de un operario de maquinaria pesada que murió electrocutado por no habersele proporcionado el entrenamiento correcto, y el de los perjuicios sufridos por una persona por haberse inundado un predio de su propiedad a raíz del rompimiento del canal del dique en el atlántico.³⁰ Ahora, en opinión del tesista, estas providencias sobresalen no solo por acudir al principio de solidaridad como fundamento directo de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino por hacer caso omiso de un verdadero ejercicio de imputación, es decir, un análisis en el que se verifique la atribución fáctica del daño a la conducta activa u omisiva del Estado, haciéndose una suerte de elipsis o preterición de la misma al conjugar únicamente el daño antijurídico y la solidaridad.

En el marco de la violencia que ha sufrido el país, sobresale la sentencia que condenó al Estado por los daños causados por la explosión de un carro bomba frente al edificio del ya extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS),

²⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 7130. (26, noviembre, 1992). M.P. JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

²⁸ *Ibídem*.

²⁹ *Ibídem*.

³⁰ En un primer momento, la jurisprudencia consideró que los regímenes objetivos de responsabilidad, es decir, la responsabilidad sin falta o sin culpa, se fundamentaban en el principio de solidaridad [...] dicho razonamiento se encuentra reiterado en idénticos términos en numerosos pronunciamientos de la época por la electrocución de un operario de maquinaria pesada a quien no se le había proporcionado el entrenamiento adecuado (CE, Sección Tercera, exp. 7117, 30 de julio de 1992), o los perjuicios ocasionados en un predio de una persona por el rompimiento del canal del dique en el Atlántico (CE, Sección Tercera, exp.6784, 22/11/1991). PIMIENTO, Julián Andrés. RESPONSABILIDAD O SOLIDARIDAD. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Público No. 36, enero-junio de 2016. E-ISSN 1909-7778, p. 1-43.

con el propósito de atentarse contra la vida del director de dicha entidad en aquella época; en esa oportunidad se dijo:

“La solidaridad, finalmente, demanda de cada una de las personas un altruismo universal, para no ver a los semejantes sólo como miembros de un determinado grupo secta [sic], y un altruismo peligroso, para tener el valor de sacrificar la vida y los bienes por los que están en grave riesgo de perderlo todo”³¹

En este mismo contexto,³² se destaca el caso de una menor que resultó gravemente herida tras la explosión de una granada que ingresó en el inmueble en el que se hallaba, y que fue lanzada en el marco de un enfrentamiento armado entre agentes de la policía nacional y sujetos que operaban al margen de la Ley.³³ En esta ocasión, la argumentación del Consejo de Estado fue riquísima en cuanto a encontrar en la solidaridad el fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que a continuación se transcriben varios de sus apartes:

“Esta teoría [La del daño especial], con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación del Estado. (...)”

(...) A partir de ese momento [De la sentencia del 29 de julio de 1947] esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado. (...).

(...) Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social –y por ende redistributivo–, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. (...).

(...) En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real a uno de los valores

³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 8577. (23, septiembre, 1994). M.P. JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

³² El de la violencia que ha experimentado el país.

³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 050001-23-26-000-1991-06081-01 (16.696). (03, mayo, 2007). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

*fundacionales del Estado moderno: la justicia material, principio sobre el cual la Corte Constitucional refirió: (...).*³⁴

Con precisión aún mayor, en sentencia del 07 de julio de 2011, la Alta Corporación de Justicia identificó a la equidad y a la solidaridad como base de la teoría del daño especial, la cual se encuadra dentro de los criterios objetivos de atribución de responsabilidad estatal.³⁵ También, en sentencia del 06 de diciembre de 2013, se encontró probada la responsabilidad de la Policía Nacional por los perjuicios que sufrió una de sus enfermeras al hallarse inmersa en medio de una confrotación armada mientras prestaba su servicio asistencial a los heridos; en dicha ocasión se dijo:

*“Cabe en este caso, en consecuencia, acudir a la equidad y la solidaridad para restablecer a la actora en sus derechos a la convivencia pacífica y al orden justo y así mismo exigir de las autoridades la protección de su integridad física y moral”.*³⁶

Y es que el poder que se le ha atribuido a principios como el de solidaridad, para fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado, ha llevado incluso a algunos juristas a restarle importancia a los títulos jurídicos de imputación y a los elementos mismos de la responsabilidad; sobre el particular, resultan llamativas las palabras del maestro Camilo Alfredo D’Costa Rodríguez cuando sostiene que:

*“La doctrina contemporánea, la jurisprudencia constitucional y la contencioso administrativa en muy puntuales providencias han destacado cuál debe ser el papel que cumplen los principios y valores constitucionales dentro del ordenamiento, por lo cual, **más allá de establecer la responsabilidad a partir de títulos jurídicos de imputación**, es imperioso rescatar que los principios constitucionales de dignidad humana, solidaridad e igualdad resultan ser, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente, los encargados de fundamentar y reconocer la responsabilidad del Estado por los daños causados a las personas, como consecuencia de un atentado terrorista, **pues mal puede entenderse que la [sic] obligaciones del Estado de garantizar la vida honra y bienes de las***

³⁴ *Ibídem.*

³⁵ “El acervo probatorio aporta seguridad inconcusa sobre la intención de los autores del acto terrorista: atacar a la Policía Nacional y a la institucionalidad que representa, esto es, al Estado (...) Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos de imputación de responsabilidad estatal con los que se ha enriquecido este catálogo [...] En cuanto el acto terrorista se dirige contra la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Expediente 20835. (07, julio, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

³⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Expediente 29081. (06, diciembre, 2013). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

personas quede en entredicho al no lograrse configurar los elementos objetivos que dan lugar a la responsabilidad, desdibujando el papel de la persona como fin último del Estado y de cualquier relación jurídica.³⁷

Lo que en pocas palabras significa que puede haber responsabilidad del Estado pese a la ausencia de títulos jurídicos de imputación (Falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional) y aunque no se logren reunir los elementos estructurales que la configuran; afincándose la condena en la ineludible existencia de un daño y en el principio constitucional que el juez considere ajustado a las circunstancias del caso concreto. Apreciaciones todas estas que no se comparten pues si bien puede haber imputación jurídica sin que exista imputación fáctica — como en el caso de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos no emancipados—, jamás puede prescindirse de la imputación jurídica, ya que el juez siempre debe echar mano de un título jurídico de imputación, sea subjetivo u objetivo. Tampoco puede, ni debe acudirse a los principios jurídicos como fundamentos autónomos de responsabilidad sino de manera complementaria y, finalmente, no se puede homologar u omitir ninguno de los elementos que estructuran la responsabilidad o de lo contrario no podrá hablarse de ella.

Sobre la diferencia entre imputación fáctica y jurídica resulta ilustrativo un artículo del jurista Hector Patiño que se titula: *“El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad”*.³⁸ En él se analiza la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera y se anota que, según ella *“(…) el análisis de la imputación requiere abordar dos niveles, a saber: uno fáctico (imputatio facti) y otro jurídico (imputatio iure). Solo de esta manera, se sostiene, se podría cumplir con la finalidad de la imputación, cual es establecer un fundamento normativo para endilgarle a una persona la obligación de reparar un daño”*.³⁹

En cuanto a la imputación fáctica, luego de una detallada síntesis jurisprudencial, Patiño llega a tres conclusiones que ofrecen una visión general y acertada de la misma:

³⁷ D’COSTA RODRÍGUEZ, Camilo Alfredo. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO EN COLOMBIA. Tesis de maestría Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. 2011. 138 p.

³⁸ PATIÑO DOMÍNGUEZ, Hector Eduardo. El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 165-180

³⁹ *Ibídem*.

“3) La imputación fáctica se puede realizar partiendo de una acción o de una omisión. Cuando el daño deriva de una acción de la autoridad pública, se acude a la comprobación del nexo de causalidad por medio del análisis de la teoría de la causalidad adecuada.

4) Pero cuando el daño deriva de una omisión o de un hecho violento causado por un tercero, la imputación fáctica no se estructura haciendo juicios de causalidad, sino realizando valoraciones estrictamente jurídico-normativas, con lo que se ha abierto paso a aplicar los criterios de imputación objetiva que han permitido estructurar imputaciones fácticas a partir de la transgresión de normas constitucionales como, por ejemplo, el artículo 2º de la Constitución.

5) En estos eventos de omisión, se abandona la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada **que venía siendo aplicada de forma acertada por la jurisprudencia, en la medida en que se analizaba la previsibilidad de ocurrencia del daño y las probabilidades efectivas que tenía la autoridad pública para evitarlo de haber actuado.**⁴⁰ (Negrillas del tesista)”.

Y frente a la imputación jurídica, señala que se trata de un segundo nivel de imputación dentro del cual “se realiza el estudio del fundamento del deber de reparar, esto es, analizar si en el caso concreto la autoridad pública demandada puede ser declarada responsable, de acuerdo con los títulos de imputación desarrollados y aceptados en forma pacífica por el juez en materia de responsabilidad del Estado.”⁴¹ Títulos de imputación que no son otros que los de falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial. Ahora bien, continuando con la crítica formulada, vale la pena preguntarse: sino hay imputación jurídica ¿Cuál sería entonces el fundamento al deber de reparar? ¿Los principios constitucionales?

Retornando a la jurisprudencia de la Sección Tercera, resulta igualmente ilustrativo el caso de un señor que falleció al recibir un disparo mientras transitaba por la vía Bogotá-Villavicencio, al quedar inmerso en un enfrentamiento armado entre el ejército nacional y miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).⁴² El Consejo de Estado concluyó que, pese a no haber existido falla del servicio, pues el ejército actuó en cumplimiento de su deber de proteger el orden público en el territorio nacional, debía condenarse al Estado en aplicación del régimen objetivo del daño especial, cimentado en la equidad y la solidaridad, a

⁴⁰ PATIÑO DOMÍNGUEZ, Hector Eduardo. El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 165-180

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 25000-23-26-000-2001-02808-01 (28644). (12, junio, 2014). M.P. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

fin de reparar los daños anormales y excepcionales que al imponer cargas desiguales a los ciudadanos, estos no tienen la obligación de soportar.⁴³ Finalmente, remata diciendo que en estos casos procede la reparación pues:

“Aunque el Ejército tenía la obligación constitucional y legal de hacer frente a los subversivos, la muerte del señor [...] es un daño que los demandantes no están obligados a soportar y por ello deben ser indemnizados atendiendo a los criterios de solidaridad y equidad como fundamento del régimen del daño especial.”⁴⁴

En lo que atañe a la responsabilidad del Estado por atentados terroristas enderezados directamente contra sus instituciones, la Alta Corporación de Justicia ha sido explícita al sostener que en tales eventos *“El Estado se encuentra llamado a responder dada la necesidad de dar cumplimiento a los cometidos constitucionales de solidaridad y equidad con sus ciudadanos”*,⁴⁵ manifestando también que aun cuando no se logre evidenciar falla en el servicio, las responsabilidades estatales hallarán su fundamento *“(...) en el daño sufrido por la víctima en tanto que ha considerado que el padecimiento de ese daño desborda el equilibrio de las cargas públicas y rompe con los principios de solidaridad y equidad.”*⁴⁶

De igual forma, en sentencia del 14 de mayo de 2014, al examinar la responsabilidad del Estado por los perjuicios que sufrió el demandante en un inmueble de su propiedad, en virtud de una toma guerrillera, la Sección Tercera señaló:

“Es la ruptura del equilibrio [sic] las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado social de derecho, — y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional — resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se ha visto afectados con el despliegue de un acción desplegada por grupos armados insurgentes.”⁴⁷

⁴³ *Ibídem.*

⁴⁴ *Ibídem.*

⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 19001-23-31-000-1999-00815-01 (21515). (12, junio, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

⁴⁶ *Ibídem.*

⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 52-001-23-31-000-2002-00257-01 (28618). (14, mayo, 2014). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Anotando además que:

*“(…) el tratamiento que se pueda dar al hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y logro de la paz; instrumento que permita la aplicación de la justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto”.*⁴⁸

Recientemente, en sentencia del 20 de junio de 2017, el Consejo de Estado resolvió un caso en el que se debatía la responsabilidad de la Nación por los daños y perjuicios que sufrió una niña y su madre tras ser alcanzados por la onda explosiva que provocó el estallido de un carro bomba en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, por órdenes del cartel de Medellín.⁴⁹ En esta ocasión, el Consejo de Estado disertó en los siguientes términos:

“No obstante, en el marco del Estado social de derecho ninguna víctima puede, bajo ningún motivo, quedar desamparada de la sociedad y de su representante legítimo el Estado. Si bien los daños producidos por un acto terrorista, planeado, ejecutado y dirigido exclusivamente por actores no estatales y cuyo móvil no fue algún objetivo estatal, les corresponde al Estado y a la sociedad con fundamento esencial en el principio de solidaridad acudir en su auxilio y desplegar acciones humanitarias ante situaciones infortunadas que desplazan a las personas a estados de adversidad donde se encuentran en condiciones económicas, físicas o mentales de debilidad y vulnerabilidad manifiesta.

*(…) también se destacan los casos en que ha sido aplicado el daño especial como título de imputación, cuando el acto estuvo dirigido contra un objetivo estatal en ejecución del cual se afectó un interés particular. Se ha entendido que por razones de equidad y solidaridad esos daños no deben ser asumidos por la víctima, sino por el Estado que es el objetivo contra el cual estaban dirigidos los actos violentos”.*⁵⁰

En ese orden de ideas, se tiene que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha acudido al principio constitucional de solidaridad como fundamento directo y autónomo de la responsabilidad patrimonial del Estado, principalmente a través del régimen objetivo del daño especial, y en el particular

⁴⁸ *Ibídem.*

⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Radicación: 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860). (20, junio, 2017). M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO.

⁵⁰ *Ibídem.*

contexto de violencia y conflicto armado que ha afectado a Colombia. Desde luego, las críticas no se han hecho esperar frente a la imbricación del principio de solidaridad en el instituto de la responsabilidad, pero no será esta la oportunidad para abordarlas por exceder las fronteras de la presente tesis.

1.2 Principio de igualdad.

Al igual que la solidaridad, la igualdad corresponde a la noción de principio arriba anotada. Así mismo, la Constitución vigente consagra el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

“Art. 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*⁵¹

Desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional trazó los linderos entre la igualdad material y la formal, definiendo a la primera como “*la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad*” y entendiendo la segunda como aquella que “*se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales*”.⁵² Con el principio de igualdad formal, añade la Corte, se supera la generalidad abstracta del concepto de igualdad ante la Ley y se pasa a una generalidad concreta que justifica la regulación diferente para situaciones distintas, si la razonabilidad así lo demanda, y proscribe la regulación diferente para situaciones idénticas o similares.⁵³

Luego, al estudiar un caso de trato diferenciado de los trabajadores por pertenecer o no a un sindicato, en cuanto a la discrecionalidad con que cuenta el empleador

⁵¹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 13.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992). Exp. D-006. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ *Ibidem*.

para regular la organización del tiempo suplementario, la Corte Constitucional señaló:

“El trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos - fáctico, legal o administrativo y constitucional - en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución)”.⁵⁴

De igual forma, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre “discriminación” y “diferenciación”, cuando en la sentencia C- 530 de 1993 señaló:

“La distinción entre discriminación y diferenciación, que es el elemento fundamental para calibrar el alcance del principio de igualdad. Dicho principio, en efecto, veta la discriminación, pero no excluye que el poder público otorgue tratamiento diverso a situaciones distintas -la diferenciación-. El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho diferentes. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable. El punto consiste, entonces, en determinar cuáles son los elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y los que no lo permiten”.⁵⁵

Una manifestación del trato diferenciado que no vulnera, sino que desarrolla, el principio de igualdad, es el que se observa en el mecanismo del concurso como herramienta de que dispone el Estado para escoger entre los varios aspirantes a un cargo al que demuestre mejores capacidades, preparación, aptitudes generales y específicas para desempeñarlo.⁵⁶ De modo que la finalidad de este instrumento no es otra que la de llenar la vacante con la mejor opción, evaluando y calificando el mérito del aspirante para salvaguardar de esa manera el derecho a la igualdad, excluyendo de la actividad estatal “(...) los mezquinos intereses de partidos

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Tutela (T) del trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Exp. D-006. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Exp. D-006. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Unificación (SU) del dos (2) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). Exp. T-125050 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático”.*⁵⁷

No en vano se ha señalado que la noción de igualdad ofrece tal grado de indeterminación que resulta imposible afirmar que dos entes son iguales si primero no se especifican los entes a los que se está haciendo referencia, es decir, cuáles son y respecto a qué son iguales, de manera que se pueda responder a las preguntas ¿Igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué?⁵⁸

En fin, desde que la Corte Constitucional se erigió como guardiana suprema del orden constitucional, ha sido prolífica su jurisprudencia en cuanto al desarrollo del derecho a la igualdad, destacándose, entre muchas otras, las sentencias T-401 de 1992, C-588 de 1992, C-27 de 1993, C-104 de 1993, T-342 de 1994, C-409 de 1994, T-144 de 1995, C-461 de 1995, C-271 de 1996, C-529 de 1996, T-172 de 1997, SU 400 de 1997, C-2 de 1998, C-183 de 1998, C-188 de 1999, C-327 de 1999, C-298 de 2002, C-273 de 2003, C-077 de 1994, C-799 de 2005, T-340 de 2010, C-618 de 2015 y C-015 de 2018.

Surge entonces la pregunta a que pretende dar respuesta el presente acápite: ¿De qué manera ha fundamentado el principio de igualdad los regímenes objetivos de responsabilidad? Sobre el particular se observa que tanto la doctrina como la jurisprudencia han visto en el principio de igualdad el fundamento inmediato del régimen objetivo de responsabilidad del Estado conocido con el nombre de “Daño especial”; el doctor Libardo Rodríguez, por ejemplo, apoyándose en la sentencia del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976, señala que:

“a veces la administración debe responder por los daños causados por una actividad completamente legítima, tanto desde el punto de vista sustancial como del procedimiento, cuando esos daños pueden ser calificados de especiales. Esta concepción del daño especial se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual, cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ “Bobbio (1993) en la edición castellana de su obra *Igualdad y Libertad* recuerda la dificultad de establecer el significado descriptivo de «igualdad» al precisar, que tal es su grado de indeterminación que decir que dos entes son iguales sin otra determinación, carece de significado (1993, p. 54). Se requiere, afirma, especificar los entes a los que se está refiriendo, es decir, de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, a fin de responder condicionadamente a dos preguntas de suma importancia para el pensamiento político occidental ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué?” RAMÍREZ MONSALVE, Paula Andrea. *VINDICACIONES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD*. Unaula. Revista Ratio Juris. 2013, nro. 16, Vol. 8, enero-junio de 2013, pp. 53-76

anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar".⁵⁹ (Bastardillas originales).

Con este entendimiento queda saldada la deuda filosófica que genera la indeterminación del concepto de igualdad: ¿Igualdad entre quienes? Entre los ciudadanos ¿Igualdad en qué? En las cargas públicas, esto es, las que impone el Estado para el cumplimiento de sus fines. Ahora bien, se dice "*inmediato*" pues el principio de igualdad siempre está presente como fundamento mediato de la responsabilidad patrimonial del Estado, al margen del régimen que resulte aplicable, pero sólo en el del daño especial es valorado para efectos de atribución de responsabilidad.⁶⁰

Hecha esta aclaración, resulta fácil comprender por qué el Consejo de Estado no se refiere "*in genere*" al principio de igualdad sino específicamente al de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, cuya ruptura sustenta la atribución de responsabilidad al Estado como elemento imprescindible de la teoría del daño especial; así se deja ver en la jurisprudencia de la Alta Corporación de Justicia al señalar los elementos que integran esta teoría:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;*
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;*
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la Ley y a las cargas públicas;*
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados;*
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y*
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración".⁶¹*

⁵⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO. General y colombiano. 16ª Ed. Bogota D.C.: TEMIS S.A., 2008. 524 p. ISBN 978-958-35-0658-1

⁶⁰ M[^]CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 6453. (13, diciembre, 1991). M.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Nótese como los literales “a)” y “e)” remarcan la legitimidad que debe existir en el comportamiento estatal, fundamentando esta teoría un régimen de responsabilidad objetiva, esto es, uno en el que se prescinde de la falla del servicio pero, más que eso, que no tiene en consideración el actuar diligente de la Administración a efectos de imputarle responsabilidad;⁶² en tanto que el literal “c” exige que el derecho menoscabado lo sea a causa de una ruptura o quiebre del principio de igualdad frente a la Ley y a las cargas públicas, como presupuesto ineludible para aplicar la teoría.

Aunque sin la misma discriminación pedagógica ofrecida por la citada sentencia del 13 de diciembre de 1991, los anteriores elementos de la teoría del daño especial también se evidencian en otras sentencias del Consejo de Estado: por ejemplo, en fallo del 23 de mayo de 1973, al resolver un caso en el que la fuerza pública emprendió acción armada contra un afamado delincuente que se había ocultado en casa de una ciudadana — y mientras se encontraba en ella —, la Alta Corporación de Justicia determinó que al haber procedido en cumplimiento de una orden judicial la conducta de la Administración fue lícita, pese a lo cual debía responder por los daños ocasionados en el inmueble de la señora [...] pues era tan ajena a dicho enfrentamiento como cualquier otro ciudadano, debiendo el Estado indemnizar los perjuicios inferidos con cargo al presupuesto de la Nación a efectos de distribuir equitativamente las cargas públicas entre todos los contribuyentes.⁶³

Desde luego, la aplicación de la teoría del daño especial al caso concreto resulta discutible pues bien pudo argumentarse falta de pericia y exceso en el uso de la fuerza por parte de la autoridad, lo que hubiera ubicado el asunto en el escenario de la falla del servicio o al menos — de aceptarse la legitimidad de la conducta —,

⁶² Además, debe destacarse que la culpa en responsabilidad civil no es subjetiva, en el entendido que surge como consecuencia de la infracción de un deber de cuidado (aunque no se reduzca a este). En segundo lugar, la causalidad no es un problema fáctico, pues no hay, en estricto rigor, en responsabilidad civil, una pura causalidad material, debiendo incorporarse a esta elementos normativos que deben ser apreciados a la hora de afirmar la causalidad. Precisamente por ello, el equívoco también queda superado a nuestro juicio, si uno asume la perspectiva de Medina, quien explica que no puede separarse absolutamente culpa y responsabilidad por riesgo, pues la segunda no es una responsabilidad sin culpa, sino una responsabilidad "aunque no haya culpa", agregando que no cabe fijar una frontera de incommunicación entre ambas hipótesis, pues la imputación objetiva del riesgo es solo una variante de la imputación subjetiva, caracterizada por su mayor espectro, absorbiendo el criterio del riesgo la culpa. Ello crea nuevos problemas de fronteras, si se quiere, entre culpa y causalidad. AEDO BARRENA, Cristian. EL CONCEPTO DE CULPA AQUILIANA Y SU EVOLUCIÓN EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS. DISTINTAS TEORÍAS. *Revista de derecho (Coquimbo)*. 2014, Vol. 21, nro 2, pp. 21-59, ISSN: 0718-9753.

⁶³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA. Expediente 973. (23, mayo, 1973). M.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

en el del riesgo excepcional, teniendo en cuenta que la demandante sufrió los perjuicios en el contexto de un riesgo creado por la fuerza pública mediante el uso de armas de fuego.⁶⁴ Pero lo que importa destacar para los fines del presente acápite es que en la concepción teórica del Consejo de Estado convergen los dos elementos a que se viene haciendo mención: el obrar lícito de la Administración y la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Y es que desde su aplicación inicial en Colombia, con la sentencia del 29 de julio de 1947, el Consejo de Estado definió los elementos que debe reunir la teoría del daño especial para declarar la responsabilidad estatal con base en ella: La controversia estribó entonces en que el gobierno provisional, luego de haber decretado el estado de turbación del orden público mediante Resolución 882 del 10 de julio de 1944, a raíz del alzamiento armado de un grupo de militares en Pasto, adoptó medidas que impidieron a la empresa del periódico El Siglo S.A. publicar su diario entre el 11 de julio y el 6 de agosto de 1944, ocasionándole perjuicios a cuya indemnización fue condenada la Nación.⁶⁵ Siguiendo al maestro Santiago Díazgranados, se tiene que en aquella oportunidad el Consejo de Estado estimó que:

“[...] la administración obró lícita y adecuadamente, pues lo que hizo fue proteger las instalaciones del periódico. Encontró, sin embargo, que el hecho de haberse suspendido a El Siglo S.A. los servicios de energía y de teléfono, además de no haberle nombrado a tiempo un censor, como a los demás órganos de prensa, y de haber impedido la entrada y salida de las personas al establecimiento, constituyó una situación excepcional que justificaba una indemnización para resarcir el perjuicio producido. No obstante actuar el Estado dentro del marco de la Ley con

⁶⁴ También sobre la aplicación de la teoría del daño especial en este caso concreto pueden formularse algunas observaciones, dada la descripción de los hechos contenida en la sentencia [del 23 de mayo de 1973], de la cual podría inferirse falta de pericia y, eventualmente una acción excesiva de la fuerza pública, lo cual sugeriría que el fundamento de la responsabilidad del Estado debió encontrarse en la falla del servicio. Por otra parte, en caso de que tal argumento se desechara, por considerarse legítima la actuación estatal, podría también considerarse que este es un típico caso de responsabilidad por riesgo excepcional, ya que el daño sufrido por la demandante constituyó la concreción de un riesgo creado por la fuerza pública mediante el uso de armas de fuego. Es entendible, sin embargo, que esta última postura, mencionada someramente por la vista fiscal, no fuera acogida por la corporación, si se tiene en cuenta que, como se ha explicado, la teoría del riesgo excepcional solo comenzó a aplicarse a partir de la sentencia del 2 de febrero de 1984, y respecto de los casos relativos al ejercicio de actividades peligrosas distintas a la conducción de energía eléctrica, después de la sentencia del 24 de agosto de 1992. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

⁶⁵ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

*miras a la protección del interés general, un particular, en este caso el periódico el Siglo S.A., sufrió una mengua injustificada en sus derechos, superior a la que debió soportar el común de los administrados con las medidas tendientes a restablecer el orden público, motivo por el cual fue condenada la Nación”.*⁶⁶

Lo que una vez más revela el raigambre objetivo del régimen al suponer la licitud de la acción u omisión administrativa, así como la importancia de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas, cuya ruptura determina la declaratoria de responsabilidad del Estado. Curiosamente fue este mismo interés por proteger el orden público lo que llevó al Consejo de Estado francés en el famoso fallo del caso “Couiteas” de 1923, a considerar que la Administración obró lícitamente al abstenerse de cumplir una orden judicial de desalojo de alrededor 8000 indígenas que ocuparon terrenos de propiedad del señor Couiteas, pese a la cual aquella fue condenada a pagar a este el detrimento patrimonial injustamente padecido.⁶⁷ También aquí se vislumbra la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, pues aunque la Administración procedió en forma lícita al hacer prevalecer el interés general, salvaguardando el orden público, en la obtención de ese bienestar social se sacrificó el derecho de un solo individuo: El de Couiteas.

De manera más reciente, en sentencia del 8 de agosto de 2002, el Consejo de Estado estudió un caso en el que un hombre fue secuestrado en su propia oficina ubicada en la ciudad de Cúcuta por un grupo de delincuentes armados, quienes lo obligaron a abordar su propio vehículo y que, mientras lo conducían por la vía Cúcuta – El Zulia, fueron detenidos por un retén del ejército que no tenía conocimiento alguno del secuestro.⁶⁸ Se probó también que el encuentro entre captores y fuerza pública derivó en un enfrentamiento armado que ocasionó la explosión del tanque de gasolina del automotor, causando a su vez la incineración y muerte del secuestrado.⁶⁹ En esta ocasión la Sección Tercera manifestó que en el régimen del daño especial:

“Para que el demandante tenga derecho a la reparación le bastará acreditar la existencia del daño cualificado, es decir, el daño especial, que excede las cargas que el común de las personas deben soportar y su relación causal con la actividad

⁶⁶ DÍAZGRANADOS MEZA, Santiago. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL. Tesis de maestría Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. 2001. 13 p.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 54001-23-31-000-1989-5672-01 (10952). (8, agosto, 2002). M.P. RICARDO HOYOS DUQUE.

⁶⁹ *Ibidem*.

*de la administración. En síntesis, son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando éstos excedan los sacrificios que se imponen a todos [sic] las personas y en su causación interviene una actividad estatal”.*⁷⁰

Y al resolver el caso particular señaló:

*“En el caso concreto, la causa de la muerte del señor [...] fue la incineración producida por el Ejército al dispararle al tanque de la gasolina del vehículo donde se desplazaban la víctima y sus captores. Por lo tanto, el Estado es responsable del daño sufrido por los demandantes con la muerte de éste, porque dicho daño fue consecuencia de la actividad estatal, que impuso a la víctima un sacrificio superior al que deben soportar las demás personas en defensa de las instituciones y la seguridad pública”.*⁷¹

Así mismo, en un caso en que se demandó la responsabilidad del Ejército Nacional por la muerte de un campesino que pisó una mina antipersonas mientras transitaba por un camino rural, el Consejo de Estado revocó la sentencia del *a quo* y negó las pretensiones del demanda, pero acerca del régimen de responsabilidad del daño especial apuntó que:

*“(...) si la conducta estatal es también lícita, no riesgosa y se ha desarrollado en beneficio del interés general, pero produce al mismo tiempo un daño de naturaleza grave o anormal que impone un sacrificio mayor a un individuo o grupo de individuos determinados con lo que se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, el fundamento de la responsabilidad será también objetivo bajo la modalidad de daño especial”.*⁷²

Que la ausencia de ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas determina la inaplicación de la teoría del daño especial es algo que se evidencia en la reciente sentencia del 9 de abril de 2018, mediante la cual la Sección Tercera resolvió un caso en el que la Coordinadora [...] presentó denuncia contra el señor [...] por presunto fraude a la institución al tramitar la pensión de vejez del señor [...], y frente a la cual, luego de haber iniciado investigación preliminar, la Fiscalía General de la Nación profirió resolución inhibitoria al no haber encontrado

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 13001-23-31-000-2010-00359-01 (54118). (19, julio, 2017). M.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

pruebas que compromentieran la responsabilidad del denunciado.⁷³ Al respecto, la Sección Tercera razonó así:

“Ahora, la Sala encuentra que la actuación legítima de la Coordinadora [...] no lesionó el principio de igualdad frente a las cargas públicas, y tampoco le ocasionó un daño anormal y excepcional al actor, que deba ser reparado, pues los ciudadanos, por igual y sin distingo, pueden verse avocados a soportar investigaciones penales en su contra, siempre que exista mérito para ello, como se verificó en el sub examine. (...) Al respecto, es conveniente analizar el numeral 7º del artículo 95 de la Constitución Política, que dispone que es deber de los ciudadanos “Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.”⁷⁴

Y de manera general, sobre el daño especial, señaló:

“Ahora bien, el daño especial conforma, con el riesgo excepcional, un régimen de responsabilidad objetivo a cargo del Estado. Precisamente, dentro de este título de imputación, no se realiza un reproche de conducta a la administración; por el contrario, se considera que la administración actuó de manera legítima; sin embargo, dentro de dicha actuación impuso una carga superior a uno de los administrados, por lo que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas, ocasionando un daño anormal y excepcional que merece reparación”.”⁷⁵

Lo anteriormente expuesto, permite concluir que el principio de igualdad, de los ciudadanos ante la Ley y las cargas públicas, es el fundamento inmediato para atribuir responsabilidad al Estado con apoyo en la teoría del daño especial, la cual sustenta un régimen objetivo en tanto que presupone y exige la presencia de una acción u omisión lícita de la Administración que sea causa de un daño grave y anormal sufrido por el demandante. En ese sentido, el principio de igualdad así concretado, no es un fundamento detrás del fundamento al deber de reparar en la responsabilidad de la Administración, sino que de manera directa e inmediata sustenta dicha responsabilidad como elemento integrante e imprescindible de la teoría del daño especial, al punto que su ausencia determina la inaplicabilidad de esta.

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2005-05200-01 (39925). (9, abril, 2018). M.P. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS.

⁷⁴ *Ibídem.*

⁷⁵ *Ibídem.*

1.3 Principio de equidad

También la equidad es un principio, en el sentido que viene expuesto. Desde su formulación original, la equidad fue vinculada al concepto de justicia, según se deja ver en el Libro V de la *Ética a Nicomaco* de Aristóteles,⁷⁶ y se la definió a partir de su función correctora de la Ley, correspondiente a la noción de la *epieíkeia* griega:

“La dificultad la produce el que lo equitativo es justo, pero no es la justicia legal, sino una rectificación de la justicia legal. La razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general. Pues bien, en aquellos casos en que hay que hablar necesariamente, pero no es posible hacerlo correctamente, la ley abarca lo máximo posible, aunque no ignora que ello es erróneo. Mas no por eso es menos recta, pues el error no reside en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa: tal es la materia de la conducta.

*Por consiguiente, cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto -allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar en general rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo. Por lo cual, lo equitativo es justo - y es preferible a una cierta justicia, mas no a la justicia absoluta, sino al error originado por su generalidad-. Conque ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad”.*⁷⁷

Mas la equidad cumple también una función interpretativa, cuando hace prevalecer el espíritu de la Ley por sobre su letra, caso en el que se habla de una interpretación equitativa puesto que atempera el rigor de la norma jurídica aplicable al caso particular, al punto de convertirse, en algunos ordenamientos jurídicos, en verdadera fuente de derecho.⁷⁸ Esta función se traduce entonces en

⁷⁶ (...) qué relación tiene la equidad con la justicia y lo equitativo con lo justo. Por que, si lo examinamos, no parece que sean lo mismo sin más, pero tampoco distintos genéricamente (...) Pero otras veces, cuando seguimos el razonamiento, nos parece extraño que lo equitativo sea elogiado si es algo al margen de la justicia. Pues o bien lo justo no es bueno, o no lo es lo equitativo, si es otra cosa; o bien, si ambos son buenos, entonces son lo mismo (...) en efecto, lo equitativo, siendo mejor que una cierta justicia, es justo; y no es el caso que sea mejor que lo justo por tener un género diferente. Luego justo y equitativo son lo mismo y, siendo buenos los dos, resulta superior lo equitativo. ARISTÓTELES. *ÉTICA A NICOMACO*. 1ª Ed. Traducción, introducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2001, p. 177, ISBN: 84-206-3928-1. [En línea]. Recuperado en 2018-11-17. Disponible en: <https://bit.ly/2PALXnh>

⁷⁷ ARISTÓTELES. *ÉTICA A NICOMACO*. 1ª Ed. Traducción, introducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2001, p. 177 y 178, ISBN: 84-206-3928-1. [En línea]. Recuperado en 2018-11-17. Disponible en: <https://bit.ly/2PALXnh>

⁷⁸ Cuando al aplicar la ley hacemos primar la letra sobre el espíritu estamos ante la interpretación literal. Cuando, por el contrario, otorgamos prioridad al espíritu sobre la letra, estamos ante una interpretación que podríamos llamar equitativa, que no sólo verifica una función interpretativa y aplicadora de la norma jurídica, sino que también integraría la laguna, moderaría el rigor de la norma jurídica para el caso concreto y, en

un ejercicio intelectual por medio del cual se busca determinar el sentido de aplicación de la Ley.⁷⁹

Así mismo, la equidad tiene una función integradora por cuya virtud el juez debe llenar vacíos legales a fin de que resulte un orden jurídico completo y cerrado.⁸⁰ Para que se materialice esta función, es necesario que el ordenamiento autorice la equidad como medio de integración, que exista una laguna o vacío legislativo y que, en efecto, la equidad sea empleada para llenar dicho vacío, de suerte que el derecho se transforme en un sistema hermético.⁸¹

En Colombia, la equidad es considerada un principio general del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial. En cuanto a lo primero, es menester que el lector no confunda la noción de principio con la de principio general del derecho, pues esta última no obedece a la clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios entendidos como mandatos de optimización, de modo que no todos los principios son principios generales del derecho e incluso estos últimos pueden llegar a tener la estructura de las reglas.⁸² La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia define a los principios generales del derecho como aquellos que:

“(...) no son promulgados por ninguna autoridad concreta, carecen de fuente legitimadora, lo que lleva a que no sea posible predicar de ellos validez formal, en el sentido de haber sido establecidos de conformidad con algunas reglas de producción o de reconocimiento (...) cuando el legislador o los jueces aplican el

determinados ordenamientos jurídicos -no en el español- realizaría una función creadora de Derecho, que constituiría a la equidad en auténtica fuente normativa. FALCÓN TELLA, María José. Funciones de la equidad. Bogotá D.C.: versión generada por usuario Biblioteca Universidad Externado de Colombia. p. 133-188. [En línea]. Recuperado en 2018-11-17. Disponible en: <http://vlex.com/vid/funciones-equidad-330190>

⁷⁹ IBAÑEZ JIMENO, Blasco. La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial. Barranquilla: Universidad del Norte. Rev. De derecho, 1992, pp. 62-69

⁸⁰ ALLIER CAMPUZANO, Jaime. La equidad como función integradora del juzgador progresista. México D.F.: Rev. Instituto Judicatura No. 30., pp 33 – 50. [En línea]. Recuperado en 2018-11-18. Disponible en: <https://bit.ly/2Bfbj13>

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² El uso de la expresión “*principios*” del artículo 230 no es equivalente al empleo que de la misma palabra se hace para distinguir, desde el punto de vista estructural, los diferentes tipos de normas (reglas y principios). En esa medida, el carácter abierto o indeterminado que se atribuye a las normas con estructura de principio no implica (i) que todas las normas con dicha estructura queden comprendidas por la expresión del artículo 230, tal y como ocurre en aquellos casos en los cuales la Corte refiriéndose a los artículos 29 o 53 emplea, respectivamente, las expresiones “*principios generales del derecho penal*” o “*principios generales del derecho laboral*”. Tampoco supone (ii) que las proposiciones normativas que son reconocidas como principios generales del derecho no puedan tener una estructura de regla tal y como ocurre, por ejemplo, con el enunciado según el cual nadie puede alegar en su favor la propia culpa. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-284) del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Exp. D-10455. M.P. Mauricio González Cuervo.

*principio o este ha sido consagrado en fórmulas legales o constitucionales -es decir, se ha positivizado- se produce apenas la verificación de una existencia irrefutable, pero este acto de reconocimiento nada añade en su validez formal, pues su fuente y existencia es puramente axiológica”.*⁸³

De lo que se sigue que constituyen verdadero derecho natural.⁸⁴ Además, el maestro Juan Camilo Rojas Arias afirma que “*La Corte Constitucional colombiana establece la equidad como un principio general del Derecho, asimilándolo al derecho natural*”,⁸⁵ apoyándose en la citada sentencia C-284 de 2015. Lo que bien puede deducirse de la normatividad cuando el artículo 4º de la Ley 153 de 1887 señala que “*Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos*”⁸⁶ y su artículo 5º afirma que “*Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes*”.⁸⁷ Lógico resulta entonces entender que la equidad natural es un principio general del derecho natural.

En cuanto a lo segundo, el artículo 230 de la Constitución Política expresa:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley.

*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.*⁸⁸

⁸³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 05360-31-03-001-2003-00164-01. SC 10297-2014. (07, octubre, 2009). M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁸⁴ “**PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**-Dentro de estos se encuentran comprendidos los principios del derecho natural.” (Negrillas originales). CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-284) del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Exp. D-10455. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁵ Rojas Arias, J. (2017). Delimitación del concepto de equidad en la Constitución Política de 1991. Análisis de fundamentación jurisprudencial y de análisis económico del derecho. En *revista contexto*, n.º 47, pp. 11-39. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n47.03>

⁸⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. En: Diarios Oficiales. Agosto, 1887. Nro. 7151 y 7152.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 230.

Y como ante palabras inmejorables lo preferible es la cita, conviene reproducir lo dicho en alguna oportunidad en la revista *Faceta Jurídica* sobre los criterios auxiliares de la actividad judicial:

*“Al lado de estas tres fuentes del derecho -Constitución, ley y costumbre- la Carta prevé la existencia de cuatro criterios auxiliares de la actividad judicial. La segunda frase del artículo 230 reconoce como tales a la doctrina, a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho. Tales criterios, según lo ha entendido esta Corporación [La Corte Constitucional], son recursos para la interpretación que, dada su calificación constitucional, nacen despojados de toda posibilidad para ‘servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales’. Se trata pues de recursos interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones, pero nunca ser la razón de las mismas.”*⁸⁹

El listado ofrecido por el artículo 230 es enunciativo y no taxativo, de suerte que pueden identificarse otros criterios de interpretación que auxilien al juez en sus decisiones.⁹⁰ En lo que atañe a la equidad, la Corte Consistucional la trata como un concepto jurídico indeterminado cuyo reconocimiento puede advertirse en diversas disposiciones de la Constitución Política, y que, en el escenario de la administración de justicia, encuentra su lugar en los espacios dejados por el legislador, a fin de evitar injusticias en la aplicación de la ley a un caso particular.⁹¹ En efecto, la Corte Constitucional reconoce a la equidad las funciones integradora y correctora inicialmente esbozadas:

“Básicamente, el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a

⁸⁹ LEAL PÉREZ, Hildebrando - Director. El sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional. Criterios auxiliares de la actividad judicial. Referencia a los principios generales del derecho. Bogotá D.C.: Editorial LEYER. Rev. FACETA JURÍDICA. Investigación, diseño y corrección: María Lucía Cañón Otálora, Eliana Sánchez Velásquez, Lina María Fernández Reyes, Lady Lorena Castañeda Castellanos, Nohemy Cárdenas Hincapié, Maritza Svetlana Aranguren Aranguren. No.71, septiembre-octubre de 2015. ISSN 1900-0421, pp. 1-4.

⁹⁰ Sobre el particular resulta interesante recordar el concepto fiscal dentro de la sentencia C-083 de 1995: “La enumeración de los criterios auxiliares de la actividad del juez consagrados en el artículo 230 de la Carta, ‘no tiene sentido taxativo. En efecto, cuando el Constituyente señaló a la jurisprudencia, a la equidad, a los principios generales del derecho y a la doctrina, con ello indicó que tales criterios eran válidos constitucionalmente como auxiliares del juez en su actividad profesional, pero con tal indicación no excluyó necesariamente a otros, los cuales tanto para la doctrina, como arriba se demostró, como para la tradición jurídica colombiana, constituyen opciones para el juez en su tarea de administrar justicia, cuando la ley ha dejado un vacío en su regulación. La norma constitucional reza en su texto que los allí enunciados son criterios auxiliares del juez, pero no dice, en ningún momento, que sólo ellos lo son’.”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-083) del primero (01) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Exp. D-655. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-284) del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Exp. D-10455. M.P. Mauricio González Cuervo.

un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales.

*La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia”.*⁹²

Pero también cumple, como lo señala el maestro Rojas Arias, una función “*interpretativa del derecho positivo*”, entre cuyos límites se encuentra “*(...) la debida y correcta aplicación e interpretación a situaciones particulares, de manera que su fuerza vinculante solo será predicable de un buen juicio de interpretación y aplicación, y su alcance se circunscribirá irrestrictamente al margen de acción de las autoridades*”.⁹³

Así las cosas, se tiene que en el ordenamiento jurídico colombiano la equidad es considerada un principio general del derecho natural y criterio auxiliar de la actividad judicial, que cumple una función interpretativa, integradora y correctora del derecho positivo, y cuya finalidad no es otra que la materialización de la justicia, cuando la Ley, en su tenor literal y carácter general, no permite alcanzarla. Es esa idea de justicia, como norte último de la equidad y del derecho, la que permite diferenciar a la equidad de la igualdad, pues con razón se ha dicho que “*Equidad no es lo mismo que igualdad. Equidad implica valorar las desigualdades desde una idea de justicia.*”⁹⁴

Lo dicho anteriormente no significa que detrás de la igualdad no exista también una idea de justicia; sucede sin embargo que, mientras en la igualdad se constata mediante la simple verificación de la paridad entre dos sujetos frente a un objeto — respondiendo a las preguntas de igualdad entre quiénes e igualdad en qué —, en la equidad se realiza un ejercicio intelectual más complejo en el que se busca rectificar las injusticias propiciadas por la desigualdad, sopesando, afrontando,

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Unificación (SU-284) del nueve (09) de octubre de dos mil dos (2002). Exp. T-503413. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹³ Rojas Arias, J. (2017). Delimitación del concepto de equidad en la Constitución Política de 1991. Análisis de fundamentación jurisprudencial y de análisis económico del derecho. En *revista contexto*, n.º 47, pp. 11-39. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458>. n47.03

⁹⁴ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario. El Concepto de Equidad y el Debate sobre lo Justo en Salud. The concept of equity and the debate about fairness in health. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Rev. Salud Pública Vol. 10 sup (1), diciembre de 2008. pp. 72-82

corrigiendo y lenificando las circunstancias azarosas e imprevisibles que puedan generarla. Claro está que, como ya se vio, la fuente de la inequidad puede ser la misma Ley. De modo que, entre la equidad y la ya explicada igualdad formal, puede vislumbrarse una cierta relación, pues justamente esta última exige dispensar un trato desigual a los desiguales sin transgredir la justicia, lo que, para el tesista, supone un ejercicio mental muy parecido al que exige la equidad.

A la luz de lo expuesto, se procede a analizar de qué manera la equidad ha servido de fundamento a los regímenes objetivos de responsabilidad. Sobre el particular, en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 20 de febrero de 1989, el Consejo de Estado dijo:

*“Esta teoría [la del daño especial] se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad”.*⁹⁵

Luego, en sentencia del 23 de septiembre de 1994, la Alta Corporación puntualizó que, *“como se puede apreciar, el principio de responsabilidad por daño especial se informa, a su vez, en razones de equidad”*⁹⁶. Y en la ya citada sentencia del 3 de mayo de 2007 manifestó que:

*“En el presente caso la responsabilidad deviene, como se manifestó en la sentencia recurrida, de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido. Esta teoría, **con fuerte basamento en la equidad**, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado”.*⁹⁷ (Negritas adicionales).

⁹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 4655. (20, febrero, 1989). M.P. ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO.

⁹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 8577. (23, septiembre, 1994). M.P. JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

⁹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 050001-23-26-000-1991-06081-01 (16.696). (03, mayo, 2007). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

En esta misma providencia, la Sección Tercera realiza la siguiente reflexión sobre el aparte de la sentencia del 20 de febrero de 1989 anteriormente transcrito:

“Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito [esto es, el citado más arriba] resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal”.⁹⁸

Tanto la providencia del 89 como la reflexión hecha en la de 2007, ameritan algunas observaciones que esta vez impiden pasar por alto la confusión entre daño y daño antijurídico, y entre este y el daño especial, en la que ha incurrido en forma reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado.⁹⁹ El daño es ante todo el primer elemento estructural de la responsabilidad civil,¹⁰⁰ y en cuanto a su definición nos remitimos a lo dicho en el capítulo II de la presente tesis. La antijuridicidad del daño, siguiendo al doctor Juan Carlos Henao, es aquella que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes — Los cuales, al menos para el tesista, son solo los de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial —, y que supone la aplicación del principio *iura novit curia* sin vulnerar el derecho de defensa.¹⁰¹

La definición que de daño antijurídico ofrece el doctor Henao en el citado artículo toma como punto de partida el concepto de lesión o perjuicio antijurídico del tratadista español Eduardo García de Enterría, quien lo define como aquel “*que el*

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ En efecto, ya en relación con el principio de solidaridad se había manifestado: “Obviando la confusión constante en la que ha incurrido del Consejo de Estado al identificar daño con daño antijurídico, y a este con el daño especial, se tiene que el Alto Tribunal ha empleado el principio de solidaridad como elemento determinante de la antijuridicidad del daño (...)”.

¹⁰⁰ “Tradicionalmente se ha considerado que el daño es un *elemento indispensable de la responsabilidad civil extracontractual*, ‘desde que esta tiene como objetivo principal –según comúnmente se admite– un fin reparatorio del daño causado’. La lógica nos indica que para que exista responsabilidad civil extracontractual y, por consiguiente, la obligación de reparar, es necesario tener algo que reparar. Así, por lo demás, lo exige el principio ‘no hay acción sin interés’ (...) Se afirma también que el daño, más que un elemento de la responsabilidad civil, es un ‘*presupuesto de ella sea contractual o extracontractual*.’” (Bastardillas originales). DIEZ SCHWERTER, José Luis. EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1999, p. 291, ISBN 956-10-1175-1

¹⁰¹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. PRESENTACIÓN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportar”, agregando que para determinar la soportabilidad o no del perjuicio debe evaluarse su justicia o injusticia a partir de la “existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio”.¹⁰² No obstante, el maestro Henao va más allá cuando afirma que:

“Sin embargo, y es quizás el problema de la construcción teórica del tratadista español, el daño antijurídico en sí mismo no es fundamento de la reparación, puesto que por sí solo no explica el deber reparatorio. Se debe recurrir obligatoriamente, como lo hemos visto, a la imputación que se presenta a través de cualquiera de las cuatro causas que ya hemos reseñado, confundándose el fenómeno del fundamento con el de imputación. A diferencia del derecho francés, el autor estudia la falla del servicio, la teoría del riesgo, el daño especial, etc., bajo el capítulo de imputación y no de fundamento. No se debe olvidar que mientras el fundamento responde a la pregunta de “por qué se debe responder”, la imputación responde a la de “quién debe responder”. Es así como la definición del profesor permite tan sólo afirmar que un patrimonio sufrió un daño no justificado por el ordenamiento jurídico (...) Lo anterior significa, entonces, para el profesor español, que la noción de funcionamiento normal o anormal del servicio público, de riesgo y de enriquecimiento sin justa causa, no pertenecen a la noción de daño antijurídico sino a la de imputación, perdiendo así riqueza la definición misma que da del daño antijurídico, porque en sí mismo no alcanza a explicar por qué una persona tiene que reparar”.¹⁰³

Lo que permite comprender mejor por qué la antijuridicidad del daño no se puede encontrar sino en el fundamento al deber de reparar, esto es, en la falla del servicio, el riesgo excepcional o el daño especial, pues su no soportabilidad sólo podrá venir determinada por cualquiera de estos criterios, sea que sustenten un régimen subjetivo de responsabilidad (Falla del servicio) sea que fundamenten uno de carácter objetivo (Riesgo excepcional o daño especial).¹⁰⁴ Ahora bien, daño antijurídico en modo alguno equivale a daño especial. Para empezar, como se puede advertir en lo que viene expuesto, el daño antijurídico es un concepto

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Podría objetarse, persistiendo en la difundida definición del maestro García de Enterría, que es sólo la Ley y nada más que la Ley la que podría arrojar certeza sobre si el daño es o no soportable por la víctima. Sin embargo, ello sería inexacto o, más bien, incompleto, pues la verificación de la procedencia de cualesquiera de los regímenes estudiados determinaría la ausencia de una causal de justificación civil — empleando las palabras del jurista español — permitiendo arribar a la conclusión de que el damnificado no se halla en el deber jurídico de soportar el agravio. Así, por ejemplo, si se entiende la falla del servicio como la violación de un contenido obligacional impuesto al Estado, válido es concluir que si tal falla se presenta y con ella se causa un perjuicio, el sujeto afectado no se encontrará en el deber jurídico de soportarlo, pues la coherencia de un sistema jurídico permite suponer por anticipado que una conducta no puede estar prohibida y permitida por la Ley al mismo tiempo, u obligar al Estado a desplegar una acción que simultáneamente proscribe o sanciona.

común a todos los regímenes de responsabilidad,¹⁰⁵ de suerte que no se presenta únicamente cuando se atribuye responsabilidad patrimonial al Estado con fundamento en la teoría del daño especial. Así mismo, el daño especial, en tanto que teoría, exige que se satisfagan todas sus condiciones de aplicación, las cuales fueron establecidas en la ya citada sentencia del 13 de diciembre de 1991. Cosa distinta es que, una vez satisfechas dichas condiciones, la procedencia del régimen objetivo del daño especial determine o se convierta en la razón de la antijuridicidad del daño para el caso concreto.

En este orden de ideas, si bien se admite la importancia del principio de equidad en el régimen objetivo del daño especial, su fuerza y alcance deben matizarse. Así, cuando la providencia del 89 afirma que debe recurrirse a la teoría del daño especial cuando *“el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”*, tal aseveración no puede conducir a pensar que cualquier situación inequitativa no subsumible en los regímenes de falla del servicio o riesgo excepcional es encasillable en el del daño especial, pues si bien esta teoría demanda del juez valorar las desigualdades de los ciudadanos antes las cargas públicas desde una idea de justicia, también le exige valorar otros elementos como el menoscabo del derecho de la víctima originado precisamente en el rompimiento de dicha igualdad, la gravedad y anormalidad del daño en cuestión y el nexo causal entre este y la actividad legítima de la Administración (Literales c, d y e, respectivamente, de la sentencia del 91).

Lo anterior, además, por cuanto los regímenes de responsabilidad no deben aplicarse de manera concurrente o alternativa.¹⁰⁶ De manera que un mismo daño

¹⁰⁵ Así lo anota con precisión la maestra María Cecilia M'causland cuando señala que: “Por lo demás, como lo expresa la doctrina, la referencia hecha en el fallo del 24 de agosto de 1992 al daño antijurídico, como único elemento que ‘juega’ en los casos en que venía aplicándose el régimen de falla del servicio presunta, distintos de la prestación del servicio médico, es claramente inexacta, puesto que tal elemento está presente en todos los regímenes que sirven para fundar la responsabilidad del Estado –subjetivos y objetivos– y nunca basta para establecer su existencia, puesto que, aun en estos últimos, será necesario demostrar la acción u omisión que lo causa y su imputación al Estado.”. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE AL RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

¹⁰⁶ “Como se ha explicado, el objeto de este acápite es presentar el planteamiento teórico de los distintos regímenes que sirven para fundar la responsabilidad del Estado. El entendimiento preciso de estos regímenes constituye una de las premisas de las tesis formulada, en cuanto permite su distinción y, en consecuencia, la verificación de que en ningún caso resulta procedente su aplicación alternativa o concurrente.”. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos

solo puede ser reparado con fundamento en un solo régimen de responsabilidad, sin que sea válido afirmar que “X” daño es resarcible a partir del régimen de riesgo excepcional y del daño especial, o del régimen de falla del servicio o del riesgo excepcional. Si del estudio del caso particular, el juez concluye que hay un daño imputable a la Administración, cuyo fundamento para ser reparado se encuentra en la teoría del daño especial, ello significará simplemente que *a priori* y *a posteriori* del examen judicial tal daño solo podía encasillarse dentro de dicho régimen.

Similares observaciones pueden hacerse al fallo de 2007 cuando afirma que es el principio de equidad y no otro elemento “*el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.*” En efecto, aunque no se niega “*el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad*” en el marco de la teoría del daño especial, resulta excesivo afirmar que sea dicho principio el que determine la antijuridicidad del daño, pues sólo se podrá hablar de ella en el régimen del daño especial cuando se hayan satisfecho todos y cada uno de los presupuestos de esta teoría, sin perderse de vista que el daño antijurídico es un concepto común a todos los regímenes de responsabilidad y no es en modo alguno homologable o asimilable al de daño especial.

De igual forma, se yerra al afirmar que si el juez “*no encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal*”, como si la existencia de un daño necesariamente debiera encajar en un régimen de responsabilidad estatal, a fin de remediar una situación que el juez estima inequitativa o injusta. Un entendimiento de tal naturaleza conduce al argumento circular que, con relación al estudio del principio de solidaridad, pone de presente el doctor Julián Pimiento cuando manifiesta que:

“Lo cierto, sin embargo, es que esa confusión (Entre la antijuridicidad del daño con daño especial) se deriva del hecho de que la categoría daño especial se ha convertido en un comodín para atribuir el deber de reparar en aquellos casos en que, partiendo de una situación que el juez estima injusta o inicua, decide atribuir la carga de repararlo a la Administración, es decir, en diversas ocasiones el ejercicio intelectual del juez se resume a insertar dentro de un argumento circular

violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE AL RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

*—el daño antijurídico es el que no se tiene el deber de soportar, y no se tiene el deber de soportar lo que es antijurídico —sus propias consideraciones jurídicas, ideológicas o políticas para determinar que es la Administración Pública la que debe asumir la reparación de determinado perjuicio”.*¹⁰⁷

Circularidad a la que el Consejo de Estado, conforme a las providencias examinadas, ha insertado el principio de equidad: no se debe soportar lo que es inequitativo, y lo inequitativo es antijurídico. Lo que conlleva a pensar que el principio de equidad ha sido empleado, en forma algo solapada, como fundamento autónomo y directo de la responsabilidad estatal. Proceder que se rechaza en forma categórica pues aunque la teoría del daño especial se fundamente en la equidad y la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, y sea este último principio el fundamento inmediato de la atribución de responsabilidad al Estado, ello no da franquía para pretermitir o hacer elipsis de los demás elementos que integran la teoría del daño especial, y entre los cuales se destaca especialmente el *“nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado”*.

Así mismo, se considera que el papel del juez no es suplir o enmendar las deficiencias de una determinada política pública, como, por ejemplo, las que puedan presentarse en materia de atención a las víctimas del terrorismo, empleando para tal fin el instituto de la responsabilidad. Razón por la que se comparte lo expresado en sentencia del 20 de junio de 2017:

*“Si bien la Sala considera que a través de la presente acción [Administrativa de reparación directa] no es posible juzgar si los mecanismos de resarcimiento dispuestos por el ordenamiento jurídico para las víctimas de terrorismo están conformes con los ordenamientos superiores, sí observa con preocupación que los recursos en general destinados a la atención de las víctimas del terrorismo no son suficientes y, por lo anterior, amerita que se fortalezcan las políticas públicas en materia de ayuda humanitaria, asistencia psicológica y social de las víctimas del terrorismo, entre otras medidas, **lo cual no significa que se le atribuya responsabilidad al Estado**, sino que dicho fortalecimiento está orientada [sic] a hacer realidad el principio constitucional de solidaridad, equidad e igualdad material, pilares fundamentales del Estado social de derecho”.*¹⁰⁸ [Negritillas fuera de texto].

¹⁰⁷ PIMIENTO, Julián Andrés. RESPONSABILIDAD O SOLIDARIDAD. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Público No. 36, enero-junio de 2016. E-ISSN 1909-7778, p. 1-43.

¹⁰⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Radicación: 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860). (20, junio, 2017). M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO.

También se adhiere a lo expresado en esta misma providencia sobre el principio de solidaridad:

“El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye una garantía constitucional para los ciudadanos y se suscita cuando se reúnen los elementos requeridos por el artículo 90 de la Constitución -daño e imputación al poder público-, mientras que el principio de solidaridad surge como un mandato de optimización inherente al Estado social de derecho que exige de todas las autoridades públicas y de los asociados la promoción de acciones positivas en favor de quienes experimentan condiciones de desventaja o debilidad manifiesta, por lo cual el Estado debe desarrollar políticas públicas dirigidas a equilibrar los beneficios y cargas de todos los integrantes de la sociedad. No obstante, la solidaridad no se erige, bajo ningún motivo, en fundamento autónomo y exclusivo de la responsabilidad estatal”.¹⁰⁹

Argumentos que resultan igualmente válidos frente a los principios de equidad y de igualdad material. Ahora bien, haciendo a un lado la discusión de si la equidad debe o no debe ser fundamento autónomo de responsabilidad estatal, parece evidente que la función que la jurisprudencia le ha atribuido en este específico escenario ha sido la correctora:

“(…) la actuación en equidad se refiere a una particular decisión del juez, que excepciona la aplicación de la regla general en virtud a que sus resultados se denotan ante él como lejanos a la idea de justicia que se quiere desarrollar. Y precisamente, esta es la filosofía que ha inspirado a la jurisprudencia en los casos de aplicación del daño especial (...).”¹¹⁰

Para lo cual, la Sección Tercera se apoya en lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1547 de 2000, cuando expresa que *“(…) la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes.”¹¹¹*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 050001-23-26-000-1991-06081-01 (16.696). (03, mayo, 2007). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-1547) del veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000). Exp. D-3007. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1.4 Criterio del riesgo

El asunto que en este aparte se trata es sumamente complejo y requiere de algunas aclaraciones preliminares. En primer lugar, el diccionario de la lengua española define al riesgo como “*contingencia o proximidad de un daño*”¹¹²; ahora bien, este concepto, válido para el lenguaje ordinario, no lo es para el jurídico; en efecto, con acierto señala el doctor Jorge Mosset Iturraspe que, no obstante la definición atrás señalada, “*debe atenderse a la fuente de ese riesgo, a cómo se crea el mismo; es imputable quien conoce y domina en general la fuente del riesgo*”, (...) ‘y por este simple hecho’ [citando a Barassi] *debe esta persona cargar con las resultancias dañosas*”¹¹³. De manera que, en sana interpretación, la contingencia de daño debe generarse de manera lícita, con conocimiento y dominio de ella, pese a lo cual, se termina produciendo un daño.

Y es que, como bien anota el profesor Philippe Le Tourneau, “*El fundamento de la responsabilidad por riesgo resulta sin duda del señorío o dominación (maitrise) que el responsable tenía o normalmente debía haber tenido sobre los hombres o las cosas por las cuales debe responder*”¹¹⁴, lo cual permite suponer que la proximidad del daño ha de originarse en una fuente lícita, es decir, en un comportamiento (activo o pasivo) conforme a derecho.

A nivel local, la maestra María Cecilia M'causland ha señalado con contundencia y claridad:

*“No obstante, la argumentación expuesta en la sentencia parece dar cuenta de la confusión entre la noción de riesgo propia del lenguaje común, referida a la contingencia de un daño, y la noción de riesgo propia del ámbito de la responsabilidad patrimonial. Esta última, en efecto, alude a la contingencia de un daño en ejercicio de una actividad lícita; de otro modo, la teoría del riesgo no podría constituir el fundamento de un régimen objetivo de responsabilidad”.*¹¹⁵

¹¹² Diccionario de la Real Academia Española. [En línea]. Recuperado en 2018-12-06. <https://del.rae.es/?id=WT8tAMI>

¹¹³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. PARTE GENERAL. TOMO I. Argentina: EDIAR, SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA., 1971, p. 123

¹¹⁴ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. 1ª Ed. En español. Bogotá D.C.: Legis Editores, S.A., 2004, p. 39 ISBN: 958-653-400-6

¹¹⁵ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 181-268

En segundo lugar, debe precisarse que riesgo y responsabilidad objetiva son asuntos relacionados pero no idénticos. La responsabilidad objetiva es aquella que se configura sin tener en consideración circunstancias de índole subjetiva tales como el estado emocional, psicológico o económico del agente causante de un daño,¹¹⁶ pero que, más precisamente, no tiene en cuenta el actuar diligente de este.¹¹⁷ La teoría del riesgo, en cambio, aunque también prescinde de las ideas de culpa y diligencia, acude al riesgo como criterio correctivo del desequilibrio patrimonial causado por el daño.¹¹⁸ En otras palabras, aun cuando el título del presente acápite ya lo insinúe, es importante dejar en claro que el riesgo es un fundamento de responsabilidad objetiva y no la responsabilidad objetiva misma.

En tercer lugar, debe señalarse que para los efectos de la presente investigación, no se distinguirá entre riesgo y peligro, por un lado, porque el diccionario de la lengua española no permite advertir una diferencia relevante entre estos dos conceptos,¹¹⁹ y por el otro, porque lo esencial en el régimen de responsabilidad objetiva fundado en el riesgo es que este se genere en ejercicio de una actividad lícita, siendo innecesario establecer una distinción basada en la mayor o menor frecuencia de concreción, o en el mayor o menor grado de destrucción cuando la contingencia se materializa.

En cuarto lugar, es relevante que el lector tenga presente las diferentes formas en que puede presentarse el riesgo. Efectivamente, se ha hecho mención al *riesgo creado* como una sutil manifestación de la teoría del riesgo que centra su mirada en la generación de peligros a partir del ejercicio de actividades lícitas pero de las cuales no se tiene un control pleno, mediando en ellas un cierto grado de inmanejabilidad.¹²⁰ Sobre la materia, el jurista Arturo Alessandri Rodríguez ha dicho que “según esta teoría, quien crea un riesgo debe sufrir sus consecuencias

¹¹⁶ “De todas maneras, es necesario distinguir entre la responsabilidad puramente objetiva y la responsabilidad por riesgo. La primera prescinde de cualquier elemento subjetivo que pueda estar en cabeza de quien causó el daño. Circunstancias psicológicas, económicas o externas de cualquier índole no tienen influencia para efectos de la responsabilidad civil. Probado el vínculo causal entre agente y daño, se produce la responsabilidad”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. TOMO I. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2010, p. 822, ISBN Tomo I 978-958-653-559-5.

¹¹⁷ Véase nota No. 66

¹¹⁸ “En cambio, la *teoría del riesgo* trata de prescindir de la idea de culpa, pero se acude al correctivo del riesgo creado o del riesgo provecho, lo que en cierta forma es una limitación de la responsabilidad objetiva.”. (Bastardillas originales). TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. TOMO I. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2010, p. 822, ISBN Tomo I 978-958-653-559-5.

¹¹⁹ Efectivamente el diccionario de la lengua española define peligro como: “*Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal*”. Diccionario de la Real Academia Española. [En línea]. Recuperado en 2018-12-07. <https://del.rae.es/?id=SOF763p>

¹²⁰ TRIGO REPRESAS, Felix & STIGLITZ Rubén. Directores de la obra. *Derecho de daños*. Primera Parte. Buenos Aires: 1991, Ediciones La Roca, p.68

*si el riesgo llega a realizarse; quien con su actividad irroga un daño debe, por tanto, repararlo, haya o no habido dolo o culpa de su parte.*¹²¹ De manera que será la mera causación del daño la que responsabilice a su autor,¹²² no se dice ya sin importar su culpa o dolo — aspecto en el que se toma distancia del citado jurista —, pues si cualquiera de ellos se presenta el régimen a aplicar será el subjetivo en tanto que régimen general, pero sí a pesar de la diligencia o cuidado con que haya realizado la actividad generadora de riesgo.

De igual forma, se ha planteado la teoría del *riesgo provecho* o del *riesgo beneficio*, la cual, teniendo como premisa la creación lícita de un riesgo, exige además la generación de un beneficio para quien lo crea, sujeto que, justamente por ello, será responsable del daño que tal riesgo genere. En otras palabras, “*el que con su actividad crea riesgos y recibe beneficios, debe en esa medida soportar los daños que ocasione.*”¹²³ Tanto más cuanto que, como bien señalan Planiol y Ripert, “*(...) crea los riesgos para su propio provecho, con la finalidad de obtener ganancias o una satisfacción. Ya que en su favor se inclinan los beneficios eventuales, las buenas probabilidades, debe sufrir las malas. Ubi emolumentum, ibi onus.*”¹²⁴

Así mismo, un sector de la doctrina ha hablado del *riesgo profesional* como una manifestación específica del riesgo beneficio, sin embargo, algunos autores como el profesor Manuel Guillermo Sarmiento García se oponen a esta apreciación por considerar que el concepto de *riesgo profesional* goza de cierta autonomía frente a la noción de *riesgo provecho*, comoquiera que:

“(...) la actividad que representa ese provecho económico es un actividad calificada, que le exige a quien la ejerce determinados conocimientos sobre una ciencia o arte, y por lo tanto, los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad calificada deben ser indemnizados sin consideración alguna a la

¹²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO (Título 35 del Libro IV del Código Civil). Santiago de Chile: IMPRENTA UNIVERSITARIA, 1943, p. 114

¹²² “El autor del daño no es responsable porque lo haya causado con culpa o dolo, sino porque lo causó. Es el *hecho perjudicial liso y llano*, y no el *hecho doloso o culpable*, el que engendra la responsabilidad; el que causa el daño no responde de él en cuanto *culpable*, sino en cuanto *autor del mismo.*” (Bastardillas originales). ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO (Título 35 del Libro IV del Código Civil). Santiago de Chile: IMPRENTA UNIVERSITARIA, 1943, p. 114

¹²³ TRIGO REPRESAS, Felix & STIGLITZ Rubén. Directores de la obra. *Derecho de daños*. Primera Parte. Buenos Aires: 1991, Ediciones La Roca, p.68

¹²⁴ PLANIOL, Marcelo & RIPERT, Jorge. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Traducido por: Mario Díaz Cruz. Con la colaboración del Dr. Edurado Le Riverend Brusone. TOMO SEXTO. LAS OBLIGACIONES (Primera Parte). Habana: Cultural S.A., 1936, p. 668 y 669

*intervención o no de la culpa, de donde se concluye que en la tesis del riesgo-profesional la responsabilidad no solo radica en el provecho o beneficio económico que reporta la actividad generadora del daño, sino también en la calidad misma de la actividad, que por su carácter especializado y altamente técnico –como en el caso de las llamadas profesiones liberales–, representa para quien la ejerce una capacidad e idoneidad especial, debiendo responder en razón de ese profesionalismo de los daños que resulten del ejercicio de la actividad calificada o profesional, sin que pueda admitirse la noción de culpa, ya que el profesionalismo de la actividad la excluye de plano”.*¹²⁵

Finalmente, en lo que atañe a la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas, resulta de la mayor importancia distinguir entre peligrosidad en el comportamiento y peligrosidad en la estructura: la primera se presenta cuando la contingencia o proximidad de daño tiene su origen en la puesta en movimiento de las cosas, como, por ejemplo, la conducción de un vehículo automotor; la segunda, cuando las cosas se encuentran en un estado de inercia apenas aparente, puesto que tienen una energía intrínseca o dinamismo propio que las hace generar dicha contingencia,¹²⁶ como puede ser el caso de un transformador de energía eléctrica.

Cabe precisar que si se trata de una cosa colocada en situación de causar daño, sin entrañar peligrosidad en su estructura, deviene improcedente la aplicación del régimen objetivo basado en el riesgo, de suerte que la responsabilidad que eventualmente pueda deducirse solo podrá estar fundada en un régimen subjetivo de culpa probada. Así lo explica en detalle el profesor Javier Tamayo Jaramillo en una interesante aclaración de voto a la sentencia del 22 de febrero de 1995, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; señala el exmagistrado:

“Ahora, hay cosas que no son una actividad peligrosa en sí mismas; tal es el caso de una cama cuya consistencia no podría considerarse como peligrosa. Cuando estas cosas no peligrosas en sí están inertes al momento de ocurrir el daño, nunca se podrá comprometer la responsabilidad por actividades peligrosas de quien tiene

¹²⁵ SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil. 3ª Ed. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2017, p. 171, ISBN 978-958-772-811-8

¹²⁶ Para entender mejor esta distinción y su relevancia en la situación analizada, es pertinente recordar la doctrina de la peligrosidad en el comportamiento y la peligrosidad en la estructura, conforme a la cual, en el primer caso, la contingencia de daño puede surgir cuando las cosas se ponen en movimiento –como ocurre, por ejemplo, con un vehículo automotor–, y en el segundo, cuando las cosas están en estado de inercia, pero apenas aparente, puesto que tienen un dinamismo propio que genera dicha contingencia– lo que podría ocurrir, por ejemplo, con los explosivos. M`CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 181-268

la guarda de ellas. Para poder comprometer la responsabilidad del guardián habrá que probar una ilicitud, es decir, deberá probarse que hubo una culpa del guardián en la colocación de la cosa. En el ejemplo de la cama, si ella está colocada en situación que acarree peligro a quien pase por el lado de ella, se comprometerá la responsabilidad de su guardián, si se comprueba que un hombre prudente y normal no hubiere colocado la cama en ese lugar.

*(...) Cuando la cosa está inerte y no tiene peligrosidad intrínseca la responsabilidad por actividades peligrosas no es viable puesto que falta el nexo de causalidad. Habrá que afirmar que la cosa desempeñó un papel pasivo en el resultado, pese a que haya contacto físico entre la cosa inerte y la víctima. En tales circunstancias, la víctima tendrá, como en todos los casos, que probar que pese a la quietud o inercia de la cosa, ésta jugó un papel activo en la producción del daño, y esa prueba sólo es posible cuando se acredita la culpa del guardián de la cosa. Allí, sólo la culpa del guardián permite acreditar la causalidad”.*¹²⁷

Lo que además permite concluir que en este régimen de responsabilidad el vínculo causal debe establecerse entre el riesgo propio de la actividad y el daño, y no entre este y la conducta del agente.

Hechas estas aclaraciones, debe decirse, a manera de breve mención histórica, que si bien las teorías objetivas hunden sus raíces en los estudios realizados por Mataja, en Alemania, y Orlando en Italia, en 1988, lo cierto es que fueron los franceses Josserand y Saleilles quienes produjeron un gran impacto en América Latina a partir de su formulación de la teoría del riesgo en 1897,¹²⁸ poco después de que la Corte de Casación francesa profiriese la celebre sentencia del 16 de junio de 1897 en el caso del remolcador *Marie*.¹²⁹ El fundamento normativo que sustentó dicha teoría fue el inciso 1º del artículo 1384 del Código Civil francés según el cual “uno es responsable de las cosas que tiene bajo su guarda”,¹³⁰ de donde emana la consideración —hoy día indiscutible en el derecho francés—, de

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Exp. 4345 (22, febrero, 1995). M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholls. Aclaración de voto del Dr. Javier Tamayo Jaramillo

¹²⁸ PEIRANO FACIO, Jorge. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. 3ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, 1981, p. 146 y 147

¹²⁹ “Debe hacerse anotar, sin embargo, que la célebre sentencia de la Corte de Casación francesa, relativa al caso del remolcador *Marie* es del 16 de junio de 1897. En esta sentencia se declaró que el propietario de un remolcador era responsable, en virtud del art. 1384, inc. 1º del Código Civil francés de la muerte de un mecánico ocasionada por la explosión de una caldera, aún cuando la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, y que esta responsabilidad no cesaba aunque el propietario del remolcador probara la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto de ese defecto.”. PEIRANO FACIO, Jorge. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. 3ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, 1981, p.147

¹³⁰ Toda esta evolución ideológica debía estar, como es obvio, fundamentada en un texto legal. El artículo 1384 permitió a los juristas iniciar toda la discusión del problema. Dicha norma sostiene que ‘uno es responsable de las cosas que tiene bajo su guarda’. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. TOMO I. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2010, p. 822, ISBN Tomo I 978-958-653-559-5.

no poder el guardián de una cosa exonerarse de responsabilidad probando diligencia y cuidado frente a los daños que con ella se causen, de modo que la culpa no sería entonces un elemento estructural de la responsabilidad por el hecho de las cosas.¹³¹

Ahora bien, ¿Cuándo, y con fundamento en qué disposición, se aplicó por primera vez la teoría del riesgo en Colombia? La respuesta a esta pregunta se halla en la sentencia del 14 de marzo de 1938 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; por entonces, se encontró demostrado que un joven llamado Arnulfo fue arrollado por la rueda trasera derecha de un automóvil que intentaba sobrepasarlo mientras se desplazaba en una bicicleta de la cual cayó intempestivamente, fuera por impericia, o el temor de verse alcanzado, o cualesquiera otros motivos.¹³² Dada la relevancia de este fallo para la materia estudiada, a continuación se transcriben varios de sus apartes:

“La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. [...] A ese mismo principio obedece el art. 2341 del c.c., según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: tal su categórica redacción. (...)

(...) El art. 2356 ibidem,¹³³ que mal puede reputarse como repetición de aquél, ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que "pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona".

Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

(...) La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas, y mira a la dificultad, que suele llegar a la

¹³¹ PEIRANO FACIO, Jorge. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. 3ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, 1981, p. 577

¹³² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (14, marzo, 1938). M.P. RICARDO HINESTROSA DAZA.

¹³³ Art. 2356.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una asequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 (26, mayo, 1873). CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. En: Diario Oficial. Mayo, 1873. Nro. 2.867.

imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades. [...] De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño. (...)

(...) Porque, a la verdad, no puede menos hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, onus probandi, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder este imputarse a su malicia o negligencia.

No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba (...).

(...) Entendido de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, se tiene que al autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación poner a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño”¹³⁴.

Sin embargo, debe precisarse que, teniendo en cuenta la influencia francesa sobre el código civil colombiano, la expresión “presunción de responsabilidad” era utilizada por los juristas franceses para referirse al régimen de responsabilidad objetiva basada en el riesgo.¹³⁵ Pero, en estricto sentido, resulta inexacta ya que ella supondría dar por establecidos todos los elementos de la responsabilidad civil,¹³⁶ lo que no sucede en la teoría del riesgo, que si bien fundamenta un régimen objetivo no se confunde con él, pues aunque el demandante no deba probar la culpa del demandado, deberá acreditar el daño y el vínculo causal

¹³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (14, marzo, 1938). M.P. RICARDO HINESTROSA DAZA.

¹³⁵ “Las presunciones de responsabilidad civil extracontractual obedecieron a la necesaria mediación buscada por los juristas franceses del siglo pasado entre la doctrina del riesgo y el “rígido individualismo” encontrado por ellos al interpretar las viejas leyes sustantivas.” MOLINA MORENO, Jorge. Las presunciones en la responsabilidad civil. (*Capítulo de la tesis de grado “Responsabilidad civil y sus causas de exoneración”*).

¹³⁶ M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

adecuado entre este y el riesgo propio de la actividad. De ahí la pertinencia de la aclaración No. 2. Así las cosas, se considera que esta primera providencia sobre la materia, ampliamente conocida y difundida entre los juristas locales, identificó en el artículo 2356 del C.C. un régimen de responsabilidad objetiva basada en el riesgo, y no una “presunción de responsabilidad” más allá de la innegable literalidad de la expresión, que en modo alguno subsana su imprecisión.

Un par de meses después, en una interesante sentencia del 18 de mayo de 1938, la misma corporación resolvió un caso en el que se halló demostrado que el tren del Ferrocarril del Nordeste, mientras transportaba pasajeros de Bogotá a Tunja el día 25 de enero de 1931, arrojó chispas sobre las malezas aledañas a la línea férrea mientras transitaba por la vereda de Chinatá, desencadenando un incendio que incineró sendos elementos de propiedad del arrendatario de un predio.¹³⁷ En aquel entonces, la Corte razonó:

*“Como complemento de la norma anterior [art. 2341 C.C.] y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 ibídem establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva. Como corolario de lo dicho anteriormente, hay que aceptar que el artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual que niega el recurrente y que aparece consagrada en los preceptos normativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisto y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño”.*¹³⁸

Una vez más, la Corte considera que el artículo 2356 del C.C. contempla una presunción de responsabilidad, pero agrega que, la misma da origen a una “presunción de culpa extracontractual”. La expresión, desde luego, es abiertamente contradictoria, pues en materia extracontractual no existe presunción de culpa según se colige del contenido del artículo 2341 del Código Civil, como sí ocurre en materia contractual a la luz del inciso 3º del artículo 1604 *Ibídem*. Pero, admitiendo en gracia de discusión que una presunción tal fuere posible, no podría

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (18, mayo, 1938). M.P. FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ. (Gaceta judicial: Tomo XLVI n.º 1936, pág. 515 – 522).

¹³⁸ *Ibídem*.

coexistir con una presunción de responsabilidad, comoquiera que esta lleva implícito el fundamento al deber de reparar, sea cual sea (Culpa, dolo o riesgo), y los demás elementos de la responsabilidad (Daño y nexos causal), aquélla, en cambio, sólo da por establecida la culpa del agente, pero debe el demandante demostrar que esa situación que la Ley presume ilícita o contraria a derecho, es la causa adecuada del daño. El error, pues, se mantiene, y se le agrega uno nuevo. Días más tarde, el mismo ente judicial se vio enfrentado al caso de un señor que fue atropellado con un motor conducido por un empleado de la compañía Santa Marta Railway C^o Limited el día 19 de febrero de 1935, y que falleció un día después del accidente.¹³⁹ Mediante sentencia del 31 de mayo de 1938, la Sala de Casación Civil y Agraria puso fin al asunto, dándole continuidad a la línea argumentativa que viene reseñada:

A todo esto provee el art. 2356 del C.C., que se repite no es una reproducción ni repetición del art. 2341 de la misma obra; [sic] las dos disposiciones que acaban de citarse son bien distintas desde el punto de vista de los principios que las informan y de sus consecuencias. El art. 2341 se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto, la carga de la prueba corresponde al demandante. El art. 2356 parte de la base de la imputabilidad de la culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y entonces solo tres factores liberan al demandado de su responsabilidad, a saber: a) Fuerza mayor; b) Caso fortuito, y c) Intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente.¹⁴⁰

Si bien menos clara en cuanto al asunto de las presunciones, la Corte basa sus argumentos en sendos apartes de la sentencia del 14 de marzo. No fue sino en providencia del 15 de julio de 1938, al declarar la responsabilidad de un banco por el pago de cheques adulterados, que la Alta Corporación de Justicia aplicó la teoría del riesgo-profesional sin mencionar ninguna clase de presunción, como fundamento de un régimen objetivo de responsabilidad tras considerar que “(...) los riesgos normales de un oficio sean de cargo del que lo ejerza cuando ello convenga socialmente.”¹⁴¹ Sin embargo, se trató de un fallo aislado cuyas consideraciones no tuvieron continuidad.

¹³⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (31, mayo, 1938). M.P. LIBORIO ESCALLÓN. (Gaceta judicial: Tomo XLVI n.º 1936, pág. 560 – 565).

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (15, julio, 1938). M.P. JUAN FRANCISCO MÚJICA. (Gaceta judicial: Tomo XLVII n.º 1940, pág. 68 – 77).

El año 1938 cerró, en materia de responsabilidad, con la sentencia del 25 de noviembre, en la que la Corte resolvió el caso del siniestro del Ferrocarril del Nordeste el día 9 de abril de 1933, en el que falleció un señor cuyos familiares demandaron la reparación de perjuicios a la *Société Nationale de Chemins de Fer en Colombia* propietaria de la máquina siniestrada.¹⁴² En aquella oportunidad se dijo:

*“En la culpa aquiliana no es, en lo general, tan ventajosa la situación del demandante como en la contractual en que lo ampara la presunción a que viene aludiéndose [Se refiere a la culpa presunta en materia contractual de que trata el inciso 3º del artículo 1604], sin que esta observación implique desconocimiento de que en varios casos de aquella [o sea, de la responsabilidad aquiliana o extracontractual] cuenta también con presunción a su favor, de lo que dan ejemplos los artículos 2345, 2346 en su segunda parte, 2347, 2354 del mismo código. También es ejemplo de esto el artículo 2356, ibídem, sobre cuyas diferencias con el 2341 ha sido explícita la Corte en sentencias del 14 de marzo y 18 y 31 de mayo de este año”.*¹⁴³

Es decir, se solidificó y dio continuidad a la idea de la presunción de culpa extracontractual que, según la Corte, prevé el artículo 2356 del C.C. para los eventos de daños causados en ejercicio de actividades peligrosas. Y ello aún a pesar de que no fuera el 2356 *Ibídem* y la teoría del riesgo la *ratio decidendi* del caso particular:

*“(…) En la hoy llamada teoría del riesgo, la responsabilidad recae en principio sobre quien ejercita la respectiva actividad, por este solo hecho, y aquella es tanto más grave cuanto ésta sea más peligrosa. Pero se observa en la ocasión presente, como ha sido de oportunidad en otras análogas, que sin necesidad de ella pueden y deben nuestros jueces llegar a conclusiones plenamente equitativas y humanas, porque nuestro derecho escrito contiene disposiciones expresas que así lo permiten o autorizan o, por mejor decir, que así lo imponen”.*¹⁴⁴

Luego, en la década del 40, se dio una tendencia regresiva, es decir, una inclinación a aplicar la teoría del riesgo como verdadero fundamento de un régimen objetivo, sin entrar en consideraciones de índole subjetiva —Valga decir,

¹⁴² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (25, noviembre, 1938). M.P. RICARDO HINESTROSA DAZA. (Gaceta judicial: Tomo XLVII n.º 1940, pág. 409 – 415).

¹⁴³ *Ibídem*.

¹⁴⁴ *Ibídem*.

sin hablar de culpa probada o presunta—. Su punto de partida fue la sentencia del 15 de mayo de 1946, ocasión en que la Sala de Casación Civil resolvió un caso en que el señor Newton C. Marshal resultó gravemente lesionado a causa de un accidente aéreo en la selva del Chocó, al precipitarse a tierra el avión Von Krohn de la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta) en el cual viajaba como pasajero, y que lo motivó a presentar demanda de reclamación de perjuicios contra esta empresa.¹⁴⁵ Sobre la teoría del riesgo se dijo:

“Los peligros a que se expone el pasajero que toma asiento en un avión son más variados que los de cualquier otro medio de transporte; y él los conoce. Sabe que la empresa sólo puede garantizarle una seguridad relativa en el viaje mediante las precauciones usuales y reglamentarias previsoras de accidentes; pero que no obstante esas precauciones el espacio ofrece peligros desconocidos susceptibles en cualquier momento de imprimirle al vuelo final trágico. Si sabiendo todo esto el pasajero celebra el contrato, ello quiere decir que de su parte asume los riesgos del vuelo, porque de lo contrario libre era de movilizarse por otra vía más tranquila y segura, como el ferrocarril o el automóvil. De ahí que con razón la Corte de casación francesa haya dicho en sentencia del 21 de julio de 1930 citada por Le Goff en su TRATADO TEORICO PRÁCTICO DE DERECHO AÉREO, número 1279: ‘El transporte aéreo no se emplea aun sino por una clientela advertida y hay de la parte del transportado la aceptación de un riesgo que él podría generalmente evitar utilizando las vías terrestres y marítimas’.”¹⁴⁶

Aunque, en aras de la mayor imparcialidad posible, también en ella se dijo:

*“Es justo que se le exija a aquél [al transportador aéreo] la mayor diligencia y cuidado para la seguridad de los pasajeros, pero el carácter y la índole esencialmente peligrosa de la aviación tampoco puede imponerle un grado tal de perfección que agotando la previsión de la mente humana releve al transporte del pasajero de todo peligro. El pasajero acepta también los peligros inherentes a todo viaje aéreo; si es víctima de accidente por la caída del avión o por aterrizaje forzoso lo equitativo es que exija la prueba de que el empresario obró con prudencia y diligencia, mas no imponerle de todas maneras y en todos los casos la prueba del hecho preciso o la causa determinante del accidente, pues en la mayoría de las veces esa prueba será imposible para el transportador, ya que como lo anotan los autores, en el transporte aéreo es en donde más frecuentemente ocurre que la causa precisa del accidente permanece oculta”.*¹⁴⁷

¹⁴⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (15, mayo, 1946). M.P. ARTURO TAPIAS PÍLONIETA. (Gaceta judicial: Tomo LX n.º 2032 - 2033, pág. 430 – 448).

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*

Y ello impone asentar dos aclaraciones adicionales: en sexto lugar, al margen del régimen de que se trate, el demandado siempre debe obrar en forma diligente y cuidadosa, solo que en los regímenes objetivos como el sustentado por el riesgo, la prueba de esa diligencia le es inútil a efectos de librarse de responsabilidad. Y en séptimo lugar, sacando provecho del pasaje citado, aunque este diga, aún hablando de riesgo, que existe presunción de culpa al estimar equitativo que el actor exija al demandado prueba de que obró con “*prudencia y diligencia*”, ello es comprensible en el marco de las relaciones contractuales, puesto que el señor Marshal sobrevivió, de suerte que su demanda tuvo como apoyatura el contrato de transporte aéreo el cual hace suponer, en aquel entonces, la aplicación implícita del inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil: “*La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo;*”. Por lo que la concepción teórica que del riesgo se ofrece en esta sentencia no se desnaturaliza, no pudiéndose perder de vista que el artículo 2356 C.C. —y en esto consiste la aclaración—, únicamente es aplicable al escenario extracontractual.

Sin embargo, años después, en un caso cuyos hechos litigiosos pueden resumirse en que un señor, propietario de un local, sufrió sendos perjuicios en mercancías y enseres tras venirse abajo la pared medianera que separaba su dominio del local vecino, debido a las reparaciones que una firma de arquitectos adelantaba por cuenta de la dueña de dicho establecimiento,¹⁴⁸ la Sala de Casación Civil profirió la sentencia del 8 de mayo de 1969 en la cual señaló:

“Pero, también es lo cierto que ya abocada esta Superioridad a tomar una decisión al respecto en caso similar al que se ventila en este proceso, se pronunció categóricamente a favor de la tesis tradicional de la responsabilidad subjetiva. Así, en sentencia del 5 de abril de 1962, formuló la doctrina jurisprudencial vigente, allí estructurada en los siguientes términos ‘[...] comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su casua eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el art.2356 del C.C., como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño.’”

IV.- Frente al presente litigio no encuentra la Corte razones valederas para revaluar su precitada doctrina, mas sí otras que conducen a su reiteración. (...) V.-

¹⁴⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (08, mayo, 1969). M.P. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. (Gaceta judicial: Tomo CXXX n.º 2310 – 2311 – 2312, pág. 96 A – 107).

*Agrégase a lo dicho que nuestro sistema y su intrerpretación jurisprudencial, procuran en la máxima medida la protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia, o sea la prestación de la culpa levísima que consiste en la falta de la más esmerada diligencia, sino que también, por aplicación generalizada del art. 2356 del C.C. en punto de actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llégase según lo dice el fallo de la Corte antes transcrito, a que la exoneración de responsabilidad de quien haya participado en actividades de aquélla índole resulte extremadamente difícil, pues éste tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuito, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por tanto, razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva”.*¹⁴⁹

Pasajes de los que se pueden extraer las siguientes conclusiones: **Primera:** Para la Corte el artículo 2356 del C.C. consagra un régimen subjetivo de culpa presunta, esto es, que da por establecida la culpa en cabeza del presunto victimario como fundamento al deber de reparar. **Segunda:** Al demandado con base en el artículo 2356 *Ibídem* le resulta inútil demostrar que obró de manera diligente y cuidadosa en el ejercicio de la actividad riesgosa, pues para poder exonerarse de responsabilidad tendrá que demostrar “*que el acaecer lesivo superó su diligencia*”, es decir, que el daño probado fue producto “*de un caso fortuito, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima*”.

En ese orden de ideas, desde esta providencia del 8 de mayo de 1969, la Corte Suprema de Justicia ha matenido una misma línea jurisprudencial en el sentido de ver en el artículo 2356 del Código Civil un régimen subjetivo de presunción de culpa indesvirtuable —desechando, *aparentemente*, cualquier régimen objetivo, en especial el fundado en el riesgo—, sin que pueda oponerse a esta conclusión que el demandado cuente con la posibilidad de acreditar cualquier hecho constitutivo de causa extraña —fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima—, a efectos de exonerarse de responsabilidad, pues esta no se encuentra enderezada a desvirtuar culpas sino a destruir la imputación. De ahí que resulte inapropiada la expresión “*causales de exculpación*”.

Entre las sentencias que integran la mencionada línea jurisprudencial se encuentran las siguientes: CSJ SC y AG, 25 Oct. 1999, Exp. 5012; CSJ SC, 03 Sep. 2002, Exp. 6368; CSJ SC, 30 Jun. 2005, Rad.1998-00650-01; CSJ SC, 19

¹⁴⁹ *Ibídem*.

Dic. 2006, 2002-00109-01; CSJ SC, 2 Mayo. 2007, Rad. 1997-03001-01; CSJ SC, 06 Ago. 2009, Rad. 2001-00152-01; CSJ SC, 13 Mayo. 2010, Rad. 2001-00161-01; CSJ SC, 18 Dic. de 2012, Rad. 2006-00094-00; CSJ SC, 26 Ago. 2014, Rad. 2007-00227-01; CSJ SC, 06 Oct. 2015, Rad. 2005-00105-01; CSJ SC, 15 Sep. 2016, Rad. 2010-00111-00 (Que hablan de presunción de culpa); y valga mencionar también, la reciente sentencia de la CSJ SC, del 12 de junio de 2018, Rad. 2011-00736-01 (Que habla de presunción de responsabilidad).

En lo que a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se refiere, la primer vez que en ella se habló de la teoría del riesgo *excepcional*, cuyo planteamiento en nada difiere de la teoría del riesgo que viene expuesta en materia civil, fue en la sentencia del 2 de febrero de 1984, oportunidad en la que se debatió la responsabilidad del municipio de Quimbaya por la muerte de unos semovientes a raíz de la caída de unos cables de conducción de energía eléctrica en un predio de propiedad del demandante.¹⁵⁰ Desde entonces, la Sección Tercera ha planteado la teoría en los siguientes términos:

*“El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio”.*¹⁵¹

Durante aproximadamente 8 años, el riesgo excepcional se aplicó de manera exclusiva a los casos de daños provenientes de la actividad de conducción de energía eléctrica,¹⁵² que si bien es catalogada como peligrosa, no es la única de esta naturaleza a la que se dedica el Estado. Entretanto, los demás eventos de actividades riesgosas en que tenía participación el Estado, eran resueltos al amparo del régimen de falla presunta del servicio, pudiendo la entidad pública accionada exonerarse de responsabilidad con la prueba de su diligencia y

¹⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 2744 (02, febrero, 1984). M.P. EDUARDO SUESCUN.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² ARBELÁEZ RESTREPO, David & SÁNCHEZ ESCOBAR, Alexander. LA REPARACIÓN DIRECTA EN EL CASO DEL RIESGO EXCEPCIONAL. [En línea]. Recuperado en 2018-12-19. Disponible en: <https://bit.ly/2GusksX>

cuidado, o de un hecho constitutivo de causa extraña.¹⁵³ No fue sino hasta la sentencia del 24 de agosto de 1992 que el espectro de la teoría se amplió, al señalar la Sección Tercera que:

*“Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N), produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad”.*¹⁵⁴

Aunque con varias imprecisiones conceptuales, a partir de entonces se entendió que en los casos de daños producidos por el Estado con cosas o actividades peligrosas no entraría en juego el elemento falla o falta del servicio, fuera probada o presunta, de manera que hipótesis como las de perjuicios causados con vehículos automotores de propiedad del Estado o armas de dotación oficial solo podrían encuadrarse en un régimen objetivo de responsabilidad, que, desde luego, no podía ser otro que el del riesgo excepcional, por ajustarse al planteamiento teórico realizado en la sentencia del 2 de febrero de 1984.¹⁵⁵ Tales imprecisiones serían luego corregidas en sentencias del 2 de marzo y 21 de septiembre de 2000 (Exp's. 11.401 y 11.766, respectivamente);¹⁵⁶ en la primera de ellas, por ejemplo, se dijo:

“Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada “presunción de responsabilidad”, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 6754 (24, agosto, 1992). M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

¹⁵⁵ “(...) es claro que, a partir de aquél [del fallo del 24 de agosto de 1994], el régimen de falla del servicio presunta se aplicó, únicamente, a los casos de daños causados en desarrollo de la prestación del servicio médico. En los demás casos hasta ese momento resueltos con fundamento en dicho régimen la valoración de la existencia de una falla del servicio —probada o presunta— resultaba improcedente, por lo cual, evidentemente, el régimen aplicable era de naturaleza objetiva y, tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, debía ser el del riesgo excepcional, pues los hechos se ajustarían al planteamiento teórico de este último, conforme a los términos de la sentencia del 2 de febrero de 1984. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

¹⁵⁶ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

*excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta Corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta-por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente-, los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante. Recaerá sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad”.*¹⁵⁷

La otra imprecisión tenía que ver con la mención del daño antijurídico como único elemento que juega en los casos de “daños producidos por las cosas o actividades peligrosas”, pues el daño, como elemento estructural de la responsabilidad, siempre debe estar presente al margen de la hipótesis de que se trate; lo mismo puede decirse de su antijuridicidad, la cual, en tanto que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes, es común a todos ellos. De modo que, como ya se dijo, lo apropiado era entender que a partir de esa sentencia del 92, los daños provocados por el Estado, a través de cosas o actividades riesgosas, se resolverían al amparo del régimen objetivo fundado en el riesgo.

Desde entonces hasta la actualidad, y con las precisiones anotadas, la teoría del riesgo excepcional se ha mantenido incólume en cuanto a su planteamiento original, y su cobertura comprende todas aquellas cosas o actividades riesgosas en que tenga participación el Estado, incluidos algunos eventos de perjuicios provenientes de la actividad médica que, pese a no ser considerada como peligrosa, el Consejo de Estado ha estimado que deben solucionarse a la luz del régimen objetivo del riesgo.¹⁵⁸ Ahora bien, comoquiera que una de tales hipótesis es justamente la de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), dicha jurisprudencia, incluyendo las modalidades de riesgo a que hace mención (Riesgo peligro, riesgo beneficio, riesgo conflicto, riesgo álea),¹⁵⁹ será abordada en

¹⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 11.401 (02, marzo, 2000). M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

¹⁵⁸ Véase: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 76001-23-24-000-1995-00079-01 (17733) (19, agosto, 2009). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

¹⁵⁹ Véase: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

el capítulo principal (III) de la presente obra. Ello también, en aras de presentar simultáneamente los argumentos por los cuales se considera errada la aplicación de la teoría del riesgo a este tipo de eventos (IAAS), e inclusive, así sea expuesto someramente, a los demás casos de perjuicios provenientes de la prestación del servicio médico estatal.

1.5 Reflexión final del Capítulo I.

A manera de reflexión final, debe señalarse que el presente capítulo (I) ha sido dedicado a los principios con la absoluta convicción de que no se tratan de simples declaraciones de intención o de buena voluntad para el correcto funcionamiento de un sistema jurídico. Un principio, como señala Platón en el *Fedro* o *del amor*:

*“...no puede ser producido; porque todo lo que comienza a existir debe ser necesariamente producido por un principio, y el principio mismo no ser producido por nada, porque si lo fuera, dejaría de ser principio. Pero si nunca ha comenzado a existir, no puede tampoco ser destruido. Porque si un principio pudiese ser destruido, no podría él mismo renacer de la nada, ni nada tampoco podría renacer de él, si como hemos dicho, todo es producido necesariamente por un principio”.*¹⁶⁰

Otro tanto puede decirse de los principios jurídicos o de cualquier ciencia. Sobre ellos descansan las instituciones jurídicas, y su desconocimiento —o, peor aún, su comprensión incompleta o indebida—, puede conducir a enarbolar palacios del error con consecuencias injustas e inequitativas. Que los principios acarreen consecuencias es verdad sabida, y así lo pone de presente Helvétius cuando manifiesta que:

“Para aprender a dudar de las opiniones propias, basta con examinar las fuerzas de su espíritu, considerar el cuadro de las necesidades humanas, recordar que fue seiscientos años después del establecimiento de las universidades cuando surgió por fin un hombre extraordinario, Descartes, al que su siglo persiguió y colocó más tarde entre los semidioses por haber enseñado a los hombres a no admitir por verdaderos sino los principios de los cuales tuviesen ideas claras, verdad que

¹⁶⁰ PLATÓN. DIÁLOGOS. LA REPÚBLICA O DE LO JUSTO * FEDRO O DEL AMOR * TIMEO O DE LA NATURALEZA * CRITIAS O DE LA ATLÁNTIDA * EL SOFISTA O DEL SER. México D.F.: EDITORIAL PORRÚA, S.A., 2003, p. 265, ISBN: 970-07-3959-7 (Rústica).

poca gente entiende en toda su extensión, pues para la mayor parte de los hombres los principios no tienen consecuencias".¹⁶¹

Y quien afirma igualmente que “*el conocimiento de ciertos principios suple fácilmente el conocimiento de ciertos hechos*”.¹⁶² Dicho esto, se sostiene que justamente de los principios jurídicos expuestos en este Capítulo —sin perder de vista que la teoría del riesgo se basa en el principio de equidad—¹⁶³ se extraen los primeros argumentos que dan cuenta de por qué situaciones dañinas como la de las IAAS, y demás relacionadas con la prestación del servicio médico, no son susceptibles de resolverse al amparo de un régimen objetivo, sea el del riesgo o el del daño especial.

¹⁶¹ HELVÉTIUS, Claude-Adrien. Del espíritu. Traducido por: José Manuel Bermudo. Unión Europea: EDITORIAL LAETOLI, 2012, p. 131, ISBN: 978-84-92422-54-8

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ ARBELÁEZ RESTREPO, David & SÁNCHEZ ESCOBAR, Alexander. LA REPARACIÓN DIRECTA EN EL CASO DEL RIESGO EXCEPCIONAL. [En línea]. Recuperado en 2018–12–19. Disponible en: <https://bit.ly/2GusksX>

CAPÍTULO II

DAÑOS DERIVADOS DE INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD.

2.1 Concepto de infecciones asociadas a la atención en salud

Al respecto se ha dicho que:

“Las infecciones Asociadas a la atención en Salud (IAAS) anteriormente llamadas nosocomiales o intrahospitalarias son aquellas infecciones que el paciente adquiere mientras recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica y en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución, se asocian con varias causas incluyendo pero no limitándose al uso de dispositivos médicos, complicaciones postquirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos. Además, las IAAS son causadas por una variedad de agentes infecciosos, incluyendo bacterias, hongos y virus”¹⁶⁴.

En su sentido más genérico puede decirse que las IAAS son aquellas que se adquieren como consecuencia de las intervenciones sanitarias¹⁶⁵. Son, sin duda alguna, un importante problema de salud pública consideradas su frecuencia, morbilidad y mortalidad, así como la carga que imponen a los pacientes, personal sanitario y sistema de salud en general¹⁶⁶. Actualmente, a este tipo de infecciones se les atribuye la mayor importancia en el ámbito hospitalario ya que ocasionan muchas enfermedades, en especial a los pacientes con una estancia hospitalaria prolongada, quienes se ven sometidos al riesgo constante de adquirir una infección de esta naturaleza.¹⁶⁷

Es importante señalar que las IAAS pueden presentarse en cualquier ámbito de atención, desde hospitales y centros de atención ambulatoria hasta lugares de

¹⁶⁴ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. DETECTAR, PREVENIR Y REDUCIR INFECCIONES ASOCIADAS CON LA ATENCIÓN EN SALUD. Paquetes instruccionales. Guía Técnica. “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”. p.23

¹⁶⁵ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: Brote de infecciones asociadas a la atención de salud. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015. p. 2

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: INFECCIONES ASOCIADAS A PROCEDIMIENTOS MÉDICO - QUIRÚRGICOS. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015. p. 2

cuidado crónico y centros de rehabilitación¹⁶⁸. Así mismo, se les considera el evento adverso más frecuente en latinoamérica, siendo consecuencia de una atención en salud que de manera no intencional le causa un daño al paciente.¹⁶⁹

A nivel regional, aunque se sabe que las IAAS son una importante causa de morbilidad y mortalidad en América Latina, se desconoce la carga de enfermedad que producen, toda vez que, pese a que se cuenta con datos de estudios puntuales, se carece de datos nacionales o no se realiza una vigilancia estructurada de ellas, de manera que la diversidad de la información impide diagnosticar el impacto de las acciones en la región.¹⁷⁰

A mayor abundamiento, las infecciones asociadas a la atención en salud también se definen como un proceso, localizado o sistémico, causado por una reacción adversa a un agente infeccioso o sus toxinas¹⁷¹. Con el paso del tiempo, su manejo se ha vuelto más complejo por el uso inadecuado de los antimicrobianos, lo que ha generado resistencia en los microorganismos y una situación de emergencia que amenaza la salud pública a nivel mundial, tanto más cuanto que son escasas las alternativas terapéuticas y no se realiza la inversión suficiente para el desarrollo de nuevos fármacos.¹⁷²

Existen 3 grandes factores de riesgo asociados a las IAAS: Algunos vinculados con el huésped, otros con el agente infeccioso y, otros, con el medio ambiente¹⁷³. En el primer grupo se encuentran la edad avanzada, el nacimiento prematuro y la inmunodeficiencia, sin perjuicio de los riesgos específicos que aparejan ciertas patologías (v.gr. tumores malignos); en el segundo, se hallan las bacterias, virus, hongos y parásitos, estando la mayor parte de las IAAS asociadas a una bacteria o virus; en el tercer grupo conviene identificar, por un lado, los ambientes animados, referidos al personal de atención en salud, otros pacientes de la misma

¹⁶⁸ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: INFECCIONES ASOCIADAS A DISPOSITIVOS. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015. p. 3

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 4

¹⁷⁰ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: INFECCIONES ASOCIADAS A PROCEDIMIENTOS MÉDICO - QUIRÚRGICOS. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015. p. 4

¹⁷¹ PATRICIA VILLALOBOS, Andrea, *et al.* Vigilancia de infecciones asociadas a la atención en salud, resistencia bacteriana y consumo de antibióticos en hospitales de alta complejidad, Colombia, 2011. *Biomédica Revista de Instituto Nacional de Salud*. 2014, Vol. 34, pp. 67 – 80.

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ FRIEDMAN Candace, NEWSON William, Editores. Conceptos básicos de control infecciones de IFIC. International Federation of Infection Control, Ed. 2ª, 2011, ISBN 978-0-9555861-0-1., p. 32 y 33.

unidad, familiares y visitas, y, por otro lado, los inanimados, asociados al instrumental, equipos médicos y superficies ambientales.¹⁷⁴

Así mismo, se ha precisado que:

*La duración de la exposición, el inoculo y la patogenicidad de los agentes infecciosos también influye significativamente sobre el riesgo de infección. Por otra parte, se ha demostrado que intervenciones pueden influir sobre el riesgo de infección, como la presencia de dispositivos invasivos, la permanencia en servicios de cuidado crítico, exposición a antimicrobianos, terapia inmunosupresora, estancia hospitalaria prolongada y el número incrementado de exámenes y procedimientos.*¹⁷⁵

Las IAAS son de dos tipos: endógenas cuando el agente infeccioso se cultiva sistemáticamente desde un sitio anatómico específico, pero que en condiciones normales no causa enfermedad en el huésped, de modo que la infección se produce cuando dicho agente vence la inmunidad innata de la persona, enfermándola¹⁷⁶; y exógenas, cuando el agente infeccioso, en circunstancias normales, no habita dentro o sobre el cuerpo del paciente, de manera que produce la infección cuando, desde el ambiente, se introduce en su organismo¹⁷⁷. Ahora bien, se pueden identificar cuatro grandes tipos de infecciones atendiendo a la frecuencia con que se presentan, a saber: **1.** Las de tracto urinario asociadas al uso de catéter (ITU – CA); **2.** La neumonía vinculada al uso de ventilador (NAV); **3.** La infección de sitio quirúrgico (ISQ); **4.** y la del torrente sanguíneo relacionada con el uso de catéter (ITS-CVC)¹⁷⁸. Vale la pena señalar brevemente en qué consiste cada una.

¹⁷⁴ “Otros factores huésped asociados con un mayor riesgo de IAAS incluyen tumores malignos, infección con el virus de inmunodeficiencia humana, quemaduras graves y ciertas enfermedades de la piel, desnutrición severa, coma, diabetes mellitus, enfermedad broncopulmonar, problemas circulatorios, heridas abiertas y traumas (...) Otros factores de riesgo asociados al ambiente de atención en salud son las condiciones de salubridad, limpieza de la unidad, temperatura y humedad, así como las técnicas de diagnóstico y maniobras terapéuticas empleadas”. FRIEDMAN Candace, NEWSON William, Editores. Conceptos básicos de control infecciones de IFIC. International Federation of Infection Control, Ed. 2ª, 2011, ISBN 978-0-9555861-0-1., p. 32 y 33.

¹⁷⁵ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: INFECCIONES ASOCIADAS A DISPOSITIVOS. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2016. p. 7

¹⁷⁶ HAMMER, Gary y MCPHEE, Stephen. Fisiopatología de la enfermedad. Una introducción a la medicina clínica. 7ª Ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2015, ISBN: 978-607-15-1263-5.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ UNAHALEKHAKA, Akeau. Epidemiología de las infecciones asociadas a la atención en salud. [En línea]. Recuperado en 2018-04-19. Disponible en: <https://bit.ly/2I33r4z>

Aproximadamente el 30 o 40% de las infecciones asociadas a la atención en salud se presentan en las vías urinarias y prolongan en un 15% la estancia hospitalaria del paciente¹⁷⁹. La mayor parte de las infecciones del aparato urinario se relacionan con el uso de una sonda vesical a permanencia o cateterismo vesical, técnica que, por cierto, se suele emplear de forma inadecuada, extendiendo su uso innecesariamente¹⁸⁰. El riesgo de infección varía de un 3 a 7% por cada día que la sonda permanece en su sitio, y ello se debe al ascenso de las bacterias desde la región periturretral o por la contaminación intraluminal de la sonda¹⁸¹. La irrigación de los catéteres también aumenta el riesgo de infección con independencia de si se utilizan o no antibióticos¹⁸².

Los microorganismos que con mayor frecuencia causan ITU – CA son la *Escherichia coli*, bacilos gramnegativos hospitalarios, enterococos y *Candida*¹⁸³. Existen factores que predisponen al paciente a contraer esta clase de infecciones, algunos de tipo sistémico como la diabetes mellitus, la inmunosupresión y la malnutrición, y otros de carácter local, como la incontinencia, constipación, obstrucción orgánica o funcional, cuerpos extraños (v.gr. sondas y cálculos), tumores o tejido necrótico¹⁸⁴. Ahora bien, la cateterización debe responder a unos principios generales que ciertamente reducen el riesgo de infección, a saber:

“(1) los catéteres permanentes deberán utilizarse sólo en casos absolutamente necesarios; (2) se deberán insertar las sondas con estrictas técnicas de asepsia; (3) usar sistemas cerrados, de preferencia con válvula unidireccional; (4) es esencial un drenaje sin obstrucción; (5) se habrá de evitar la irrigación innecesaria del sistema; (6) si se precisa que el catéter permanezca instalado por un periodo prolongado, se habrá de cambiar cada 2 a 3 semanas para minimizar la encostración, así como la formación de cálculos, y (7) se deberán dar antibióticos a los pacientes con colonización asintomática, justo antes de cambiar o remover el catéter (no durante el periodo en que está instalado, a menos que haya una infección sintomática)”¹⁸⁵.

¹⁷⁹ KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON MANUAL DE MEDICINA. 19ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-1409-7.

¹⁸⁰ FONSECA ANDRADE, Vera Lucía; VELUDO FERNÁNDES, Filipa Alexandra. Prevención de la infección del tracto urinario asociada al cateterismo: estrategias en la implementación de las directrices internacionales. *Rev. Latino-Am. Enfermagem – RLAE*, 2016, DOI: 10.1590/1518-8345.0963.2678.

¹⁸¹ KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON MANUAL DE MEDICINA. 19ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-1409-7.

¹⁸² KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON. PRINCIPIOS DE MEDICINA INTERNA. 19ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2016, ISBN: 978-607-15-1335-9 (Obra completa).

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ DOHERTY, Gerard M. Diagnóstico y tratamiento QUIRÚRGICOS. 13ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN:978-607-15-0544-6.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

También se encuentra la neumonía asociada al uso de ventilador (NAV). Se dice que es la infección asociada a la atención en salud más común en los pacientes con ventilación mecánica y causa de aproximadamente la mitad de los antibióticos empleados en la unidad de terapia intensiva (UTI)¹⁸⁶. Esta clase de neumonía se desarrolla dentro de las 48 horas siguientes a la intubación endotraqueal e inicio de la ventilación mecánica, y se define como la inflamación del parénquima pulmonar causada por gérmenes que no estaban presentes al comienzo de aquélla¹⁸⁷. La neumonía nosocomial es provocada por la colonización bacteriana del tracto respiratorio inferior debido a la inhalación de aerosoles infectados, a la aspiración de la flora bucofaríngea (propia o adquirida en el hospital) e incluso de origen gástrico, y, con menos frecuencia, por la esparción hematógena a partir de un foco de infección lejano¹⁸⁸.

La enfermedad cardiorespiratoria previa, la enfermedad neurológica, el síndrome de insuficiencia respiratoria aguda (SIRA), la brocoaspiración, el uso de sondas nasogástricas, la desnutrición, terapia antimicrobiana previa, así como la presencia de edema pulmonar, politrauma o quemaduras, son algunos de los factores de riesgo para el desarrollo de NAV¹⁸⁹. Las medidas de control van desde la realización de pruebas habituales sobre la disposición para la extubación, pasando por la disminución de los factores de riesgo en la atención del paciente — por ejemplo, elevando la cabecera de la cama de 30 a 45 grados para evitar posición de decúbito dorsal que favorezca la aspiración — hasta el empleo de medidas de asepsia del equipo respirador — esterilizando o desinfectando todos sus componentes reutilizables, como nebulizadores, y reemplazando los tubos y circuitos respiratorios cuando la suciedad o el mal funcionamiento así lo exijan —

190

No menos relevante es la infección del sitio quirúrgico (ISQ). Se trata, de hecho, de la segunda infección asociada a la atención en salud más frecuente después de la del aparato urinario, superando a la infección respiratoria (NAV)¹⁹¹. Por sitio

¹⁸⁶ HUNTER, Jhon. Neumonía asociada a la ventilación mecánica. Intramed, 2012.

¹⁸⁷ HUÍZAR HERNÁNDEZ, Víctor, *et al.* Neumonía asociada a ventilación mecánica. *Neumología y Cirugía de Tórax*. 2005, nro.64. pp. 9-21.

¹⁸⁸ BAÑOS ZAMORA, Milvia; SOMONTE ZAMORA, Dariel Edecio y MORALES PÉREZ, Viviana. Infección nosocomial. Un importante problema de salud a nivel mundial. *Revista Latinoamericana de Patología Clínica y Medicina de Laboratorio*. 2015, nro. 62, pp. 33-39.

¹⁸⁹ CARRILLO ESPER, Raúl, *et al.* Neumonía asociada a ventilación mecánica. *Revista de la Asociación Mexicana de Medicina Crítica y Terapia Intensiva*. 2002, nro. 16, pp. 90-106.

¹⁹⁰ KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON. PRINCIPIOS DE MEDICINA INTERNA. 19ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2016, ISBN: 978-607-15-1335-9 (Obra completa).

¹⁹¹ FUERTES ASTOCÓNDOR, Luis., *et al.* Infección del sitio quirúrgico: comparación de dos técnicas quirúrgicas. *Revista Médica Herediana*. 2009, nro. 20, pp. 22-30.

quirúrgico se entiende el “espacio anatómico comprendido desde la incisión en la piel hasta cualquier cavidad, espacio o región donde se genera la herida (...)”¹⁹², de modo que la ISQ tiene lugar cuando en dicha área se identifica la presencia de material purulento con la existencia de agentes patógenos o manifestaciones clínicas de infección, como eritema, dolor, edema o aumento de la sensibilidad local, al margen de si se han realizado o no cultivos que demuestren el desarrollo de microorganismos¹⁹³.

La herida quirúrgica puede ser limpia, limpia/contaminada, contaminada o sucia¹⁹⁴. Es limpia cuando no hay infección, y esta sólo puede producirse con la microflora de la piel, sin que exista penetración de ninguna víscera hueca contaminada¹⁹⁵; es limpia/contaminada cuando existe una leve transgresión de la técnica de asepsia y se penetran vísceras huecas como el tracto gastrointestinal, orofaríngeo, genitourinario, biliar o traqueobronquial¹⁹⁶; contaminada, cuando se realiza de manera accidental, reciente y abierta, con violaciones serias a la técnica de esterilidad, incluyendo incisiones que presentan inflamación aguda no purulenta¹⁹⁷; y sucia, cuando es traumática, evidenciando un retraso importante en el tratamiento, y en la que existe necrosis de tejido, identificándose también por la presencia de material purulento y por infligirse con el fin de alcanzar una víscera perforada acompañada de gran contaminación¹⁹⁸.

A su vez, la infección incisional puede ser superficial, profunda o de órganos y espacios.¹⁹⁹ Es superficial cuando ocurre dentro de los 30 días posteriores a la cirugía y afecta tejidos superficiales como la piel o tejidos subcutáneos,

¹⁹² FRÍAS CHANG, Norla Virgen., *et al.* Infección del sitio quirúrgico poscesárea. *MEDISAN*. 2016, nro. 20, pp. 596-603. ISSN: 1029-3019.

¹⁹³ VASEN, Walter. Infección del sitio quirúrgico. [En línea]. Recuperado en 2018-04-21. Disponible en: <http://sacd.org.ar/udiez.pdf>

¹⁹⁴ LÓPEZ TAGLE, Daimilé., *et al.* Infección de la herida quirúrgica. Aspectos epidemiológicos. *Revista Cubana de Medicina Militar. Instituto Superior de Medicina Militar Dr. Luis Díaz Soto*. 2007, nro. 36, pp. 1-11. ISSN: 1561-3046.

¹⁹⁵ BRUNICARDI, Charles., *et al.* Schwartz. Principios de Cirugía. 10ª Ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2015, ISBN: 978-607-15-1275-8.

¹⁹⁶ LÓPEZ DE LOS REYES, Ramón., *et al.* GUÍA PRÁCTICA DE LA HERIDA QUIRÚRGICA AGUDA. GUÍA PRÁCTICA No. 6. Ed: Xunta de Galicia Consellería de Sanidad Servicio Gallego de Salud Dirección General de Asistencia Sanitaria, 2016.

¹⁹⁷ LÓPEZ TAGLE, Daimilé., *et al.* Infección de la herida quirúrgica. Aspectos epidemiológicos. *Revista Cubana de Medicina Militar. Instituto Superior de Medicina Militar Dr. Luis Díaz Soto*. 2007, nro. 36, pp. 1-11. ISSN: 1561-3046.

¹⁹⁸ BRUNICARDI, Charles., *et al.* Schwartz. Principios de Cirugía. 10ª Ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2015, ISBN: 978-607-15-1275-8.

¹⁹⁹ VELÁSQUEZ MENDOZA, Dolores., *et al.* Prevalencia de infección del sitio quirúrgico en pacientes con cirugía abdominal. *Cirujano General*. Ene – marzo 2011, nro.33, pp. 32-37. ISSN: 1405-0099.

caracterizándose por el drenaje purulento de la incisión superficial, o la presencia de hipersensibilidad, dolor, enrojecimiento o calor local, salvo que el cultivo de la secreción del sitio quirúrgico resulte negativo²⁰⁰; es profunda, cuando tiene lugar dentro de los 30 a 90 días posteriores a la cirugía o dentro de un año en presencia de implante, identificándose por el drenaje purulento de incisión profunda, mas no del órgano, o por la dehiscencia espontánea de la herida quirúrgica o por su apertura intencional por el cirujano, siendo el cultivo positivo²⁰¹; es de órgano, cavidad o espacio, cuando acontece dentro de los 30 primeros días siguientes a la cirugía en ausencia de implante, o dentro del primer año en presencia de este, y se define como aquella que, guardando relación con la intervención quirúrgica, compromete la estructura anatómica de cualquier órgano o espacio distinto a la incisión, y que haya sido abierto o manipulado durante el procedimiento²⁰².

Son variados los factores de riesgo que facilitan el desarrollo de ISQ, entre ellos están la edad superior a 60 años, la desnutrición u obesidad, el tipo de cirugía —limpia, contaminada o sucia—, la estancia preoperatoria prolongada, el tiempo quirúrgico prolongado, la inmunosupresión y enfermedades concomitantes preexistentes²⁰³. La realización de una cirugía delicada, cuidadosa y limpia, la reducción de la contaminación y el uso profiláctico de antibióticos son algunas de las medidas que se pueden adoptar para prevenir esta clase de infecciones²⁰⁴.

Por último, está la infección del torrente sanguíneo asociada al uso de catéter (ITS-CVC). Las infecciones del torrente sanguíneo (ITS) son una de las complicaciones más relevantes que pueden ocurrir en la atención de un paciente, y encuentran su explicación en el progreso tecnológico que produce nuevos dispositivos, la creciente complejidad de los pacientes y el avance general de la

²⁰⁰ Sociedad Argentina de Infectología (SADI), Sociedad Argentina de Terapia Intensiva (SATI) y Asociación de Enfermeros en Control de Infecciones (ADECI). Infección del Sitio Quirúrgico. Guías para la prevención. 2008. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2HYLPsU>

²⁰¹ VIALAT SOTO, Vivian. CONSENSO NACIONAL SEPSIS ASOCIADAS A LOS CUIDADOS MÉDICOS. INFECCIÓN DEL SITIO QUIRÚRGICO. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2w4ivgf>

²⁰² LÓPEZ TAGLE, Daimilé., *et al.* Infección de la herida quirúrgica. Aspectos epidemiológicos. *Revista Cubana de Medicina Militar. Instituto Superior de Medicina Militar Dr. Luis Díaz Soto.* 2007, nro. 36, pp. 1-11. ISSN: 1561-3046.

²⁰³ FUERTES ASTOCÓNDOR, Luis., *et al.* Infección del sitio quirúrgico: comparación de dos técnicas quirúrgicas. *Revista Médica Herediana.* 2009, nro. 20, pp. 22-30.

²⁰⁴ “El cirujano que traumatiza el tejido, que deja cuerpos extraños o hematomas en las heridas, que utiliza muchas ligaduras y que expone la herida a la resequeidad o la presión por retractores, está exponiendo a los pacientes a riesgos innecesarios de infección”. DOHERTY, Gerard M. *Diagnóstico y tratamiento QUIRÚRGICOS.* 13ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN:978-607-15-0544-6.

medicina²⁰⁵. Uno de esos avances son los catéteres venosos centrales (CVCs), dispositivos necesarios en la práctica médica actual que permiten el empleo de diversas técnicas de monitorización y tratamiento, haciendo más fácil el cuidado de niños con enfermedades graves o crónicas²⁰⁶. Pues bien, las infecciones del torrente sanguíneo vinculadas al uso de catéter venoso central (ITS-CVC) son unas de las más frecuentes en las unidades de cuidados intensivos (UCI), pero, como se verá, son evitables²⁰⁷.

Ahondando un poco más en los catéteres vasculares centrales, debe decirse que estos se emplean para ingresar al torrente sanguíneo con distintos fines, bien sean diagnósticos, terapéuticos, para administración de medicamentos, hemodiálisis etc²⁰⁸. El catéter venoso central (CVC) es el dispositivo intravascular utilizado con mayor frecuencia, siendo insertado por la piel del paciente a través de un acceso venoso central como, por ejemplo, la vena subclavia, yugular o femoral²⁰⁹. La causa de esta clase de infecciones asociadas al uso de CVC obedece a múltiples factores, de manera extraluminal (Por fuera del catéter) se produce como consecuencia de la migración de microorganismos de la piel del sitio de inserción a través del tracto cutáneo del catéter, colonizando eventualmente la punta del mismo, y, de manera intraluminal (Por dentro del catéter), la contaminación puede ser producto de una indebida limpieza de las conexiones durante la instalación y desinstalación de los sistemas, especialmente en catéteres de varios lúmenes²¹⁰. En el primer caso (Por vía extraluminal) la bacteriemia²¹¹ se presenta en los primeros días de cateterización, en cambio, en el

²⁰⁵ Comité IAAS EU. Ana María Kehr. NORMA PREVENCIÓN DE INFECCIONES DEL TORRENTE SANGUÍNEO E INSTALACIÓN DE DISPOSITIVOS INTRAVASCULARES. *CLÍNICA MAYOR, RED CLÍNICAS REGIONALES*. 2015, versión 3, COD: CM/005-015, p. 3

²⁰⁶ LONDOÑO F., Angela Liliana; ARDILA F., Margarita y OSSA P., David. Epidemiología de la infección asociada a catéter venoso central. *Revista Chilena de Pediatría*. 2011. Vol 82, nro. 6, pp. 493-501 ISSN: 0370-4106.

²⁰⁷ OSORIO, Johanna., *et al.* Implementación de un manojito de medidas (Bundle) de inserción para prevenir la infección del torrente sanguíneo asociada a dispositivo intravascular central en Cuidado Intensivo en Colombia. *Revista chilena de infectología*. 2013, Vol. 30, nro. 5, pp. 465-473, ISSN: 0716-1018.

²⁰⁸ PARRA FLORES, Miguel., *et al.* Incidencia de infección asociada a catéter venoso central y factores de riesgo relacionados en pacientes con nutrición parenteral total en un hospital de tercer nivel. *Cirujía y Cirujanos*. Marzo-abril 2017, Vol. 85, nro.2, pp. 104-108.

²⁰⁹ GARCÍA C., Patricia., *et al.* Diagnóstico de las infecciones asociadas a catéteres vasculares centrales. *Revista chilena de infectología*. 2003, Vol. 20 (1), pp. 41-50, ISSN: 0716-1018.

²¹⁰ LONDOÑO F., Angela Liliana; ARDILA F., Margarita y OSSA P., David. Epidemiología de la infección asociada a catéter venoso central. *Revista Chilena de Pediatría*. 2011. Vol 82, nro. 6, pp. 493-501 ISSN: 0370-4106.

²¹¹ “La bacteriemia es la presencia de bacterias en la sangre y su importancia es variable”. DOHERTY, Gerard M. Diagnóstico y tratamiento QUIRÚRGICOS. 13ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN:978-607-15-0544-6.

segundo evento (Por vía intraluminal), ocurre después de la primera semana de cateterización²¹².

En cuanto a los factores de riesgo que contribuyen a las ITS–CVC, algunos tienen que ver con el paciente, como su edad avanzada o inmunosupresión, otros, en cambio, están relacionados con las características del catéter, el lugar de inserción, la destreza o habilidad de la persona que lo coloca, o el hecho de que el procedimiento haya tenido que realizarse de urgencia²¹³. También constituyen factores de riesgo la cantidad de catéteres colocados, el número de manipulaciones, el número de días de hospitalización previos a la infección, los días de uso del catéter, entre otros²¹⁴. Son diversos los microorganismos causantes de este tipo de infecciones, pero los más comunes son los que habitan en la flora de la piel²¹⁵. El más frecuente es el estafilococo coagulasa negativo resistente a la meticilina²¹⁶. Los bacilos gram negativos en general, y distintas especies de cándida, también son responsables de estas infecciones²¹⁷.

Finalmente, la prevención de la ITS-CVC comprende “el lavado o higienización de manos antes y después del contacto con el paciente siguiendo la técnica recomendada por la OMS, el uso de máximas barreras estériles durante la inserción del catéter central, la preparación de la piel del paciente con clorhexidina al 2% y evitar el acceso vascular femoral”²¹⁸. Así mismo, es de vital importancia el entrenamiento del personal encargado de la instalación del CVC, pues con razón se ha dicho que:

“Las personas involucradas en la instalación y manejo de CVCs deben estar debidamente capacitadas en el tema y manejar específicamente los aspectos de indicaciones de uso, instalación con técnica aséptica, manejo y medidas generales de prevención (IA). Esta capacitación debe abarcar a todo el personal de salud,

²¹² LONDOÑO F., Angela Liliana; ARDILA F., Margarita y OSSA P., David. Epidemiología de la infección asociada a catéter venoso central. *Revista Chilena de Pediatría*. 2011. Vol 82, nro. 6, pp. 493-501 ISSN: 0370-4106.

²¹³ PARRA FLORES, Miguel., *et al.* Incidencia de infección asociada a catéter venoso central y factores de riesgo relacionados en pacientes con nutrición parenteral total en un hospital de tercer nivel. *Cirujía y Cirujanos*. Marzo-abril 2017, Vol. 85, nro.2, pp. 104-108.

²¹⁴ SANDOVAL, Marisol., *et al.* Epidemiología de las infecciones intrahospitalarias por el uso de catéteres venosos centrales. *Kasmera*. 2013, Vol. 41, nro. 1, pp. 7-15, ISSN:0075-5222.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON. MANUAL DE MEDICINA. 19ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-1409-7.

²¹⁷ SANDOVAL, Marisol., *et al.* Epidemiología de las infecciones intrahospitalarias por el uso de catéteres venosos centrales. *Kasmera*. 2013, Vol. 41, nro. 1, pp. 7-15, ISSN:0075-5222.

²¹⁸ OSORIO, Johanna., *et al.* Implementación de un manejo de medidas (Bundle) de inserción para prevenir la infección del torrente sanguíneo asociada a dispositivo intravascular central en Cuidado Intensivo en Colombia. *Revista chilena de infectología*. 2013, Vol. 30, nro. 5, pp. 465-473, ISSN: 0716-1018.

profesional universitario o paramédico, involucrado en la instalación, vigilancia o manejo de ellos (IA). Las personas que instalan CVCs deben tener un entrenamiento práctico inicial con supervisores más experimentados (IA).²¹⁹

Definidas las infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS), establecidos sus factores de riesgo, e identificados los tipos de infección según su origen y frecuencia, conviene analizar cuáles son los daños o perjuicios que pueden producirse como consecuencia de ellas.

2.2 Daños o perjuicios derivados de las infecciones asociadas a la atención en salud según la tipología daño material e inmaterial manejada por las altas cortes.

Ante todo, conviene precisar el concepto de daño. El profesor Javier Tamayo Jaramillo señala que “daño civil indemnizable es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”²²⁰. A su vez, el jurista Fernando Hinestrosa expresa que “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”²²¹. Por su parte, el tratadista Manuel Guillermo Sarmiento García lo define como “todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos”²²².

Entre otras definiciones, se destacan la del profesor Adriano de Cupis, para quien el “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”²²³; así como la de Bustamante Alsina, quien expresa que daño “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño

²¹⁹ BRENNER F. Pola., *et al.* Prevención de infecciones asociadas a catéteres vasculares centrales. *Revista chilena de infectología*. 2003, Vol. 20 (1), pp. 51-69, ISSN: 0716-1018.

²²⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, T.2, “De los perjuicios y su indemnización”. Bogotá: Ed. Temis, 1986, p.5

²²¹ HINESTROSA, Fernando. Derecho de Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 529

²²² SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil. 2ª Ed. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009. 91 p. ISBN 978-958-710-409-7

²²³ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª Ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970. 82 p.

moral)”²²⁴; al igual que la ofrecida por el doctor Juan Carlos Henao, quien anota que “daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”²²⁵.

Valgan, pues, estas definiciones, para tener una comprensión general de lo que la doctrina entiende por daño. Por nuestra parte, entendemos el daño como toda modificación negativa de la realidad de un sujeto de derecho, en su dimensión material, económica, relacional o afectiva. Sin embargo, al margen de la noción que el lector estime más acertada para designar este fenómeno, lo cierto es que el daño, como bien lo anota el profesor Manuel Guillermo Sarmiento García, es “El elemento fundamental alrededor del cual gira todo el derecho de la responsabilidad (...) ya que éste es el presupuesto básico, la fuente de la obligación de indemnizar (...)”²²⁶. Entendimiento que, según este mismo autor, es acogido por nuestro ordenamiento positivo,²²⁷ cuando en su artículo 1494, el Código Civil señala:

*“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.*²²⁸

Y es que con razón afirma el maestro Juan Carlos Henao que “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil”²²⁹. Por su parte, la doctora Milagros Koteich Khatib expone que:

“La importancia del elemento daño dentro de la responsabilidad civil es tal que muchos autores se rebelan contra la preeminencia que sobre el estudio de éste ha tenido siempre el factor de imputación (tradicionalmente la culpa) tanto en los estudios doctrinarios como en las decisiones jurisprudenciales, pues ello no es

²²⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. 4ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. 143 p.

²²⁵ HENAO, Juan Carlos. El Daño. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007. p. 84. ISBN: 978-958-710-254-1

²²⁶ SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil. 2ª Ed. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009. 90 p. ISBN 978-958-710-409-7

²²⁷ *Ibidem*. P. 90-91

²²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 (26, mayo, 1873). CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. En: Diario Oficial. Mayo, 1873. Nro. 2.867.

²²⁹ HENAO, Juan Carlos. El Daño. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007. p. 37. ISBN: 978-958-710-254-1

conforme, en realidad, ni siquiera con el orden cronológico que dentro del estudio de la responsabilidad debiera primar²³⁰.

Pero también debe precisarse que pese al innegable papel que juega el daño como eje central de la responsabilidad, resulta ser un elemento necesario mas no suficiente para que esta sea declarada, pues puede ocurrir que aunque el daño exista, no sea imputable, esto es, atribuible al demandado, o que siéndolo no se halle en el deber de repararlo al no ser antijurídico, debiendo soportarlo el demandante²³¹.

Ahora bien, se acoge la distinción entre daño y perjuicio aceptada tradicionalmente por la doctrina, "(...) en el entendido de que aquel alude a la lesión de un interés legítimo y este, a las consecuencias de esa lesión, (...)",²³² siendo estas últimas el objeto de la indemnización por constituir el daño resracible, pues, como bien señala la magistrada Ruth Stella Correa Palacio al salvar parcialmente su voto en la sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011):

“El detrimento psicofísico o corporal en sí mismo no representa objeto de reparación, siendo por tal motivo desatinado volver a la expresión de perjuicio fisiológico o a la salud, pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable.

Así las cosas, a mi juicio, cabe advertir que se incurre en una imprecisión, puesto que el daño extrapatrimonial o inmaterial debe ser clasificado de acuerdo con las consecuencias que produce tanto al interior del sujeto (moral), como en su parte externa (daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia) y no por el simple hecho del evento separado de sus efectos (daño biológico, fisiológico o a la salud), como se propone en la sentencia de la cual me distancio.

*En efecto, recuérdese la diferencia que existe entre las nociones de daño y perjuicio, que, como lo explica Henao, permite entender las distintas formas en que opera la responsabilidad, establecer la legitimación en la causa para actuar en este ámbito y la manera de indemnizar. **El daño es un hecho, es la lesión a la integridad de las personas o de las cosas, mientras que el perjuicio se***

²³⁰ KOTEICH KHATIB, Milagros. La REPARACIÓN del DAÑO como MECANISMO de TUTELA de la PERSONA. Del daño a la salud a los nuevos daños extra-patrimoniales. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2012. p. 17. ISBN 978-958-710-761-6

²³¹ HENAO, Juan Carlos. El Daño. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007. p. 38. ISBN: 978-958-710-254-1

²³² M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 14 ISBN 978-958-772-381-6.

configura por las consecuencias que se derivan de la lesión y que son la materia de la reparación”.²³³ (Negrillas del tesista).

O como anota la doctora M'Causland sobre el asunto:

*“(…) la pretensión de valorar de manera debida las afectaciones sufridas por los ofendidos y, en ese sentido también la de garantizar su reparación, parece sugerir la adopción de un tipología de perjuicio que aluda a las consecuencias de la violación de los derechos y no a sus causas. Solo de esta manera podrá verificarse, además, con suficiente claridad, que se repara todo el perjuicio sufrido y nada más que este. (...) las categorías de daño indemnizable deben determinarse por las consecuencias de tal vulneración al identificar las reparaciones procedentes”.*²³⁴ (Negrillas del tesista).

Hecha esta aclaración, se pasa a determinar cuáles son los daños o perjuicios que se derivan de las infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS). Siguiendo un orden lógico, el primer y más inmediato daño que se advierte en esta clase de infecciones es el que se produce en la salud de la persona infectada. Se trata pues, ante todo, de un daño a la persona en su bien salud. Sin embargo, debe agregarse que la afectación de la salud no es el único daño que se puede inferir a la persona, por lo que resulta válido incluirlo en una categoría más amplia como lo es la de los llamados daños extrapatrimoniales a la persona. Sobre el particular, la doctora Milagros Koteich Kathib señala:

*“Este daño extrapatrimonial [a la persona] tradicionalmente ha sido definido, en términos etimológicos estrictos, como aquel que no puede clasificarse entre los patrimoniales o económicos; pero si quisieramos ensayar una definición más precisa, podríamos decir que el mismo está contituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que no tienen una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten una equivalencia exacta en dinero (como el daño a la salud o el perjuicio fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos”.*²³⁵

²³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031). (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO.

²³⁴ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 45-47 ISBN 978-958-772-381-6.

²³⁵ KOTEICH KHATIB, Milagros. La REPARACIÓN del DAÑO como MECANISMO de TUTELA de la PERSONA. Del daño a la salud a los nuevos daños extra-patrimoniales. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2012. p. 17. ISBN 978-958-710-761-6

Yendo entonces de lo general a lo particular, se puede decir que el daño a la salud es una especie de daño extrapatrimonial a la persona de carácter tangible o verificable. Desde luego, una definición de esta naturaleza es insuficiente y debe ser precisada, aunque constituye un punto de partida. Así pues, el doctor Edgar Cortés define el daño a la salud como “cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de su capacidad para producir réditos”;²³⁶ para luego colocarlo como centro de los daños a la persona, por ser la integridad psicofísica parte esencial de ella, aquello que le es más inherente.²³⁷

Obviando el desarrollo histórico que ha tenido el daño extrapatrimonial en el ordenamiento jurídico italiano, se tiene que en este, según lo señala el profesor Darío Andrés Parra Sepúlveda, el *danno alla salute* ha sido entendido como la vulneración a la integridad física y psíquica del individuo, y que afecta primordialmente su esfera funcional al margen de la pérdida de rentas que le pueda generar.²³⁸ Concluye el citado jurista que el *danno alla salute* abarca las “normales actividades del sujeto sean ellas ordinarias, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, entre otras”²³⁹; por lo que el daño a la salud “compromete el modo de ser y vivir del sujeto lesionado, significando por ello un déficit en lo que concierne al estado de bienestar integral de la persona humana.”²⁴⁰

Ahora bien, conviene preguntar si la jurisprudencia nacional reconoce y define el daño a la salud. En lo que hace a la jurisdicción ordinaria, se tiene que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 05 de agosto de 2014, menciona el daño a la salud en un par de ocasiones:

²³⁶ CORTÉS Édgar. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS A LA PERSONA. EL DAÑO A LA SALUD EN LA EXPERIENCIA ITALIANA, ¿UN MODELO PARA AMÉRICA LATINA? Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009. p. 132. ISBN 978-958-710-093-x

²³⁷ “Considerar la integridad psicofísica como la parte *esencial* de la persona, como aquello que le es *más inherente*, significa poner al bien salud en el centro de la problemática del resarcimiento de los daños a la persona en general.” CORTÉS Édgar. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS A LA PERSONA. EL DAÑO A LA SALUD EN LA EXPERIENCIA ITALIANA, ¿UN MODELO PARA AMÉRICA LATINA? Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009. p. 139. ISBN 978-958-710-093-x

²³⁸ PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés. EL *DANNO ALLA SALUTE* Y EL LLAMADO *DANNO BIOLÓGICO* A LA LUZ DE LOS DAÑOS CORPORALES. The danno alla salute and the called danno biologico at the light of the personal injury. Chile: Universidad Católica de Temuco. [En línea]. Recuperado en 2018-07-11. Disponible en: <https://bit.ly/2LauY55>

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ *Ibíd.*

“Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.

(...) Para precisar el significado de esta noción [daño a la vida en relación], en el mismo fallo [del 13 de mayo de 2008] se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo éste “no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre...”. De igual modo se aclaró, con apoyo en la doctrina, que “el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están ausentes”²⁴¹.

Pero como bien anota la jurista María Cecilia M´causland Sánchez sobre esta sentencia:

Como se ha explicado, no es claro que la Corte Suprema de Justicia reconozca hoy, como categoría de daño inmaterial indemnizable autónoma, el denominado daño a la salud. Su mención en el fallo del 5 de agosto de 2014 analizado no forma parte de la ratio decidendi; constituye, apenas, un obiter dictum.²⁴²

En este orden de ideas se concluye que, al menos en la jurisdicción ordinaria, el daño a la salud no se reconoce y mucho menos se define. La jurisdicción de lo contencioso administrativo por su parte, reconoció por primera vez la indemnización del daño a la salud como categoría inmaterial autónoma en la ya citada sentencia del 14 de septiembre de 2011; ocasión en la que disertó en los siguientes términos:

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona (...)

²⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. SC 10297-2014. (05, agosto, 2014). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

²⁴² M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 60. ISBN 978-958-772-381-6.

(...) En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo (...)

(...) Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto.²⁴³

Pero también señaló que el daño a la salud comprende diversas esferas de la persona, no pudiéndose desagregar en diferentes expresiones corporales y relacionales y resultando inadmisibles indemnizar por separado cada afectación corporal o social proveniente de su lesión.²⁴⁴ De ahí que, anota la providencia, el daño a la salud deba resarcirse con fundamento en dos componentes: Uno objetivo, relacionado con el porcentaje de invalidez dictaminado, y uno subjetivo atinente a las consecuencias particulares que se derivan para la persona lesionada y que permiten incrementar el valor fijado conforme al primer criterio.²⁴⁵ Por último, intenta hacer una sistematización del perjuicio inmaterial [extrapatrimonial a la persona] afirmando que este comprende el daño moral, el daño a la salud, y la afectación a cualquier otro bien, derecho o interés legítimo que no provenga de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, y que pueda ser indemnizado bien como daño autónomo, bien a través de categorías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia.²⁴⁶

²⁴³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031). (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁴⁴ “En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica.”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031). (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁴⁵ “De allí que no se proceda a indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031). (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁴⁶ En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés

Posteriormente, en sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 28804, la Sección Tercera del Consejo de Estado complementó y dio contornos definitivos (al menos hasta el momento) al daño a la salud.²⁴⁷ En efecto, evocando el pluricitado fallo del 14 de septiembre de 2011, recordó que en él se estableció que la lesión a la salud del individuo constituye un daño autónomo, no subsumible o identificable con los conceptos de daño a la vida en relación y de alteración a las condiciones de existencia, aclarando frente a este último que dicha alteración no tendría por qué ser grave, pues lo que determina la indemnización es la antijuridicidad y no la magnitud del daño.²⁴⁸

Lo dicho anteriormente se condensa en el siguiente fragmento de la sentencia estudiada:

*“En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera. La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada.(...) el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima”.*²⁴⁹

legítimo constitucional, jurídicamente tutelad que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida en relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta corporación.”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031). (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

De modo que, en síntesis, el Consejo de Estado reconoce el daño a la salud como categoría de daño inmaterial autónomo; en él quedan subsumidas o inmersas las nociones de daño a la vida en relación y de alteración a las condiciones de existencia, lo que se infiere al entender aquél como toda lesión a la integridad psicofísica relativa a los “aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano” incluidas “las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de víctima”; daño que además no podrá reconocerse sino a la víctima directa del mismo y no a sus familiares y allegados, en cuantía que no supere los 100 S.M.L.M.V. y que excepcionalmente podrá ser superior cuando existan circunstancias debidamente probadas que indiquen “una mayor gravedad e intensidad”, sin que en todo caso pueda sobrepasar los 400 S.M.L.M.V.²⁵⁰

Lo conceptuado sobre el daño a la salud por el Consejo de Estado en esta sentencia del 28 de agosto de 2014 (28804) es reproducido en iguales o similares términos en sentencias de esa misma fecha expedientes 26251, 27709, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149.²⁵¹ Así mismo, los criterios contenidos en estas providencias fueron recopilados por el Consejo de Estado en documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25 de septiembre de 2013 y aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014.²⁵²

Ahora, cierto es que no se ha expuesto el desarrollo que han tenido las nociones de daño a la vida en relación y alteración a las condiciones de existencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado, pero ello excede en demasía los propósitos

²⁵⁰ “La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.V., de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada. (...). En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales caso el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas.” COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

²⁵¹ M^cCAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 60. ISBN 978-958-772-381-6.

²⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014. REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencia y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Bogotá D.C. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2z3I9TV>

de la presente sección, que solo busca establecer los perjuicios que pueden derivarse de las infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS) a la luz de la jurisprudencia vigente en lo civil y lo contencioso administrativo. Sin embargo, en este último ámbito pueden consultarse las sentencias del 19 de julio de 2000 (Exp. 11.842) — daño a la vida en relación —, del 15 de agosto de 2007 (Exp. AG- 2003-385) y del 18 de octubre de 2007 (Exp. AG-2001-00029-01) — alteración a las condiciones de existencia —.

La adopción del año a la salud, en la forma en que lo ha hecho el Consejo de Estado, ha suscitado diversas críticas y observaciones por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, el jurista Jorge Pantoja Bravo sostiene que:

Lo malo es que la nueva concepción del daño a la salud genera “confusión y nos deja perplejos, al cambiarnos lo básico, es decir, la clasificación bipartita expuesta”²⁵³ en dos grandes grupos de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales o no patrimoniales, de un lado agrupando algunos daños extrapatrimoniales y excluyendo a los demás, afirmando reiteradamente que “los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud”, situación que excluye rubros indemnizatorios tradicionales, autónomos e independientes como el daño estético, el daño sexual, entre otros, que dejarían de indemnizarse so pretexto de estar incluidos en el daño a la salud al indemnizar con el mismo monto a la persona que tiene a uno de sus elementos igual a la persona que tenga varios de ellos, error que conlleva al fijar en un solo monto dinerario la indemnización, es decir, de manera global, lo cual ha sido criticado por diferentes jurisdicciones conminando a los abogados a que presenten de forma discriminada su pretensión económica (...).²⁵⁴

Por su parte, María Cecilia M`Causland Sánchez sostiene que el documento del 28 de agosto de 2014 no define el daño a la salud aunque su contenido puede inferirse de ciertos apartes del texto²⁵⁵ así como de las variables que, según el mismo, el juez debe valorar; a saber:

²⁵³ PANTOJA BRAVO, Jorge. El principio de vertebración en el ‘Daño a la salud’ en Colombia, artículo publicado el 07 de julio de 2015, ver documento en <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Opinion/>

²⁵⁴ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de daños. EL DAÑO A LA SALUD. Bogotá: UNIACADEMIA LEYER, p. 35. ISBN 978-958-769-464-2

²⁵⁵ “En cuanto a su contenido, como se ha observado, en el documento del 28 de agosto de 2014 no se ofrece una definición. Aquel podría inferirse, sin embargo, de lo expresado allí mismo en el sentido de que ‘el juez debe determinar el porcentaje o gravedad de la lesión corporal o psicofísica [...] relativa a los aspectos o componente funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano’, para lo cual debe ‘considerar las consecuencias negativas de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima’”. M`CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 60. ISBN 978-958-772-381-6

- “1. La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
2. La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
3. La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
4. La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
5. La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
6. Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
7. Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
8. Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
9. La edad.
10. El sexo.
11. Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
12. Los demás que se acrediten dentro del proceso”²⁵⁶

Lo cual, señala la citada autora, permitiría afirmar que el daño a la salud es una forma de daño a la vida en relación — leáanse las variables 5,6,7 y 11 —solo que proveniente de la lesión a la integridad psicofísica de la persona, cuando en la sentencia del 19 de julio de 2000 (Exp. 11.842) se señaló que también podía tener su origen en la lesión a otro tipo de derechos como la honra, la tranquilidad sentimental, el buen nombre, entre otros.²⁵⁷

Estas y más observaciones se han formulado al mencionado daño a la salud en los términos en que ha sido acogido por el Consejo de Estado. El tesista se limitará a decir que la lesión a la integridad psicofísica de la persona ya es una consecuencia negativa proveniente del hecho dañino, a la que se siguen otras consecuencias de variada índole; si el concepto del daño a la salud debe abarcar

²⁵⁶ M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 61. ISBN 978-958-772-381-6

²⁵⁷ “Así pues, parece válido afirmar que el daño a la salud constituiría —conforme a la tipología que reconoció el mismo Consejo de Estado en épocas anteriores, a partir de la sentencia del 19 de julio de 2000 (exp. 11842)— una forma de perjuicio a la vida de relación, en cuanto se referiría las consecuencias inmatrimales que sufre una persona en su vida exterior, desarrollada con las demás personas y con el ambiente. Se trataría, en ese caso, como se ha dicho, apenas una forma de perjuicio a la vida de relación, en cuanto se exige que provenga de una ‘lesión corporal o psicofísica’, esto es, de una lesión al derecho a la salud, mientras que, según el entendimiento que de dicho perjuicio se hizo en la sentencia mencionada, podía provenir tanto de la lesión a este último derecho como de la lesión a otros derechos de distinta índole, como, por ejemplo, la honra, el buen nombre, la tranquilidad sentimental, la propiedad, etcétera.”. M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 61. ISBN 978-958-772-381-6

solamente la primera, o, además de esta, las que se siguen en diferentes esferas de la persona (sean internas o externas, pues a fin de cuentas son consecuencias) es algo que dependerá de la mayor o menor amplitud que se le dé a dicho concepto. Sobre el particular, resulta pertinente citar la definición que trae la Constitución de la Organización Mundial de la Salud:

*“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.*²⁵⁸

Entonces, se insiste, si un concepto como este abarca o no perjuicios como el daño a la vida en relación o la alteración a las condiciones de existencia es algo que dependerá del intérprete. Por ejemplo, ¿bajo cuál argumento podría negarse que la ausencia de tristeza, congoja, desolación o zozobra forma parte integral de la salud de una persona? Y sin embargo pocos, tal vez nadie, estarían dispuestos a incluir el daño moral dentro del daño a la salud: ese es el poder de la tradición. El asunto, desde luego, demanda unidad de materia que impida la dispersión de múltiples categorías de daño resarcible a partir de un mismo hecho dañino, lo que trae consigo el riesgo de que dichas categorías se superpongan y se produzca una doble reparación. Teniendo en cuenta que la salud también se refiere a un estado de bienestar social, se considera que la definición del daño a la salud y sus contornos en el ordenamiento jurídico colombiano debe realizarse a la luz del contexto social interno.

Explicada la noción de daño a la salud a la luz de la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado — y recordando que en materia civil no se reconoce —, se sostiene que este es el primer y más importante daño que se deriva de las denominadas Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) y, en general, de cualquier hecho que consista en la lesión de la integridad física y/o psíquica de la persona. Así se deduce de senda jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

²⁵⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Documentos básicos, suplemento de la 45ª edición, octubre de 2006 Como consecuencia de la entrada en vigor de las modificaciones adoptadas por la 51ª Asamblea Mundial de la Salud es necesario sustituir el texto que aparece en las páginas 1-18 de la 45ª edición de Documentos básicos por el que figura a continuación. [En línea]. Recuperado en 2018-07-17. Disponible en: <https://bit.ly/XitfkQ>

*“El 18 de agosto siguiente al paciente se le practicó una valoración física durante la cual se detectaron secuelas de “encefalopatía hipóxica” (...). Así mismo, fue sometido a una escanografía cerebral simple, la cual mostró “secuelas de evento infeccioso (meningitis)”, causado por la “klebsiella neumoniae”, e “hidrocefalia leve de tipo comunicante” (...). En cuanto a las circunstancias que rodearon la producción del daño, está probado dentro del expediente que la meningitis que afectó a (...) fue causada por la bacteria klebsiella neumoniae multirresistente. Igualmente, está probado que esta bacteria se encontraba en el organismo del menor cuando él fue hospitalizado por segunda vez en la (...) ya que se dictaminó que esta era la responsable de la enfermedad diarreica aguda que presentaba”.*²⁵⁹

Así mismo, en sentencia del 11 de junio de 2014 se manifestó:

*“Bajo dicha perspectiva, ha de concluir la Sala que la paciente adquirió dicha infección –que conllevó a que se le tuviera que extirpar la matriz–, en las instalaciones de (...), pues no obra prueba alguna que indique que la paciente padecía dicha infección con anterioridad a la atención en ese centro hospitalario (...) resulta claro entonces que en el presente asunto el tratamiento médico hospitalario prestado por el ente público demandado a la señora (...), afectó de forma grave los derechos a la vida, integridad y salud, entre otros, en perjuicio de la madre gestante (...) la infección sufrida por la señora (...) –que ocasionó finalmente la necesidad de practicarle una histerectomía total–, fue adquirida en el momento del parto, en las instalaciones de (...)”.*²⁶⁰

Y a mayor abundamiento, en reciente fallo del 7 de febrero de 2018 se dijo:

*“El 7 de febrero de 2000, el paciente fue valorado por el servicio de ortopedia, que confirmó el diagnóstico de osteoartritis séptica y ordenó la práctica de una cirugía, la cual se realizó a las 20:00 horas del mismo día. Durante el procedimiento quirúrgico se extrajeron aproximadamente 100 c.c. de material purulento y se realizó una tracción cutánea (...) No obstante, a la herida quirúrgica se le drenó material purulento, con el cual se realizó un cultivo y un antibiograma (...) El 10 de febrero de 2000, se recibió el reporte del antibiograma el cual dio positivo para estafilococo resistente a la oxacilina, por lo que se ordenó el suministro de un nuevo antibiótico: vancomicina, teniendo en cuenta que persistía la secreción purulenta en la cadera (...) Como consecuencia de la enfermedad que padeció, (...) presenta un acortamiento del miembro inferior derecho, lo que le genera cojera en el desplazamiento, escoliosis funcional en la bipedestación y una pérdida de capacidad laboral del 17,13%.”*²⁶¹

²⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

²⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 25000-23-26-000-1998-02268-01 (27.089). (11, junio, 2014). M.P.HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

²⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-00472-01 (29481). (7, febrero, 2018). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

Así las cosas, resulta evidente que las IAAS son un serio problema de salud pública y que en efecto pueden lesionar gravemente la integridad psicofísica de la persona. Otro perjuicio que de ellas se deriva, pero que, como se verá, sólo es reconocido por la jurisprudencia civil, es el daño a la vida en relación. Para el profesor Renato Scognamiglio esta clase de daño, al que también llama daño a la vida asociada, hace que el sujeto lesionado — únicamente lo refiere a eventos de lesión — pierda total o parcialmente, de manera temporal o definitiva, la posibilidad de desarrollar su vida de relación, sea social, deportiva, etc., privándolo de todo el conjunto de placeres y satisfacciones que ella comprende, mereciendo ser tenido en cuenta.²⁶² También se ha definido como “aquel que se produce por el impedimento que padecerá la víctima que lo sufre para realizar aquellas actividades que hacen agradable su existencia y que son diferentes a las productivas y distintas a su estabilidad emocional o dolor físico.”²⁶³

En Colombia se habló por primera vez de daño a la vida en relación en Sentencia del 04 de abril de 1968 proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, oportunidad en la que se precisó que el daño extrapatrimonial podía consistir en una lesión a cualquiera de los derechos de la persona como el derecho a la propia imagen, al buen nombre, a la intimidad, etc., y que podía repercutir tanto en sus sentimientos y afectos como en su vida de relación.²⁶⁴ Lo anterior imponía la necesidad de distinguir entre la afectación a la esfera interna del individuo y la que se produce en su esfera externa o relacional, debiendo valorarse por separado a fin de reparar integralmente a la víctima.²⁶⁵ Pero como bien anota el Doctor Felipe Navia Arroyo, este importante fallo fue pasado por alto en la jurisprudencia

²⁶² “La cuestión es que tales lesiones, aún en el caso más interesante que es cuando no se presentan esas consecuencias patrimoniales (como en el ejemplo del sujeto que no tiene ingresos) , [sic] constituyen siempre un daño y más precisamente un daño a la vida asociada, o como se suele decir, a la vida de relación. En efecto, el lesionado viene a perder en todo o en parte, por un periodo más o menos largo, o inclusive por toda la vida, las posibilidades de dedicarse a esa vida de relación (vida social, deportiva, etc.) , [sic] con todo el cúmulo de satisfacciones y placeres que ella comporta, y sufre así un daño que también merece ser tenido en cuenta.” SCOGNAMIGLIO, Renato. EL DAÑO MORAL. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual. Traducción y notas de Fernando Hinestroza. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1962. 22 y 23 p.

²⁶³ URIBE RUÍZ, Agustín. El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil. *CRITERIO JURÍDICO GARANTISTA*. 2010, No.2 Enero-junio, pp. 108 – 123.

²⁶⁴ NAVIA ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO*. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 2007, No. 12-13, pp. 289 – 305 .

²⁶⁵ NAVIA ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO*. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 2007, No. 12-13, pp. 289 – 305 .

posterior de la Sala Civil,²⁶⁶ no pudiéndose consolidar como precedente vinculante.

Más de cuarenta años después, en sentencia del 13 de mayo de 2008, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia retomó el concepto de daño a la vida en relación y, dada la trascendencia de este fallo, se transcribe *in extenso* lo que sobre el particular se dijo:

“(…) el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar.”²⁶⁷

²⁶⁶ “Por ser insatisfactorio, desde todo punto de vista, el tratamiento que venía dándosele, por parte de la jurisprudencia nacional, al tema del daño moral, y en general del daño extrapatrimonial, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia intenta producir un vuelco total en 1968. El inspirador de la iniciativa y ponente de la sentencia del 4 de abril de ese año fue el magistrado y Rector del Externado, Dr. Fernando Hinestrosa. En este fallo, notable por varios aspectos, inexplicablemente pasado por alto en los sucesivos pronunciamientos de la propia Sala Civil de la Corte sobre la materia, se dijo que el daño extrapatrimonial consistía en la lesión de uno cualquiera de los derechos de la personalidad, esto es, a la vida, a la intimidad, a la propia imagen, al nombre, etc., la cual podía repercutir tanto en los sentimientos y afectos de la víctima como en su vida de relación. Las dos repercusiones, psíquica o interna la una, externa la otra, constituían *chefs de préjudice* diferentes y, como tales, debían ser valorados independientemente para efectos de la reparación integral a que tiene derecho la víctima”. NAVIA ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO*. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 2007, No. 12-13, pp. 289 – 305.

²⁶⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Así mismo, destacó que se trata de un daño inmaterial²⁶⁸ autónomo no susceptible de confundirse con otras categorías de daño indemnizable —patrimoniales o extrapatrimoniales —, pues una interpretación errónea conduciría al incumplimiento de la reparación integral de la víctima que la Ley y la equidad ordenan (Artículo 16 de la Ley 446 de 1998).²⁶⁹ De igual forma anotó que puede originarse no solo en la lesión a la integridad psicofísica de la persona sino también en la afectación de sus derechos fundamentales o de cualquier otra clase de intereses legítimos,²⁷⁰ pudiéndolo sufrir no solo la víctima directa de la lesión sino también su conyuge, compañero o compañera permanente, parientes cercanos o amigos, o estos y aquél;²⁷¹ entre otras características señaladas.²⁷²

²⁶⁸ “En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: **a)** tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; (...)”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

²⁶⁹ “(...) **y g)** es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño – patrimonial o extrapatrimonial – que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas.”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

²⁷⁰ “(...) **d)** no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; (...)”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

²⁷¹ “(...) **e)** según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquéllas y éstos; (...)”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

²⁷² **b)** adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; **c)** en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; (...) **f)** su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; (...)”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Finalmente, la Corte no dejó dudas en cuanto a la adopción del daño a la vida en relación como categoría de daño inmanterial indemnizable:

*“Una vez sentadas estas bases, para la Sala es claro que, como otrora lo insinuó la jurisprudencia de esta Corporación, a la luz de las normas constitucionales y legales que directa o indirectamente gobiernan la responsabilidad civil, el daño a la vida de relación es de completo recibo por parte del ordenamiento jurídico nacional y, por lo mismo, se torna merecedor de la protección que han de dispensar los jueces de la República, en aquellos casos en que, encontrándose debida y cabalmente acreditado, sea menester adoptar las medidas idóneas para su reconocimiento”.*²⁷³

Todo lo cual se reitera en la jurisprudencia posterior de la Sala (CSJ SC, 20 Ene. 2009, Rad. 1993-00215-01; CSJ SC, 18 Sep. 2009, Rad. 2005-00406-01; CSJ SC, 5 Ago. 2014, Rad. 2003-00660-01; CSJ SC, 9 Dic. 2013, Rad. 2002-00099-01; CSJ SC-28 abr. 2014, Rad. 2009-00201-01; CSJ SC, 17 Nov. 2016, Rad. 2000-00196-01; CSJ SC, 28 jun. 2017, Rad. 2011-00108-01; CSJ SC, 12 dic. 2017, Rad. 2008-00497-01.). Debe señalarse que, revisada la línea jurisprudencial, no se halló un supuesto de hecho en el que la afectación a la vida de relación proviniese de una Infección Asociada a la Atención en Salud (IAAS), pero conforme a la citada jurisprudencia del Consejo de Estado, es indubitable que tales infecciones pueden afectar seriamente la salud o integridad psicofísica de la persona, lo que a su vez, a la luz de la jurisprudencia civil, puede desencadenar consecuencias negativas en su vida de relación; en efecto, así se colige de las siguientes providencias en las que resulta comprometida la salud o vida de la persona:

“En la complementación de esa experticia, que milita del folio 231 al 235 del cuaderno de la Corte, se puso de presente que el paciente “requiere de cuidador permanente”, como quiera que necesita “asistencia” en “todas las actividades de la vida diaria, como: ir al baño, alimentarse, vestirse, caminar y desplazarse, requiriendo el uso permanente de silla de ruedas”. (...)

(...) Es ostensible que por las graves e irreversibles lesiones que le provocaron al menor, él, en lo que hasta ahora ha transcurrido de su existencia y en lo que le falta, no ha podido, ni podrá, llevar una vida cercana si quiera a lo normal, pues está impedido para realizar, incluso, las actividades más básicas en el desempeño humano, como caminar, hablar, comer, aprender, trabajar etc.

De esa situación se infiere que a (...) se le privó de la posibilidad de relacionarse satisfactoriamente con los miembros de su propia familia y, en general, con las demás personas y con el entorno, de modo que ni ahora ni nunca, le será dable

²⁷³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

*jugar con otros, practicar un deporte, recibir educación formal, capacitarse, enamorarse o conformar una familia, situaciones que, entre otras muchas, son las que hacen la vida placentera”.*²⁷⁴

De igual forma, en sentencia del 28 de junio de 2017 se dijo:

“Está demostrado que el menor (...) sufrió una parálisis cerebral y minusvalía como consecuencia del sufrimiento fetal prolongado que presentó in útero, debido a que el parto no se atendió a tiempo; quedando afectada su integridad psicofísica para siempre.

*Por cuanto las secuelas permanentes ocasionadas a la salud del menor alteraron su convivencia en sociedad, de modo que no ha podido disfrutar de la felicidad propia de los años de infancia, ni mucho menos realizar las actividades lúdicas y formativas normales de una persona que goza de buena salud, se tasarán este rubro en la suma de setenta millones de pesos (\$70'000.000)”.*²⁷⁵

Además, no sólo la víctima directa del daño sino también sus amigos y parientes cercanos pueden sufrir este tipo de perjuicio, inclusive estos últimos cuando aquella fallezca a causa de la lesión:

“Las anteriores declaraciones aunadas a las de (...), no dejan dudas de que el distanciamiento de (...) no solo obedeció a su enorme sufrimiento, sino a la desubicación y truncamiento en un proyecto de vida que tenía trazado con su pareja desde hacía unos 8 años (6 de noviazgo y 2 de matrimonio).

*Así lo entendió el Tribunal cuando aseveró que «la muerte de (...) entraña afectación en la señora (...), lo que de acuerdo a los testimonios recaudados implicaron un aislamiento familiar», sin vislumbrarse una confusión entre las repercusiones internas y externas del acontecimiento dañino, sino la visualización de las diversas consecuencias en ambos ámbitos que ameritaban ser sanadas, al menos simbólicamente, con un estimativo pecuniario”.*²⁷⁶

De lo dicho hasta aquí se concluye que las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) pueden afectar gravemente la integridad psicofísica de la persona, al punto de incidir negativamente en su vida de relación con el entorno, familiares y amigos, lo que amerita reparación en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

²⁷⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-008-2000-00196-01. (17, noviembre, 2016). M.P. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

²⁷⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-039-2011-00108-01. (28, junio, 2017). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

²⁷⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 05001-31-03-005-2008-00497-01. (12, diciembre, 2017). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

Retornando a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, se tiene que en este escenario se reconoce *otro tipo* de perjuicio inmaterial que el Consejo de Estado ha tenido a bien denominar “afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”.²⁷⁷ Sobre su contenido, el fallo de expediente 32988 lo *define* como “un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial”.²⁷⁸ Lo que, en últimas, no es una verdadera definición.

En cuanto a su caracterización, se trata de un perjuicio que puede ser reconocido de oficio por el juez o a solicitud de parte, obviamente en la medida en que se encuentre probado dentro del proceso;²⁷⁹ para efectos de su reparación se privilegian las medidas no indemnizatorias —no pecuniarias o dinerarias— en beneficio de la víctima directa, cónyuge o compañera (o) permanente y parientes cercanos dentro del 1º grado de consanguinidad o civil, abarcando también la relación familiar originada en la crianza.²⁸⁰ Tales medidas, encaminadas a reparar integralmente a los damnificados, se aplicarán teniendo en cuenta “*la relevancia*

²⁷⁷ “La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de ‘daño a la vida en relación’ y ‘alteración grave [esta palabra debe entenderse suprimida pues en la misma providencia el Consejo de Estado señala que el perjuicio no tiene que ser grave] a las condiciones de existencia’ no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

²⁷⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1999-00163-01 (32988). (28, agosto, 2014). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO.

²⁷⁹ “Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral (...) Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).” COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

²⁸⁰ “Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1º de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.” COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.”²⁸¹

Lo que viene a ser complementado por el documento del 28 de agosto de 2014 cuando expresa que:

*“En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, **siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.** Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado”.*²⁸² (Negrillas fuera del texto).

De lo expuesto anteriormente se infiere que cuando lo lesionado sea la integridad psicofísica o salud del individuo (como en el caso de las IAAS), en principio no es procedente la reparación del perjuicio inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, no solo por el aparte arriba transcrito, sino también porque ya desde las sentencias del 14 de septiembre de 2011 (Exp’s. 19031 y 38222) se dijo que cuando el daño se origine en una lesión corporal, sólo se podrán reconocer los perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante, así como los inmateriales correspondientes al moral y a la salud.²⁸³ El carácter residual de este tipo de perjuicio inmaterial es ratificado

²⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

²⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014. REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencia y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Bogotá D.C. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2z3I9TV>

²⁸³ **Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios** –siempre que estén acreditados en el proceso–: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 38.222 (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

en las sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Así, por ejemplo, en el citado expediente 32988 se dice:

*“Al respecto la Sala reitera los criterios expuestos en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011, en la cual se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) **cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica”** y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).”²⁸⁴ (Negrillas del suscrito).*

Es decir, sin perjuicio de lo expuesto, no se descarta la posibilidad de que, eventualmente, se pueda ordenar la indemnización del perjuicio moral, a la salud y por afectación relevante a derechos o bienes constitucionalmente amparados, este último a través de las medidas de satisfacción a que se hizo referencia. Efectivamente, en la parte resolutive de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (Exp. 28832) se lee:

*“**TERCERO.- CONDENAR** al Hospital [...] a pagar a la señora [...] la suma equivalente a noventa punto ochenta y nueve (90.89) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento del pago y al señor [...] equivalente a cien (100) smlmv, a título de daños morales.*

***CUARTO.- CONDENAR** al Hospital [...] a pagar a la señora [...] la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes y al señor [...] la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de daño a la salud.*

***QUINTO.-ORDENAR** al Hospital [...] a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre los [sic] mismos así lo consientan”²⁸⁵ (Negrillas originales)*

²⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 32.988 (28, agosto, 2014). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO.

²⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 28.804 (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

Y aunque el aparte citado no lo diga expresamente, la reparación ordenada en el numeral quinto y siguientes debe entenderse referida al rubro indemnizatorio de afectación relevante a derechos o bienes convencional o constitucionalmente amparados, de lo contrario se repararía doblemente un mismo perjuicio, sea el moral o a la salud. Lo que se deduce con mayor claridad de la parte considerativa cuando se anota que:

*“La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de “daño a la vida en relación” o “alteración grave de las condiciones de existencia” no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos”.*²⁸⁶ (Negrillas del tesista).

Siendo así, válido es afirmar que los eventos de IAAS, al amparo de la jurisprudencia de la Sección Tercera, pueden dar lugar a 3 tipos de perjuicios inmateriales: **1)** El moral, según se expondrá más adelante; **2)** A la salud, según quedó explicado; y **3)** Por afectación relevante a derechos o bienes convencional o constitucionalmente protegidos.

Lo anterior, con estricto apego a lo dicho por la jurisprudencia. Sin embargo, el tesista considera que algunas de las providencias del 28 de agosto de 2014 relevan la función sancionadora de la responsabilidad civil. Verbigracia, en el expediente 28.804 citado, al resolver el caso concreto se indica:

“En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho. (...)

(...) Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación [sic] género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado

²⁸⁶ *Ibíd.*

*apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia”.*²⁸⁷

Filosófica y sociológicamente se comparte el rechazo categórico e irrevocable de la forma despreciativa e indolente en que la mujer ha sido maltratada no solo en el ámbito de atención en salud a que hace alusión la providencia, sino también en el campo laboral y político. Con todo, desde el punto de vista jurídico los apartes citados [y muchísimos más si se consulta con más detalle la providencia] evidencian un claro *reproche de conducta* de la entidad demandada, como *criterio determinante* para conceder reparación a través de medidas de satisfacción no pecuniarias. Con acierto ha dicho alguna doctrina que:

*“(…) esta nueva categoría de daño por afectación a bienes o derechos convencionales o fundamentales relleva la función sancionadora y, tal vez también, la función preventiva de la responsabilidad, en desmedro de su función reparadora. De otro modo no podría entenderse la referencia hecha en el documento del 28 de agosto de 2014 a la necesidad de valorar “la relevancia de caso” y “la gravedad de los hechos”. Ninguno de estos elementos tendría que considerarse para determinar la reparación del daño, que solo debería atender a la intensidad de la afectación sufrida por el ofendido, al margen de que puedan valorarse en el caso concreto para dar cuenta de la falla del servicio, como elemento de la responsabilidad, distinto del daño”.*²⁸⁸ (Negrillas del tesista).

Además, si como quedó expuesto al inicio del subcapítulo, la distinción entre daño y perjuicio permite entender que lo que se indemniza son las consecuencias (Perjuicio), tesis que aparentemente es adoptada por el Consejo de Estado, no se explica por qué la alta corporación se enfoca en circunstancias que parecen concernir más al fundamento al deber de reparar (Fallas del servicio), pasando por alto que *“si bien la sanción es una de las funciones de la responsabilidad, es solo secundaria y carece de razón cuando la reparación, como función esencial de aquella, no puede realizarse por no haberse causado un daño.”*²⁸⁹

Un perjuicio similar es reconocido por la jurisprudencia civil, solo que con el nombre de “daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales” o “daño a los bienes

²⁸⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 28.804 (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

²⁸⁸ M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 51. ISBN 978-958-772-381-6

²⁸⁹ *Ibíd.* p. 51 y 52

esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales”, también presentado como “daño a los bienes jurídicos esenciales del individuo”, y que la Corte Suprema de Justicia ha definido como “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”.²⁹⁰ Se trata de un rubro indemnizatorio sumamente complejo cuyos principales rasgos pueden deducirse, no sin dificultad, de sendos apartes de la sentencia del 05 de agosto de 2014, en la que se reconoció por primera vez; dice el fallo:

“[...] el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional (...)

(...) Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas (...)

(...) De igual manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación”.²⁹¹

²⁹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. (05, agosto, 2014). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

²⁹¹ *Ibíd.*

También señala que:

“Desde luego que el daño se clasifica por las consecuencias que produce y no por las causas que le dieron origen. De ahí que un daño a la esfera interna del sujeto que ‘repercute o se traduce’ en un detrimento patrimonial, es simple y llanamente un perjuicio material o económico, y no existe ninguna razón para confundirlo con el daño a la persona. Lo contrario supondría retornar a la antigua categoría del ‘daño moral objetivado’, superado por la doctrina y la jurisprudencia desde hace varios lustros.”²⁹²

Pero más adelante, en forma notoriamente contradictoria, anota:

“En cuanto al menoscabo del derecho al buen nombre, hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia [...] porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”.²⁹³

Entonces, la lesión a los derechos humanos fundamentales constituye un daño inmaterial autónomo que puede coexistir con otras categorías de daño resarcible y que, según el último fragmento citado, se configura por la sola infracción del bien jurídico tutelado, quedando por fuera aquellos menoscabos bagatelares que la vida social impone el deber de soportar.²⁹⁴ En cuanto a su reparación, la sentencia señala que “No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente estimación.”²⁹⁵ Y en el caso particular se determinó que:

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ Por eso la doctrina ha dicho: “Se trata de un nuevo rubro indemnizatorio (...) su punto de partida es el menoscabo de uno de los derechos de la personalidad (interés personal o bien jurídico personal) que goza de especial tutela constitucional, como sucede con el buen nombre, la dignidad o la honra (...) Aun cuando curioso, la jurisprudencia explica que este daño se configura por la sola *infracción* del interés constitucional tutelado, sin que sea necesaria ninguna repercusión o consecuencia adicional (...) el interés tutelado no corresponde a un derecho avaluable pecuniariamente (...) se trata de un daño que puede coexistir con otras categorías diferenciadas (...) Ciertamente, en aras de evitar desbordamientos o excesos, la jurisprudencia advierte que la configuración de esta nueva modalidad de daño, solamente resulta procedente cuando se verifica que el menoscabo no es irrelevante o de bagatela”. ROJAS QUIÑONES, Sergio. EL DAÑO A LA PERSONA Y SU REPARACIÓN. SOBRE LA TEORÍA GENERAL, LOS SISTEMAS DE CUANTIFICACIÓN, LA PRUEBA Y LOS CASOS DIFÍCILES. Bogotá D.C.: GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ, p.139, 140, 141, 142 y 143. ISBN 978-958-749-505-8

²⁹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. (05, agosto, 2014). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

“A partir de todos esos lineamientos, se logra constatar que el daño sufrido por los demandantes corresponde al menoscabo de un derecho superior; que el perjuicio se prolongó por más de cuatro años; que se trata de personas con estudios universitarios cuyo desenvolvimiento profesional y social depende, en gran parte, de su buen nombre; y que mantenían frecuentes relaciones comerciales con entidades crediticias y establecimientos de comercio, ante los cuales su reputación financiera sufrió un grave deterioro.

Todo ello conlleva a concluir que el mencionado daño debe ser tasado en la suma de \$20.000.000 para cada uno de los pretensores”.²⁹⁶

Lo anterior resume a grandes rasgos las características de esta clase de perjuicio.

Ahora, en lo que atañe a los casos en que se vulnera la salud de la persona, se hace eco de lo manifestado por el jurista Sergio Rojas Quiñones cuando anota que:

“[...] En efecto, esta es una lesión que recae sobre los denominados bienes de la personalidad y, en particular, sobre los intereses que la Corte Suprema de Justicia califica como de estirpe constitucional (buen nombre, libertad, dignidad, etc.). Lo curioso es que no se precisa, de manera específica, cuáles son esos intereses ‘constitucionales’ relevantes cuya infracción podrá dar lugar a una indemnización. Esta vaguedad conceptual conduce a que, a futuro, se puedan anticipar problemas prácticos como, por ejemplo, la determinación de la posibilidad de reparar por esta vía –y con independencia de otras indemnizaciones– la lesión al mínimo vital o la lesión al derecho a la salud. Considerando, por ejemplo, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la salud constituye un derecho fundamental autónomo, ¿puede invocarse la infracción de ese derecho como un daño indemnizable bajo el rubro de daño a un interés constitucional relevante con independencia de lo que se reclame bajo otras partidas indemnizatorias?”²⁹⁷

Hasta el momento no existe una respuesta concluyente para esta pregunta, pero mientras exista la posibilidad, nada parece impedir que eventualmente una lesión a la integridad física y/o psíquica de una persona dé lugar a que se reconozca el daño a la salud en tanto que “bien personalísimo de especial protección constitucional”. En otras palabras, si bien se ha dicho que el daño a la salud sólo es reconocido por la jurisdicción contencioso administrativa, al paso que la jurisdicción ordinaria habla de daño a la vida en relación, nada impide que en este último ámbito se reconozca y repare la lesión a la salud como derecho humano

²⁹⁶ *Ibíd.*

²⁹⁷ ROJAS QUIÑONES, Sergio. EL DAÑO A LA PERSONA Y SU REPARACIÓN. SOBRE LA TEORÍA GENERAL, LOS SISTEMAS DE CUANTIFICACIÓN, LA PRUEBA Y LOS CASOS DIFÍCILES. Bogotá D.C.: GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, p. 141 y 142. ISBN 978-958-749-505-8

fundamental. Respecto a la forma en que habrá de ser reparado, ello dependerá de la apreciación que el juez haga de las circunstancias particulares del caso concreto, pues, como se vio, la Corte ni siquiera asentó parámetros generales para efectos de su estimación. Podría decirse, conforme a lo decidido, que *en principio* existirá un tope de \$20.000.000.00 de pesos. Lo importante es destacar que las IAAS ciertamente pueden ser la causa generatriz de este peculiar tipo de perjuicio.

Finalmente, ambas jurisdicciones reconocen como perjuicio no patrimonial a la persona el daño moral. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo otorgó por primera vez en Colombia mediante sentencia del 21 de julio de 1922, oportunidad en la que se expresó lo siguiente:

“Este último artículo [2356 C.C.] extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante (...) por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado (...).”²⁹⁸

Y más recientemente, aunque sin alejarse mucho de sus raíces históricas, señaló que:

“[...] la doctrina jurisprudencial de la Corte ha trazado directrices claras y categóricas sobre este particular en un buen número de providencias. Una de ellas, la sentencia de casación civil de 15 de marzo de 1941 (G.J. Num. 1966, pág 795) en cuyos considerandos se leen los siguientes pasajes, muy a la medida de la especie en estudio –‘...Perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado, hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama [sic] patrimonio moral de una persona. El daño moral se puede entender de dos maneras que dan lugar a su subdivisión: en perjuicios morales propiamente dichos, que son los que afectan la parte social del patrimonio moral, como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales (...) y en perjuicio de afección que son los

²⁹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. G. J. t. XXIX. (21, julio, 1922). M.P. TANCREDO NANNETTI.

que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida de o el daño a personas queridas (...) ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra Jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar... ”²⁹⁹.

Este rubro indemnizatorio también es reconocido por el Consejo de Estado, que se refiere a él en los siguientes términos:

“Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en “el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien”. Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas”³⁰⁰.

Así las cosas, en la medida en que las IAAS pueden vulnerar la salud del individuo e incluso quitarle la vida, normalmente generarán sentimientos de tristeza, dolor, congoja, desasosiego y zozobra, no solo en quien las padece sino también en sus parientes o amigos. En ese sentido, no cabe duda que las IAAS son capaces de causar daños o perjuicios morales tal como se observa en las sentencias del Consejo de Estado de expedientes 30283, 27089 y 29481 anteriormente citadas.

Por último, se encuentran los perjuicios materiales o patrimoniales. Sobre el particular, se consideran inmejorables las palabras del profesor Javier Tamayo Jaramillo cuando en su clásica obra *“De la responsabilidad civil”* expresa que:

“De acuerdo con el artículo 1614 del Código Civil, que se aplica tanto en la responsabilidad contractual como en la aquiliana, los perjuicios patrimoniales o materiales se dividen en daño emergente y lucro cesante. // Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso

²⁹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 4366. (29, noviembre, 1994). M.P. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

³⁰⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 19001-23-31-000-1997-04001-01 (19836). (30, junio, 2011). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

*normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima. // Por lo tanto, es inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros pues uno y otro pueden gozar de ambas características (...)*³⁰¹

Uno y otro perjuicio son reconocidos por ambas jurisdicciones y pueden causarse por la muerte o las incapacidades, totales o parciales, temporales o permanentes, originadas por las IAAS.

A manera de síntesis puede afirmarse que las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), y de hecho, cualquier afectación a la integridad psicofísica en general, son capaces de ocasionar los siguientes daños y perjuicios:

Corte Suprema de Justicia: Daño a la vida en relación y daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales.

Consejo de Estado: Daño a la salud y daño inmaterial por afectación relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Ambas Cortes: Daño moral y daños materiales: daño emergente y lucro cesante (Consolidados y/o Futuros).

Deliberadamente se ha escogido una estructura piramidal partiendo de la noción misma de daño, tomando como punto de inicio los daños a la persona, principalmente la salud, hasta desembocar en los perjuicios materiales, como perjuicios todos estos que pueden derivarse de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), ya que resultaría totalmente incoherente partir de los perjuicios monetizables o susceptibles de dárseles un valor de mercado (materiales), cuando el centro de la responsabilidad civil y de la Constitución Política es y debe ser, precisamente, la persona humana y la dignidad que le es inherente³⁰² al margen de cualquier tipo de consideración económica.

³⁰¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. De los perjuicios y su indemnización. Tomo IV. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 136, ISBN 958-35-0241-3 (La obra), ISBN 958-35-0245-6 (Tomo IV).

³⁰² “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 1°.

Siendo reales los daños y perjuicios que pueden derivarse de las IAAS, conviene explicar la forma en que pueden evitarse.

2.3 Medidas preventivas para evitar daños provenientes del contagio y desarrollo de infecciones asociadas a la atención en salud.

En el marco de la 51ª Asamblea Mundial de la Salud, la Organización Mundial de la Salud (OMS) emitió la resolución WHA 51.17 de mayo de 1998, a través de la cual instó a los Estados miembros, entre ellos Colombia, a que desarrollaran mecanismos de detección de infecciones resistentes a los antimicrobianos y a mejorar las prácticas para prevenir la propagación de las mismas³⁰³. También pidió que se adoptaran medidas para restringir la distribución de agentes antimicrobianos sin la prescripción previa de un profesional sanitario cualificado³⁰⁴. De igual forma, en la 55ª Asamblea Mundial de la Salud, la OMS profirió la resolución WHA 55.18 del 18 de mayo de 2002, por medio de la cual solicitó a los Estados miembros prestar la mayor atención posible a los problemas de seguridad del paciente y pidió a la Directora General promover políticas con base científica que mejoraran la atención de aquél, debiendo centrarse especialmente en la inocuidad de los productos y de las prácticas clínicas, así como en la utilización inocua de productos medicinales e instrumentos médicos³⁰⁵.

Así mismo, en la versión No. 57 de la Asamblea, llevada a cabo en 2004, se creó una alianza internacional con el objetivo de mejorar la seguridad del paciente³⁰⁶. El tema principal de su programa tiene que ver justamente con las infecciones asociadas a la atención en salud, las cuales se hallan entre las principales causas de morbilidad y mortalidad de los pacientes a nivel mundial³⁰⁷.

Movido por estas solicitudes, y en el contexto de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Circular No. 0000045 del 29 de agosto de 2012, mediante la cual pidió a distintas

³⁰³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 51ª ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Resolución WHA 51.17 Enfermedades emergentes y otras enfermedades transmisibles: resistencia a los antimicrobianos. Ginebra, 11 -16 de mayo de 1998, p. 18.

³⁰⁴ *Ibíd.* p. 18.

³⁰⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 55ª ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Resolución WHA 55.18 Calidad de la atención: seguridad del paciente. Ginebra, 18 de mayo de 2002, p. 2.

³⁰⁶ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. DETECTAR, PREVENIR Y REDUCIR INFECCIONES ASOCIADAS CON LA ATENCIÓN EN SALUD. Paquetes instruccionales. Guía Técnica “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”. p. 30

³⁰⁷ *Ibíd.*

autoridades del orden nacional y territorial la implementación de la estrategia de vigilancia en salud pública de infecciones asociadas a la atención en salud – IAAS – y de resistencia y consumo de antimicrobianos³⁰⁸. Entre las medidas a adoptar se mencionan la promoción del uso racional de los agentes antimicrobianos por proveedores y consumidores, así como la vigilancia y control eficaz de las IAAS, del uso de dichos agentes y del grado de resistencia a los mismos en los distintos sectores³⁰⁹.

Ahora bien, históricamente existe un marco normativo con fundamento en el cual se establece la necesidad de prevenir y controlar la transmisión de microorganismos al interior de las instituciones prestadoras de servicios de salud en todo el territorio nacional³¹⁰. Dentro de dicho marco se destacan la Ley 9ª de 1979 —Por la cual se dictan medidas sanitarias—³¹¹ y la resolución No. 4445 de 1996 que regula lo atinente a las condiciones sanitarias que deben reunir las instituciones prestadoras de servicios de salud³¹². También sobresalen la resolución No. 1164 de 2002 — Por la cual se adopta el Manual de Procedimientos para la Gestión Integral de los residuos hospitalarios y similares —³¹³ y la resolución 2183 de 2004 — Mediante la que se adopta el Manual de Buenas Prácticas de Esterilización para Prestadores de Servicios de Salud—³¹⁴.

³⁰⁸ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. CIRCULAR No. 0000045 del 29 de agosto de 2012. Implementación de la estrategia de vigilancia en salud pública de infecciones asociadas a la atención en salud –IAAS–, resistencia y consumo de antimicrobianos. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2012, p. 1.

³⁰⁹ También se habla de “La difusión activa de sus conocimientos [de las autoridades a las que se dirige la circular] y experiencia en relación con las prácticas óptimas de promoción del uso racional de agentes antimicrobianos”. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. CIRCULAR No. 0000045 del 29 de agosto de 2012. Implementación de la estrategia de vigilancia en salud pública de infecciones asociadas a la atención en salud –IAAS–, resistencia y consumo de antimicrobianos. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2012, p. 2.

³¹⁰ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. MANUAL DE MEDIDAS BÁSICAS PARA EL CONTROL DE INFECCIONES EN IPS. Bogotá D.C., 2018, p. 10.

³¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 9. (24, enero, 1979). Por la cual se dictan medidas sanitarias. En: Diario Oficial. Julio, 1979. Nro. 35308.

³¹² COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución 4445 (02, diciembre, 1996). Por la cual se dictan normas para el cumplimiento del Título IV de la Ley 09 de 1979, en lo referente a las condiciones sanitarias que deben cumplir las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones técnicas y administrativas. Bogotá: El Ministerio, 1996. 32 p.

³¹³ COLOMBIA. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Resolución 1164 (06, septiembre, 2002). Por la cual se adopta el Manual de Procedimientos Para la Gestión Integral de los residuos hospitalarios y similares. Bogotá: El Ministerio, 2002, 67 p.

³¹⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 2183 (09, julio, 2004). Por la cual se adopta el Manual de Buenas Prácticas de Esterilización para Prestadores de Servicios de Salud. Bogotá: El Ministerio, 2004, 2 p.

Huelga mencionar, así mismo, el Decreto 780 de 2016³¹⁵, entre otras disposiciones.

Entre las “precauciones estándar”³¹⁶ para la prevención de IAAS se encuentra el lavado de manos con agua y jabón³¹⁷. Se trata de un procedimiento mediante el cual se busca que toda la superficie de las manos (región ungueal, palmas, dedos, espacios interdigitales) entre en contacto con agua y jabón, y que a través de la fricción se elimine la materia orgánica y la suciedad, para finalmente enjuagar bajo chorro que deseche los residuos por arrastre³¹⁸. Es obligatorio el uso de agua potable obtenida de tubería y grifo que garantice el flujo unidireccional del chorro, siendo recomendable el empleo de jabón líquido con atisépticos y el uso de toallas desechables.³¹⁹

Otra estrategia de prevención es el uso de guantes³²⁰. Con esta medida se busca reducir el riesgo de colonización transitoria de microorganismos en el personal de salud y así evitar su transmisión al paciente³²¹. Los guantes deben usarse previo contacto con una membrana mucosa o piel no intancta, así como al tocar secreciones, sangre, fluidos corporales, excreciones y cualquier tipo de material

³¹⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 780 (06, mayo, 2016). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. Bogotá D.C.: El Ministerio, 2016. 672 p.

³¹⁶ “Las ‘Precauciones estándar’ se plantearon como estrategia eficaz para la prevención de IAAS hace aproximadamente 30 años, comprenden una serie de medidas que requieren ser aplicadas por el equipo de salud en la atención de todo paciente, independientemente de su diagnóstico y de saber si posee o no alguna infección o colonización por un microorganismo.” MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. MANUAL DE MEDIDAS BÁSICAS PARA EL CONTROL DE INFECCIONES EN IPS. Bogotá D.C., 2018, p. 18.

³¹⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Precauciones estándares en la atención de la salud. Octubre 2007. Disponible en: goo.gl/XkSrbh

³¹⁸ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. MANUAL DE MEDIDAS BÁSICAS PARA EL CONTROL DE INFECCIONES EN IPS. Bogotá D.C., 2018, p. 21.

³¹⁹ “En casos especiales donde no se cuente con el suministro continuo de agua potable se deberá garantizar mecanismos para realizar esta actividad, ejemplo: dispensadores o lavamanos portátiles. Debe ser líquido [El jabón] no se recomienda el uso de jabones sólidos y fraccionados. Se pueden usar jabones con o sin atisépticos, teniendo en los segundos el riesgo de generar reacciones cutáneas que limiten la adherencia al uso. [...] El secado con toallas de tela no se recomienda debido a que al acumular humedad disminuye la adherencia al uso y pierde su capacidad de secado de manos”. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. MANUAL DE MEDIDAS BÁSICAS PARA EL CONTROL DE INFECCIONES EN IPS. Bogotá D.C., 2018, p. 21.

³²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Precauciones estándares en la atención de la salud. Octubre 2007. Disponible en: goo.gl/XkSrbh

³²¹ GARCÍA ALVARADO, Elizabeth & CÉSAR PÉREZ, Virginia. Medidas de bioseguridad, precauciones estándar y medidas de aislamiento. Rev. Enferm. IMSS 2002.

contaminado³²². También deben emplearse entre acciones y procedimientos sobre el mismo paciente si se ha tocado material que pudiera tener una alta concentración de gérmenes³²³. Concluido el acto o procedimiento con guantes, estos deben retirarse antes de entrar en contacto con cualquier objeto y superficie limpios³²⁴, y antes de proceder a la atención de otro paciente³²⁵ y de abandonar el área en el que fueron empleados³²⁶. Una vez desechados, debe procederse a la higiene inmediata de las manos a fin de evitar la transmisión de microorganismos a otros pacientes o al entorno³²⁷.

La prevención de lesiones con elementos cortopunzantes es otra de las medidas a emplear³²⁸. Según la Asociación Americana de Enfermería el 80% de los pinchazos con agujas pueden prevenirse si estas cuentan con dispositivos de seguridad³²⁹; si a ello se agrega un personal de salud educado y control de las prácticas laborales, la accidentalidad puede reducirse en más de un 90%³³⁰. Los controles son variados y van desde la eliminación del riesgo, reemplazando las inyecciones para la administración de medicamentos por otras vías como, por ejemplo, tabletas, inhaladores o parches hipodérmicos, hasta el uso de equipos de protección personal como escudos para la cara, máscaras, guantes y agujas hipodérmicas³³¹. Se destaca también el control de ingeniería que exige el uso de agujas retractiles o que pierden su filo una vez empleadas³³², así como el control

³²² PRECAUCIONES ESTÁNDAR. Plan de Vigilancia y Control de Infección Asociada a la Asistencia Sanitaria Servicio Medicina Preventiva y Salud Pública. Disponible en: goo.gl/kaic8u

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Precauciones estándares en la atención de la salud. Octubre 2007. Disponible en: goo.gl/XkSrbh

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ GARCÍA ALVARADO, Elizabeth & CÉSAR PÉREZ, Virginia. Medidas de bioseguridad, precauciones estándar y medidas de aislamiento. Rev. Enferm. IMSS 2002.

³²⁷ PRECAUCIONES ESTÁNDAR. Plan de Vigilancia y Control de Infección Asociada a la Asistencia Sanitaria Servicio Medicina Preventiva y Salud Pública. Disponible en: goo.gl/kaic8u

³²⁸ “Las precauciones estándar están conformadas por la vacunación (inmunización activa) cuando procede, las normas de higiene personal, diversos elementos de protección de barrera (como los guantes de latex y cubrebocas), los cuidados en el empleo de los objetos punzocortantes, la esterilización y desinfección correcta de instrumentos y superficies”. MORELOS RAMÍREZ, Ruben, et al. El trabajador de la salud y el riesgo de enfermedades infecciosas adquiridas. Las precauciones estándar y de bioseguridad. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 57 No. 4. Julio – Agosto de 2014, pp. 34 – 42.

³²⁹ Asociación Americana de Enfermería – Módulo de estudio independiente. Seguridad y prevención de pinchazos con agujas (PA). p.10

³³⁰ Asociación Americana de Enfermería – Módulo de estudio independiente. Seguridad y prevención de pinchazos con agujas (PA). p.10

³³¹ Asociaciones de Enfermeras de E.E.U.U. Guía para la prevención de pinchazos con agujas. Washington D.C., 2002.

³³² *Ibíd.*

administrativo relacionado con el empleo de políticas dirigidas a reducir la exposición al riesgo³³³.

También es importante la esterilización y desinfección correcta de instrumentos y superficies³³⁴. La esterilización “es la destrucción o eliminación completa de todos los organismos vivos en un sitio o materia particular”³³⁵. En ese sentido, el concepto es categórico y no admite zonas grises, ya que la esterilidad existe o no existe³³⁶. Puede lograrse a través de “incineración, tratamiento no destructivo con calor, con ciertos gases, exposición a radiación ionizante, con algunas sustancias químicas líquidas y por filtración”³³⁷. La desinfección consiste en “la destrucción de los germenos causantes de enfermedad por aplicación directa de agentes químicos o físicos sobre objetos inanimados, como instrumentos, pisos y paredes, entre otros”³³⁸.

Los métodos de esterilización pueden ser físicos o químicos³³⁹. Los primeros incluyen el calor húmedo, el calor seco, la radiación y la filtración, en tanto que, los segundos, comprenden la esterilización por gas y el uso de agentes químicos, orgánicos e inorgánicos³⁴⁰. El calor húmedo, por ejemplo, se emplea con el fin de acelerar la eliminación de bacterias por medio de la coagulación de proteínas, aplicándose a través de procedimientos como la tindalización, el vapor a presión

³³³ “ (...) la asignación de recursos que muestren un compromiso con la seguridad del PS [personal de salud], un comité de prevención contra los pinchazos con agujas (PA), un plan de control de la exposición, el retiro de todos los dispositivos inseguros y un entrenamiento consistente, relacionado con el uso de dispositivos seguros.”. Asociaciones de Enfermeras de E.E.U.U. Guía para la prevención de pinchazos con agujas. Washington D.C., 2002.

³³⁴ MORELOS RAMÍREZ, Ruben, et al. El trabajador de la salud y el riesgo de enfermedades infecciosas adquiridas. Las precauciones estándar y de bioseguridad. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 57 No. 4. Julio – Agosto de 2014, pp. 34 – 42.

³³⁵ J. RYAN, Kenneth; RAY George. Sherris MICROBIOLOGÍA MÉDICA. México, D.F. 6 Ed., McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V. 2017, ISBN: 978-607-15-1412-7.

³³⁶ “El estudiante debe habituarse a que en cirugía el concepto **esterilidad** es absoluto; la esterilidad existe o no existe, no hay términos intermedios”. ARCHUNDÍA GARCÍA, Abel. CIRUGÍA 1. EDUCACIÓN QUIRÚRGICA. 6. Ed. McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V. 2017, ISBN 978-607-15-1411-0.

³³⁷ J. RYAN, Kenneth; RAY George. Sherris MICROBIOLOGÍA MÉDICA. México, D.F. 6 Ed., McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V. 2017, ISBN: 978-607-15-1412-7.

³³⁸ “(...) y, aunque es incorrecto, es muy común usar la palabra desinfección como sinónimo de esterilización” ARCHUNDÍA GARCÍA, Abel. CIRUGÍA 1. EDUCACIÓN QUIRÚRGICA. 6ª Ed. McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V. 2017, ISBN 978-607-15-1411-0.

³³⁹ DUEÑAS GARCÍA, Omar Felipe & BELTRÁN MONTOYA, Jesús Jorge. MANUAL DE OBSTETRICIA Y PROCEDIMIENTOS MÉDICO QUIRÚRGICOS. McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2015, ISBN: 978-607-15-1217-8.

³⁴⁰ DUEÑAS GARCÍA, Omar Felipe & BELTRÁN MONTOYA, Jesús Jorge. MANUAL DE OBSTETRICIA Y PROCEDIMIENTOS MÉDICO QUIRÚRGICOS. McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2015, ISBN: 978-607-15-1217-8.

atmosférica y el vapor bajo presión³⁴¹. Entre los agentes químicos orgánicos se encuentran los acoholes y aldeídos — utilizados como antisépticos de la piel y con fines de esterilización, respectivamente —, y, dentro de los inorgánicos, figuran el yodo, el cloro, el peróxido de hidrógeno o agua oxigenada y el permanganato de potasio, entre otros³⁴².

Según la Resolución 2183 de 2004 arriba mencionada, la garantía de calidad del proceso de esterilización exige que los procesos de esterilización y control estén claramente especificados por escrito, y que en las descripciones de trabajo se determinen con claridad las responsabilidades³⁴³. También deben adoptarse las medidas indispensables para escoger y utilizar adecuadamente las materias primas y materiales de empaque, así como los controles necesarios de tales materias primas, de los productos intermedios y terminados, y realizarse las calibraciones y comprobaciones de rigor a lo largo del proceso³⁴⁴.

Los métodos de desinfección también se clasifican en físicos o químicos³⁴⁵. Dentro del primer grupo se encuentran la pasteurización, el hervido, los desinfectadores de agua o a chorro de agua y la radiación ultravioleta³⁴⁶. La pasteurización, por ejemplo, es un proceso de desinfección de alto nivel que consiste en llevar el agua hasta 77° C de temperatura alrededor de media hora, y que elimina casi todos los microorganismos a excepción de las esporas bacterianas³⁴⁷. En el segundo grupo figuran diversos agentes químicos como ácidos, amonio, fenoles, ortoftalaldehído, glutaraldehído, formaldehído, entre otros³⁴⁸. El ortoftalaldehído, por ejemplo, se emplea para desinfección de alto nivel destruyendo la mayor parte de los

³⁴¹ DUBOIS MARTÍNEZ, Salvador. CIRUGÍA. Bases del conocimiento quirúrgico y apoyo en trauma. 5ª Ed. MCGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2013, ISBN: 978-607-15-0879-9.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ La garantía de calidad “Es el conjunto de medidas adoptadas con el fin de asegurar que los productos esterilizados sean de la calidad necesaria para el uso al que están destinados”. COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 2183 (09, julio, 2004). Por la cual se adopta el Manual de Buenas Prácticas de Esterilización para Prestadores de Servicios de Salud. Bogotá: El Ministerio, 2004, p.12

³⁴⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 2183 (09, julio, 2004). Por la cual se adopta el Manual de Buenas Prácticas de Esterilización para Prestadores de Servicios de Salud. Bogotá: El Ministerio, 2004, p.12

³⁴⁵ G.KATZUNG, Bertran & J.TREVOR, Anthony. FARMACOLOGÍA BÁSICA Y CLÍNICA. 13ª Ed. MCGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2015, ISBN:978-607-15-1367-0.

³⁴⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. ACOSTA-GNASS, Silvia & VALESKA DE ANDRADE, Stempliuk. Manual de esterilización para centros de salud. Washington, D.C.: 2008, ISBN 978-92-75-32926-9, p. 58 y 59

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Francisco, *et al.* GUÍA NACIONAL PARA EL EXAMEN DE RESIDENCIAS MÉDICAS. 2ª Ed. HOSPITAL GENERAL DE MÉXICO, 2013, ISBN: 978-607-15-0960-4.

patógenos y optimizando la protección del instrumental quirúrgico y de los endoscopios³⁴⁹.

Por último, cabe mencionar las precauciones para el control del ambiente, el manejo de la ropa, los desechos, soluciones y equipos³⁵⁰. Los controles ambientales comprenden mecanismos para la descontaminación de objetos en sitios de atención clínica, y se traducen en la limpieza y desinfección, entre las diferentes sesiones de uso, de las superficies del entorno, camas, barandales, equipos en la cabecera de la cama y lugares con los que se entra en contacto frecuentemente³⁵¹. Resulta igualmente importante “(...) manejar el equipo usado para la atención y las ropas de cama manchadas de sangre, líquidos corporales, secreciones y excreciones, de manera que se eviten la exposición de la piel y las membranas mucosas, la contaminación de ropas personales y la transferencia de microorganismos a otros pacientes y entornos.”³⁵². Por ejemplo, es indispensable que los artículos no desechables se limpien y retornen de nuevo a su uso a fin de eliminar la infecciosidad, y que los desechables se descarten a la mayor brevedad posible³⁵³.

Las anteriores medidas no agotan, ni mucho menos, todas las precauciones que pueden adoptarse para la prevención de IAAS,³⁵⁴ pero ofrecen un panorama general sobre los mecanismos que existen para afrontar esta problemática. Ahora bien, ellas deben entenderse sin perjuicio de las medidas específicas o adicionales³⁵⁵ para la prevención de este tipo de infecciones, como lo son las

³⁴⁹ *Ibíd.*

³⁵⁰ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. MANUAL DE MEDIDAS BÁSICAS PARA EL CONTROL DE INFECCIONES EN IPS. Bogotá D.C., 2018, p. 18.

³⁵¹ TINTINALLI, Judith, *et al.* MEDICINA DE URGENCIAS. 7ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-0880-5.

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ “Las normas de seguridad en la práctica incluyen la eliminación apropiada de agujas, bisturíes y otros instrumentos cortantes. Es necesario no colocarles de nuevo su capuchón; no manipularlos excesivamente ni manejar dispositivos cortantes. Se utilizarán dispositivos de autoprotección, recipientes que resistan punciones o pinchazos y se sustituirán otros recipientes para instrumental cortante, antes de que rebasen su capacidad. Habrá que confinar en un cuarto privado, si se cuenta con él, a todo paciente que contamine el entorno y a los que no ayudan en su propia higiene.”. TINTINALLI, Judith, *et al.* MEDICINA DE URGENCIAS. 7ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-0880-5.

³⁵⁴ “Otras medidas comprenden identificar y erradicar reservorios de infección y utilizar al mínimo técnicas cruentas y catéteres”. KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON MANUAL DE MEDICINA. 19ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-1409-7.

³⁵⁵ “En general, las precauciones adicionales son medidas complementarias y, a diferencia de las precauciones estándares que se aplican sin necesidad de conocer la condición de infección o colonización del paciente, las precauciones basadas en las vías de transmisión se aplican cuando se sospecha o se sabe que un paciente tiene una enfermedad infecciosa y, sobre todo, si está en período infectante. También se aplican en algunos casos cuando se sabe que el paciente está colonizado con algún agente resistente a los antimicrobianos de

precauciones de aislamiento, de transmisión aérea, de transmisión por gota y por contacto³⁵⁶. Por vía de ejemplificación, las precauciones de transmisión aérea se definen como “el aislamiento que se debe tener cuando la diseminación de partículas menores de cinco micras permanecen suspendidas en el aire por largos periodos de tiempo, y así son inhalados por huésped susceptible.”³⁵⁷.

Estas son, a grandes rasgos, las medidas que se deben adoptar para la prevención de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS).

importancia de salud pública”. OTAIZA, Fernando; ORSINI, Mauro y PHOLEZ, Mónica. PREVENCIÓN Y CONTROL DE INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD. Recomendaciones básicas. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Washington, D.C.: 2017, ISBN 978-92-75-31954-3, 154 p.

³⁵⁶ HOSPITAL SANTOS REYES DE ARANDA DE DUERO. Precauciones y aislamientos en patología infecciosa. Junta de Castilla y León, 2013, Disponible en: <https://www.saludcastillayleon.es/HSReyesAranda/es/calidad/preauciones-aisalmientos-paologia-infecciosa>

³⁵⁷ “Por el riesgo que ofrece se requiere usar tapabocas de alta eficiencia (respirador de partículas). Ejemplos: Tuberculosis Pulmonar, Sarampión, Varicela”. HOSPITAL SANTOS REYES DE ARANDA DE DUERO. Precauciones y aislamientos en patología infecciosa. Junta de Castilla y León, 2013, Disponible en: <https://www.saludcastillayleon.es/HSReyesAranda/es/calidad/preauciones-aisalmientos-paologia-infecciosa>

CAPÍTULO III

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA QUE DEBERÍA APLICARSE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A LOS EVENTOS DE DAÑOS DERIVADOS DE IAAS.

3.1 Derecho comparado

3.1.1 Francia

La última reforma sobre responsabilidad médica en Francia fue realizada a través de la Ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002, mejor conocida como Ley Kouchner.³⁵⁸ A través de ella se replantea el sistema de responsabilidad en materia médica conservando, por un lado, el sistema tradicional basado en la culpa, pero incorporando, por el otro, el seguro obligatorio de responsabilidad y el Fondo de Garantía denominado “Office National d’Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales” (O.N.I.A.M.) a fin de que, en nombre de la solidaridad nacional, el Estado asuma la tutela indemnizatoria de aquellos perjuicios no atribuibles a la responsabilidad del médico y a la estructura hospitalaria.³⁵⁹ Este mecanismo se sustenta en retenciones financieras hechas a la colectividad nacional, en beneficio del interés general, y se traduce en una simbiosis entre el seguro obligatorio y la solidaridad nacional, a efectos de indemnizar los daños causados con la actividad médica y amparar aquellos riesgos no cubiertos por los sistemas tradicionales de la seguridad social, el seguro y la responsabilidad.³⁶⁰

Con fundamento en lo anterior se ha dicho que esta Ley Kouchner consagra un sistema mixto de responsabilidad por IAAS ya que, por un lado, aplica el régimen objetivo a los establecimientos de salud tanto públicos como privados, y por el otro, el subjetivo de culpa probada a los médicos.³⁶¹ Sobre el mismo, el Consejo

³⁵⁸ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. EL ÁLEA TERAPÉUTICA COMO LÍMITE A LAS OBLIGACIONES MÉDICO – HOSPITALARIAS. Una perspectiva desde el derecho comparado. Bogotá D.C.: Rev. Prolegómenos Derecho y Valores, vol. XI, núm.22, julio-diciembre, 2008, pp. 15-28, Universidad Militar Nueva Granada. [En línea]. Recuperado en 2019-03-30. Disponible en: [file:///Users/luisfernandobaez/Downloads/2507-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8978-1-10-20161118%20\(1\).pdf](file:///Users/luisfernandobaez/Downloads/2507-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8978-1-10-20161118%20(1).pdf)

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ PREVOT, Juan Manuel. Responsabilidad civil de los médicos. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p.318

de Estado colombiano ha dicho que se sustenta en 3 pilares: **1)** El riesgo, ya que este tipo de infecciones son una realidad y cualquiera puede padecerlas; **2)** La igualdad, puesto que todas las personas son iguales y deben contar con la misma protección, y **3)** La solidaridad, pues si cualquiera puede padecerlas, es justo que la colectividad entera se haga cargo de ellas, aunque no todos se enfermen.³⁶²

La Ley Kouchner entró a regular estas hipótesis en primer lugar porque en Francia, según estadísticas serias, las IAAS ocasionan más muertes que los propios accidentes de tránsito; y en segundo lugar porque antes de su expedición la jurisprudencia francesa se mostró indecisa y dubitativa a la hora de resolver estos supuestos; por una parte, la jurisdicción administrativa radicaba la responsabilidad en cabeza del Estado sobretodo si se trataba de un daño de especial gravedad, argumentando que a la entidad demandada no le bastaba demostrar el cumplimiento de las normas de esterilización del ambiente hospitalario, sino que debía aportar prueba de que el proceso infeccioso se había originado en una causa extraña; y por otra parte, la Casación sostenía que no podía deducirse responsabilidad civil si no se probaba la culpa del nosocomio demandado, lo que generaba que los jueces civiles fueran menos exigentes con las instituciones de salud del sector privado.³⁶³

3.1.2 Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino las opiniones se encuentran divididas entre quienes consideran que los daños derivados de IAAS constituyen un riesgo propio de la actividad asistencial y quienes sostienen que *“junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo”*, y que puede consistir en una obligación de medios, como en el caso de los actos puros de profesión de los médicos, o de resultado cuando se trata de garantizar la inocuidad de *“las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos (...)”*.³⁶⁴

³⁶² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

³⁶³ KEMELMAJER DE KARLUCCI, Aida. ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN HOMENAJE DEL PROFESOR CHRISTIAN LARROUMET. pp. 261 - 274

³⁶⁴ PREVOT, Juan Manuel. Responsabilidad civil de los médicos. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 329.

En Argentina las IAAS son un asunto cualitativa y cuantitativamente grave.³⁶⁵ Según estudios adelantados por “ÉTICA” entre el año 1992 y 2000 los óbitos por infecciones asociadas a la atención en salud se incrementaron de un 11% a un 17,5% en la zona económicamente más vulnerable del casco urbano bonaerense,³⁶⁶ por lo que no resulta extraño que autores como Carlos Calvo Costa identifiquen a esta clase de infecciones “como una de las causas que mayor índice de mortalidad de pacientes ha provocado en los últimos años y, consecuentemente, de litigiosidad en materia de responsabilidad médica”³⁶⁷.

A diferencia del ordenamiento jurídico francés, el argentino no regula normativamente las consecuencias jurídicas de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud, de suerte que ha sido la jurisprudencia la que ha radicado la obligación de seguridad en cabeza del ente hospitalario, quien debe velar por la indemnidad de la salud del paciente manteniéndolo a salvo de contraer infecciones durante su permanencia en el nosocomio.³⁶⁸

Entonces, en lo que atañe al régimen aplicable a las IAAS, la respuesta en Argentina no ha sido unívoca, pudiendo identificarse en su jurisprudencia el empleo de un régimen objetivo bajo el cual el nosocomio solo se libera de responsabilidad acreditando causa extraña:

“Si una infección revistió la condición de intrahospitalaria, es decir, proveniente del medio ambiente, no atribuible a patología propia del paciente, la responsabilidad por las consecuencias recae sobre el hospital, aún cuando resulta imposible llevar a cero a [sic] probabilidad de una infección de esta naturaleza y cualquiera sea el fundamento de esta responsabilidad.

*La obligación de seguridad de resultado que pesa sobre el hospital por el contagio de infecciones hospitalarias se sitúa en el ámbito de la responsabilidad objetiva, por lo que la eximición de responsabilidad sólo es procedente si se prueba la presencia de un caso fortuito externo”.*³⁶⁹

Pero también de un régimen subjetivo al considerar que la obligación de seguridad en cabeza del nosocomio es de medios y no de resultado, eso sí, con la

³⁶⁵ KEMELMAJER DE KARLUCCI, Aida. ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN HOMENAJE DEL PROFESOR CHRISTIAN LARROUMET. pp. 261 - 274

³⁶⁶ *Ibidem.*

³⁶⁷ CALVO COSTA, Carlos. *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, p. 275.

³⁶⁸ KEMELMAJER DE KARLUCCI, Aida. ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN HOMENAJE DEL PROFESOR CHRISTIAN LARROUMET. pp. 261 - 274

³⁶⁹ *Ibidem.*

particularidad de que no es la víctima quien debe probar la culpa del ente hospitalario sino que es este quien debe acreditar que no hubo culpa de su parte:

“Si el paciente sufrió una fractura cerrada (no expuesta) de rótula y excoriación y probó que la infección padecida (osteomielitis) fue consecuencia directa de la operación, cabe presumir la falta de diligencia del médico y, en tales condiciones, incumbía a este (o al hospital) dar la prueba de la ausencia de culpa y que se extremó el deber de cuidado y previsión”.³⁷⁰ (Bastardillas originales).

Determinándose igualmente que:

“Es responsable así mismo el hospital público por la muerte de la hija de los actores, recién nacida, que se contagió de meningitis en dicho nosocomio, toda vez que no ha producido una sola prueba, estando en mejores condiciones de hacerlo, tendiente a demostrar de qué manera cumplió adecuadamente su deber de adoptar precauciones y concretamente, con qué medida previno de una infección que es una amenaza suposible en el medio hospitalario”.³⁷¹ (Bastardillas originales).

En opinión del tesista resulta desacertado hablar de una obligación de medios que presuma la culpa del ente hospitalario, ya que tratándose del ejercicio de una profesión liberal y de una infraestructura hospitalaria destinada a su desarrollo, es a la víctima demandante a quien incumbe demostrar la culpa del demandado. En otras palabras, la obligación de medios, de innegable desarrollo jurisprudencial en Colombia, y recientemente legislativo en Argentina, fundamenta un régimen subjetivo de culpa probada. Con acierto ha dicho el profesor Vásquez Ferreyra:

“Mientras tanto, en las obligaciones de medios, no hay responsabilidad sin culpa. Ahora bien, la regla en cuanto a esa culpa es que la debe probar el acreedor. No obstante pueden existir situaciones excepcionales en las que la prueba de la culpa en las obligaciones de medios se aliviane a favor del acreedor. Por ejemplo a través de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de la prueba de presunciones. Esta posibilidad se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial, aunque en el artículo 1734 siento lo que es la regla general: la carga de la prueba de los factores de atribución corresponde a quien los alega”.³⁷²

³⁷⁰ Cám. Nac. Civ. sala D, 16 de julio de 2001, JA 2001- IV-580 y *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año IV, N°2, Buenos Aires, 2002, p. 73 con nota de Roberto Vásquez Ferreira, Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias.

³⁷¹ Cám. Civ y Com Jujuy, sala III, 20 de abril de 2004, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, N° 5, Buenos Aires, junio 2004, p.114

³⁷² VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial. [En línea]. Recuperado en 2019-04-29. Disponible en: <https://bit.ly/2UKDbkk>

Y, efectivamente, el artículo 1734 del Código Civil y Comercial de la Nación señala: “*Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega*”.³⁷³

De manera que aunque excepcionalmente el acreedor demandante quede relevado de probar la culpa del ente hospitalario, debiendo este acreditar su obrar diligente o cuidadoso con apoyo en las cargas probatorias dinámicas o la figura de la presunción, lo cierto es que por regla general las obligaciones de medios llevan aparejado un régimen subjetivo de culpa probada y no presunta. En Colombia, a falta de norma positiva, los tribunales se inclinan hacia este entendimiento considerando que, no obstante preverse un régimen subjetivo de presunción de culpa para los daños causados en el marco de relaciones contractuales (Art. 1604 Inc. 3 Código Civil), cuando se trata de prestaciones características de profesiones liberales las obligaciones son de medios y la carga de la prueba es del demandante.

3.1.3 Chile

El principal antecedente que sirvió de base a la presente investigación fue el artículo de la doctora Josefina Tocornal Cooper titulado “*RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS*” que justamente aborda el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico chileno.³⁷⁴ En él se sostiene que la jurisprudencia chilena se ha inclinado por indemnizar los daños derivados de infecciones intrahospitalarias condenando civilmente al establecimiento hospitalario con fundamento en mecanismos jurídicos que favorecen a la víctima demandante, tales como presunciones de culpa y el uso de criterios jurídicos como los de *Res Ipsa Loquitur* y *prima facie*.³⁷⁵

Debe señalarse que para esta autora la concreción de los riesgos de IAAS no configuran verdaderos casos fortuitos, en la medida en que:

“El artículo 45 del Código Civil define el caso fortuito o fuerza mayor como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario

³⁷³ ARGENTINA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Ley 26.994 (07, octubre, 2014).

³⁷⁴ TOCORNAL COOPER, Josefina. Responsabilidad Civil por Infecciones Intrahospitalarias. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. [En línea]. Recuperado en 2019-05-01. Disponible en: <https://bit.ly/2ISSFKL>

³⁷⁵ *Ibíd.*

público, etc.”. Si para la ciencia médica las infecciones intrahospitalarias son previsibles y pueden en gran medida ser prevenidas y controladas nos encontramos en la ciencia jurídica ya fuera de la posibilidad de calificarlas como caso fortuito o fuerza mayor [...].

[...] No es el análisis de la previsibilidad el que es determinante para configurar la responsabilidad civil por las IH, desde que la ciencia médica las considera previsibles. La cuestión es que previstas ellas y tomadas todas las medidas de prevención, qué sucede jurídicamente si ellas resultan inevitables”.³⁷⁶

Sobre el particular, se considera que el *quit* del asunto se encuentra en establecer el carácter irresistible de la infección y que esta sea además de carácter externo, pues si es interno, no será apta en principio para liberar de responsabilidad al nosocomio. Lo anterior por cuanto la normatividad civil debe leerse a la luz del estado actual de la ciencia y la técnica, ya que hoy día son previsibles un gran número de circunstancias que antaño eran imprevisibles, y que, no obstante, aún pueden ser irresistibles.

Ahora bien, aunque la jurista no vacila en señalar que el régimen de responsabilidad que actualmente se aplica en Chile a las IAAS es el subjetivo de culpa presunta, su exposición parece apuntar a que al ente hospitalario demandado no le es útil aportar prueba de su diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad:

“Los tribunales en Chile no han permitido en la práctica a la clínica u hospital defenderse probando que “con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no hubiere podido impedir el hecho” (artículo. 2320 inciso final del Código Civil).

[...] Basta el hecho que la víctima fallezca producto de una infección intrahospitalaria para considerarlo responsable por parecer evidente la negligencia y falta de cuidado en la mantención de las condiciones sanitarias del establecimiento”.³⁷⁷

Afirma también la jurista que la inclinación de la jurisprudencia es la de utilizar “nuevas” nociones de la culpa que objetivan su acepción clásica como es el caso de la culpa infraccional y la culpa anónima.³⁷⁸ Por la primera se entiende la infracción de ciertos deberes de cuidado señalados por el legislador o por cualquier otra autoridad normativa como las circulares del Ministerio de Salud, así

³⁷⁶ *Ibíd.*

³⁷⁷ *Ibíd.*

³⁷⁸ *Ibíd.*

como las transgresiones a la *Lex Artis* y los deberes de cuidado definidos por el juez.³⁷⁹ Por la segunda se comprende la culpa del dependiente anónimo o culpa indeterminada en la cual la víctima no tiene que probar la culpa del dependiente que específicamente causó el daño, sino que le basta acreditar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que con ella causó un daño.³⁸⁰

Esta “novedosa acepción” de la culpa resulta debatible ya que casi siempre la culpa se ha considerado en abstracto, es decir, de manera objetiva. Además, el modelo conductual que se utilice para evaluar el error de conducta deberá ser creado y ubicado a partir de las circunstancias del caso concreto, comprendiendo en últimas la observancia o no de esos “deberes de cuidado” señalados por la autoridad normativa o por el juez. En lo que atañe a la culpa anónima, se considera una noción superflua, pues tratándose de una persona jurídica, esto es, de una persona ficticia, como lo es el ente hospitalario, a la víctima demandante no le interesará demostrar específicamente qué dependiente causó el daño más que para acreditar la responsabilidad del establecimiento u obtener condena solidaria; pero si con la sola demostración de no haberse realizado los procedimientos adecuados, o que el no cumplimiento de las obligaciones del nosocomio causó el daño, acredita la culpa, entonces no será necesario acudir a tan elaborado concepto. “Anónima” o “infraccional”, la culpa sigue siendo abstracta y objetiva según su acepción clásica.

3.1.4 España

Los estudios epidemiológicos en España han demostrado que una de las causas más usuales de efectos adversos son las infecciones nosocomiales.³⁸¹ Entiéndese por efecto adverso “*todo accidente inesperado, que se deriva de la asistencia sanitaria y no de la enfermedad de base del paciente que ha causado lesión y/o incapacidad y/o progresión de la estancia y/o defunción*”.³⁸²

La doctrina española señala que el régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de daños derivados de IAAS es el objetivo del riesgo-beneficio, ya que “*la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio debe asumir la*

³⁷⁹ *Ibíd.*

³⁸⁰ *Ibíd.*

³⁸¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Rodrigo & y FERNÁNDEZ MARTÍN, Juan. La seguridad quirúrgica en el marco del Sistema Nacional de Salud de España. *Surgical Safety under Spain's National Health System*. España: Rev. CONAMED 2010, vol. 15, núm. 4, octubre-diciembre, 2010 ISSN 1405-6704

³⁸² *Ibíd.*

responsabilidad si causa un daño”.³⁸³ Lo anterior es confirmado por la jurisprudencia española cuando señala:

*“...Los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma de responsabilidad objetiva”.*³⁸⁴

Ahora, como bien anota el Consejo de Estado colombiano, en España también se encuentra la postura jurisprudencial que sostiene que la responsabilidad por daños derivados de IAAS se basa en la “culpa” o “falla del servicio”, desarrollada a partir de la “teoría del daño desproporcionado”, según la cual, una vez producida la infección, el daño será imputable al ente hospitalario debido a que es éste quien ostenta una “posición de dominio y exclusividad” que lo obliga a emplear medidas profilácticas apropiadas para evitar la contaminación, así como las medidas posteriores que permitan la identificación y tratamiento de la infección; de suerte que una vez se produzca el daño a causa de aquélla, se pondrá en evidencia la culpa del establecimiento demandado.³⁸⁵ En efecto, se ha señalado que:

*“La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’, (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que aquél no sea causado por una conducta o acción que corresponda a la esfera de la propia víctima (...). La jurisprudencia no ha eliminado en modo alguno la exigencia del elemento subjetivo o culposo para este tipo de responsabilidad aquiliana, supuesto en el que la causalidad física adquiere, en su consideración, prepotencia o prevalencia sobre la psicológica o subjetiva exigible a la gente [sic]”.*³⁸⁶

³⁸³ LÓPEZ DE LA CRUZ L., P.V.J.P. y otros. TRATADO JURISPRUDENCIAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. Ed. Tirant To Blanchtratados T.T.B., Valencia, 2013, p. 2014.

³⁸⁴ “SSTS. Sentencias del 21/03/2000, 12/07/1999, 30/06/1998 y 24/04/1996”. En Laura López de la Cruz, Juan Pablo Pérez Velásquez y otros, “Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños”, Tirant To Blanch, Valencia, 2013, p. 94- 106

³⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 25000232600019980226801 (27.089) (11, junio, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

³⁸⁶ “SSTS. Sentencias del 18/05/2007, 15/09/2003, 29/06/1999”. En Laura López de la Cruz, Juan Pablo Pérez Velásquez y otros, “Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños”, Tirant To Blanch, Valencia, 2013, p. 94 – 106. Consultado en: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO

Síntesis esta que el Consejo de Estado reitera en sentencia del 18 de mayo de 2017.³⁸⁷

De manera general, esto es, al margen de la hipótesis específica de daños provenientes de IAAS, en el país ibérico el Tribunal Supremo Español ha acogido de vieja data la distinción entre obligaciones de resultado y de medios, sosteniendo que los profesionales médicos son titulares de esta última clase de obligaciones,³⁸⁸ así, en sentencia del 23 de septiembre de 1996 declaró:

*“Reiteradamente ha dicho esta Sala que la obligación del profesional sanitario no lo es de resultados, sino de medios, pues no contrae deber de curación del enfermo, como si fuera algo a su alcance —lo que sería el rotundo avance de la ciencia médica—, sino procurar, sin omisiones, fisuras ni justificaciones sin causa, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su alcance para la mejora de la salud”.*³⁸⁹

De igual manera, en sentencia del 9 de junio de 1997 anotó:

*“Conforme a reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, suficientemente conocida, la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada máxima atención al enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que las hace acreedoras de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas...”.*³⁹⁰

Esta tendencia general de la responsabilidad galénica podría emplearse para coadyuvar la tesis de la responsabilidad subjetiva por “culpa” o “falla del servicio” en los casos de daños causados por IAAS a la luz de la teoría del daño desproporcionado. Pero ello no es más que una interpretación del tesista frente al

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 25000232600019980226801 (27.089) (11, junio, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

³⁸⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 73001-23-31-000-2006-01328-01 (27.089) (18, mayo, 2017). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

³⁸⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La relación médico-paciente. 8ª Ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Ensayos, 2010, p. 353, ISBN 958-683-542-1

³⁸⁹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La relación médico-paciente. 8ª Ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Ensayos, 2010, p. 353, ISBN 958-683-542-1

³⁹⁰ *Ibíd.*

estado actual de la cuestión en el ordenamiento español, en el que se mantiene la referida dualidad de enfoque: Subjetivo de culpa o falla, u objetivo de riesgo beneficio.

3.2 Régimen de responsabilidad jurídica aplicable en las altas cortes a los eventos de daños derivados de infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS).

3.2.1 Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo – sección tercera.

3.2.1.1 Régimen subjetivo

Para colocar en contexto el régimen inicialmente aplicado a los casos de IAAS por parte del Consejo de Estado, y tomando como punto de partida la Constitución Política de 1991, se acudirá a un breve e interesante recuento jurisprudencial que la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Exp.15.772) hace sobre el régimen de responsabilidad que la Sección Tercera ha aplicado a los casos de responsabilidad médica en general. En efecto, en esta oportunidad, la alta corporación de justicia identificó cuatro fases o etapas por las que ha transitado la jurisprudencia contencioso-administrativa en torno al régimen que resulta aplicable a los casos en que se demanda la responsabilidad médica estatal. Estas fases o momentos son presentados así:

En una primera etapa, se exigió del actor la prueba de la falla del servicio médico, bajo el entendido de que la actividad médica involucra obligaciones de medios y no de resultado, de suerte que la sola existencia del daño no podía dar lugar a la presunción de falla.³⁹¹

En una segunda etapa, la Sección Tercera consideró que debía atemperarse un poco la carga de la prueba de la falla del servicio, siempre que no se perdiera de vista que el criterio subjetivo era el fundamento de la responsabilidad. Anota que fue la sentencia del 24 de octubre de 1990 (Exp.5902) la que introdujo el “principio” de falla presunta del servicio médico bajo el argumento de que el artículo 1604 del Código Civil no solo resultaba aplicable al ámbito contractual sino

³⁹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 6800123310009610-01 (15.772) (31, agosto, 2006). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

también al extracontractual, de modo que incluso en este escenario la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado. Esta posición, según la Sala, fue ratificada en fallo del 30 de julio de 1992 (Exp.6897), solo que en esta oportunidad el fundamento jurídico de la falla presunta del servicio médico se afincó en el juicio según el cual los profesionales de la medicina se hallan en una posición más favorable a la hora de explicar y demostrar el tratamiento aplicado al paciente, pues al haber ejecutado el respectivo acto médico cuentan con un conocimiento técnico y real que les permite resolver más fácilmente las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse a sus procedimientos.³⁹²

Más tarde, en sentencias del 10 de febrero de 2000 (Exp. 11.878) y del 8 de febrero de 2001 (Exp. 12.792), la Sala determinó que la falla presunta del servicio producía una inversión permanente del deber probatorio que no se acompasaba con el dinamismo de las cargas, debiendo el juez establecer, en cada caso particular, cuál de las partes se hallaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Podría identificarse esta como la tercera etapa.³⁹³

Finalmente, en una cuarta etapa que se extiende hasta la actualidad, la Sección Tercera llegó a la conclusión de que la teoría de la carga dinámica de la prueba generaba más dificultades que ventajas. En efecto, la distribución de las cargas probatorias no podía realizarse en la sentencia pues se trasladarían a las partes las consecuencias de sus deficiencias probatorias en un momento procesal en el que no podrían aportar nuevas pruebas, aplicándoles una regla distinta al artículo 177 del C. de P.C.: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.³⁹⁴; bajo ese entendido, el juez no tenía más remedio que realizar dicha distribución en el auto de decreto de pruebas, pero ello resultaba igualmente problemático pues entonces solo contaría con la información contenida en la demanda y su contestación, la que por regla general suele ser muy incipiente.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado decidió recoger la regla de falla presunta del servicio médico y la de distribución de las cargas probatorias fundada en el juicio de mejor aportación, para retornar a la regla general que indica que el demandante puede hacer uso de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando especial relevancia la prueba indiciaria que

³⁹² *Ibíd.*

³⁹³ *Ibíd.*

³⁹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400 (21, septiembre, 1970). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. En Diario Oficial. Septiembre, 1970. Nro. 33.150. **Código derogado por la Ley 1564 de 2012 en los términos establecidos en el artículo 626.**

pueda construirse a partir de las demás pruebas obrantes en el proceso.³⁹⁵ Con todo, debe decirse que, en *estricto sentido*, no puede hablarse de que se haya “recogido” la regla de la carga dinámica de la prueba, pues el inciso 2º del artículo 167 del Código General del Proceso la prevé expresamente;³⁹⁶ aunque la afirmación resulta comprensible si se tiene en cuenta que para entonces (2006) la codificación mencionada no había sido expedida.

Bajo este panorama, se tiene que fue durante la segunda etapa mencionada, esto es, en vigencia del régimen de falla presunta del servicio médico, que el Consejo de Estado resolvió por primera vez, desde la expedición de la Constitución Política de 1991, un caso de responsabilidad médica estatal por Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Sin embargo, y la aclaración resulta pertinente, no porque considerara que este evento específico de responsabilidad médica debiera resolverse a la luz de un régimen subjetivo de falla presunta, sino porque en ese preciso momento la responsabilidad médica en general estaba siendo resuelta bajo dicho régimen. En efecto, en sentencia del 22 de octubre de 1997 la sala manifestó:

“(…) 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 del daño, acarrea como consecuencia que en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico”³⁹⁷. (Negrillas originales).

³⁹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 6800123310009610-01 (15.772) (31, agosto, 2006). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

³⁹⁶ No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. En Diario Oficial. Julio, 1970. Diario Oficial Nro. 48.489.

³⁹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 11.607 (22, octubre, 1997). M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Argumento que es reproducido literalmente 15 días después en fallo del 6 de noviembre de 1997 (Exp. 11.782).³⁹⁸ Así pues, aparecen estas dos providencias en la época en que imperaba la falla presunta en materia de responsabilidad médica. Ahora, en el periodo durante el cual rigió la teoría de la carga dinámica de la prueba, no se identifican fallos en la jurisprudencia de la Sección Tercera que hayan resuelto casos de responsabilidad médica por daños derivados de IAAS, entonces llamadas nosocomiales. Tampoco en los primeros años de la cuarta etapa (2006, 2007 y 2008) se han encontrado fallos en la materia; lo que conlleva a afirmar que en cada uno de estos periodos o etapas los casos de IAAS, si los hubo, eran resueltos bajo el régimen y teoría aplicables a la responsabilidad médica en general, y no porque se le diera una particular relevancia a tales hipótesis.

3.2.1.2 Régimen objetivo.

No fue sino hasta la sentencia del 19 de octubre de 2009 (Exp. 17.733) que la Sección Tercera consideró que las entonces llamadas infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, al igual que otros eventos relacionados con la prestación del servicio médico asistencial, debían estudiarse a la luz de un régimen objetivo basado en el riesgo.³⁹⁹ Sin embargo, la manifestación realizada en este sentido no formó parte de la *ratio decidendi* del caso particular, que se relacionaba con la presunta trasgresión de la obligación de seguridad a cargo de la entidad demandada, debatiéndose, justamente por ello, la responsabilidad subjetiva. En dicha oportunidad la Alta Corporación señaló:

“Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente y cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material

³⁹⁸ *Ibíd.*

³⁹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 76001-23-24-000-1995-00079-01 (17733) (19, agosto, 2009). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

*del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias”.*⁴⁰⁰

También como *obiter dicta*, en sentencia del 25 de marzo de 2011 el Consejo de Estado reiteró que los casos de infecciones nosocomiales debían analizarse bajo un régimen objetivo de responsabilidad.⁴⁰¹ De modo que solo hasta la sentencia del 27 de junio de 2012 (Exp. 21.661) la Sección Tercera aplicó dicho régimen a un caso particular en el que se debatía la responsabilidad de la Administración por una “artritis séptica”. En esta ocasión se dijo:

*“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, 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. [...]*

*[...] Por otra parte, aun cuando tanto el Hospital Universitario San José de Popayán y como COMSALUD I.P.S., acreditaron haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del procedimiento médico, dicha conducta no resulta suficiente para exculparlas en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, puesto que sólo se podrá exculpar a la parte demandada, se reitera, cuando ella acredite una causa extraña;”*⁴⁰² (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, no fue sino en la sentencia del 29 de agosto de 2013 que el Consejo de Estado presentó argumentos concretos de por qué considera que las hipótesis de las hoy llamadas IAAS deben regirse por un régimen objetivo de responsabilidad. Debido a la importancia de este fallo, se procede a realizar una breve síntesis del caso resuelto: Se trataba de un menor que permaneció hospitalizado durante 5 días en una clínica a causa de una bronconeumonía; poco tiempo después del alta hospitalaria, el paciente fue internado nuevamente por distintas patologías, entre ellas una enfermedad diarréica causada por una bacteria de carácter intrahospitalario (*Klebsiella Neumoniae* Multiresistente). Pese

⁴⁰⁰ *Ibíd.*

⁴⁰¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. (20836) (25, marzo, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

⁴⁰² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Exp. (21661) (27, junio, 2012). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

al tratamiento médico recibido, la salud del menor continuó deteriorándose al punto de ser internado en la unidad de cuidados intensivos (UCI); una vez estabilizado, se le practicaron una serie de exámenes médicos que determinaron que había sufrido una meningitis bacteriana, y que le ocasionó una enfermedad motriz cerebral.⁴⁰³ La Sección Tercera ofrece como razones para considerar a esta clase de hipótesis como regidas por un régimen objetivo de responsabilidad, las siguientes:

- La tendencia objetivadora que existe en el derecho comparado de esta clase de eventos:

Tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

Así, por ejemplo, Francia ha establecido en su legislación un sistema de responsabilidad sin culpa que opera en los casos de infecciones nosocomiales y que descansa sobre tres pilares fundamentales: “el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)”. En el marco de este sistema, los establecimientos y profesionales de la salud, sean de carácter público o privado, responden por los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos logran demostrar que la infección fue causada por un factor ajeno al servicio sanitario.⁴⁰⁴

- Los escasos pronunciamientos realizados por la Corporación en los que estima que estas situaciones no pueden ser consideradas como eventos adversos:

En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta

⁴⁰³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*

Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos”, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad:

*‘(...) en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales (...) constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias’.*⁴⁰⁵

- El régimen objetivo no sería otro que el del riesgo excepcional:

Se tiene así que el Consejo de Estado, si bien no se ha ocupado de desarrollar una dogmática específica aplicable a los casos de daños derivados de infecciones nosocomiales en los que no existe falla probada del servicio, sí ha trazado unas primeras pautas para afirmar, en consonancia con la tendencia que impera en el derecho comparado, que éstos deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad, que en nuestro caso sería el de riesgo excepcional.

En relación con este título jurídico de imputación, la jurisprudencia ha señalado que:

*‘(...) deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aún cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia’.*⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*

- Específicamente en su modalidad de riesgo – álea:

De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría 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”.

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado hasta en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. [...]

[...] No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”.⁴⁰⁷

- Resultando improcedente la exoneración por causa extraña – caso fortuito:

Es cierto que los hechos irresistibles, por regla general, no comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración en razón a que pueden ser calificados como “casos fortuitos”. No obstante, tratándose de las infecciones nosocomiales, la Sala considera, junto con un sector de la doctrina, que no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud:

‘Quienes encuadran las infecciones hospitalarias en esta eximente [caso fortuito] sostienen que se trataría de un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no existe, con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, liberando de responsabilidad al ente.

⁴⁰⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

En nuestra opinión, las infecciones hospitalarias no constituyen esta eximente, pues el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo.

*(...). La infección hospitalaria puede comportar un caso fortuito, pero en todo caso será un caso fortuito interno a su actividad, por lo cual no puede liberar al establecimiento asistencial (...).*⁴⁰⁸

Argumentos que constituyen el sustrato de la tesis del Consejo de Estado conforme a la cual los casos de IAAS se estudian bajo un régimen de responsabilidad objetiva, y a la que se le da continuidad en la jurisprudencia posterior. Así, en sentencia del 30 de abril de 2014, tras estudiar el caso de un señor que perdió el ojo izquierdo debido a una infección contraída durante una cirugía de catarata, la Sección Tercera expresó que:

“En suma, el caso que ahora se resuelve toma como precedente la sentencia de agosto 29 de 2013, que se reitera en la presente ocasión y a la cual se le agregan en esta oportunidad razones dogmáticas, normativas, científicas y filosóficas que sirven para fortalecer lo afirmado entonces, acoger bajo la misma doctrina el caso sub examine y responder a algunos interrogantes que la comunidad interesada ha planteado.

Razones dogmáticas

37. La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias en efecto se encuentra apoyada por la teoría del riesgo en la modalidad de riesgo alea. 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 responder de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa”. La teoría corresponde a la idea de que en la sociedad del riesgo, los remedios a los daños causados a las víctimas tienen un fundamento más allá de la culpa del agente y presentan variables que van desde los seguros, la seguridad social y la adjudicación judicial, tal como se indicó en el fallo de agosto 29/2013. Ello no ha sido obstáculo para que sectores de la doctrina aún continúen considerando la responsabilidad sin culpa como “un ideal legislativo”.

38. Cuando se habla de atribución de responsabilidad por riesgo, son variados los eventos del mismo: riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo conflicto y riesgo-alea. Esta última categoría ha sido entendida como aquella en la que la actividad desarrollada por el Estado causa un daño mediado por el azar. En la mencionada providencia se consideró que en este título se puede incluir el caso de las infecciones intrahospitalarias. En efecto, si el ejercicio de la medicina comporta en muchos casos actividades riesgosas –que no peligrosas- y muchos usuarios se encuentran expuestos a contraer tales infecciones –pero no todos ellos son

⁴⁰⁸ *Ibídem.*

*necesariamente víctimas- , se está ante una situación típica del riesgo-alea que al realizarse, puede generar responsabilidad”.*⁴⁰⁹

Esta providencia resulta particularmente interesante pues toma en consideración el carácter exógeno y endógeno de las IAAS. Efectivamente, en ella se consideró que para que un asunto relacionado con IAAS pudiera comprometer la responsabilidad de la Administración es necesario, en primer lugar, que la infección sea de origen exógeno; en segundo lugar, que se trate de una bacteria multirresistente —aunque debe recordarse que los hongos y virus también entran dentro de esta categoría—, y, finalmente, que la institución no haya podido evitar la producción del daño por tratarse de la concreción de un riesgo aleatorio “(...) *al que están sometidos los usuarios del sistema de salud y que en términos de distribución de cargas resultaría excesivo imponerla al paciente*”.⁴¹⁰

A reglón seguido, destaca la importancia de diferenciar entre infección exógena y endógena desde la perspectiva de las eximentes de responsabilidad, ya que la institución demandada puede exonerarse cuando el daño tuvo su origen en una infección endógena al organismo del paciente, sin que pueda confundirse esta hipótesis con aquella en que, tratándose de una infección de carácter exógeno, la institución de salud demandada pretenda eximirse de responsabilidad alegando las condiciones de especial vulnerabilidad del paciente, pues en este evento deberá responder en virtud del régimen objetivo que resulta aplicable⁴¹¹ —apreciación está última con la que no se está de acuerdo pues, como se expondrá más adelante, el régimen que debe gobernar estas situaciones es el subjetivo de culpa probada—. Adicionalmente, debe hacerse la siempre necesaria matización de que, aún siendo de origen endógeno, la responsabilidad estatal puede estar comprometida si se demuestra que el desarrollo de la infección se produjo por una conducta imputable al ente público demandado.

Poco después, en sentencia del 11 de junio del mismo año, al resolver un caso de una paciente que tras el parto le fue taponada la vagina con 5 tapones de gasa grandes, y que al pegarse a los tejidos internos, la descomposición de la placenta

⁴⁰⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01960-01 (28.214). (30, abril, 2014). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

⁴¹⁰ *Ibíd.*

⁴¹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01960-01 (30283). (30, abril, 2014). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

produjo una gravísima infección que obligó a la extracción de útero y matriz (Histerectomía total), la Sección Tercera señaló:

*“De otra parte, esta Sala también ha considerado que, en el marco de las actividades médico-sanitarias, **existen situaciones que se rigen bajo el esquema de la responsabilidad objetiva**, dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos medico quirúrgicos; [...]*

*[...] De otra parte, debe resaltarse que los anteriores razonamientos estructurados por la Sección Tercera de esta Corporación y sus respectivas Subsecciones, respecto del análisis de responsabilidad de las infecciones nosocomiales bajo el régimen objetivo de responsabilidad, resultan coherentes y concordantes con lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia extranjera que se han encargado de profundizar sobre el tema en cuestión. En efecto, existe en el **derecho comparado** una clara tendencia orientada hacia la objetivización de la responsabilidad de los establecimientos de salud en estos asuntos, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una -infección nosocomial- adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario. [...]*

*[...] Ahora bien, respecto de la posibilidad de aplicar la denominada “res ipsa loquitur”, en nuestro régimen de responsabilidad interno, cabe advertir que dicha presunción judicial, ha sido aplicada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos de extrema negligencia (vgr. casos en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente); sin embargo, en tratándose de asuntos relacionados con infecciones nosocomiales, en los cuales **resulta científicamente improbable controlar y/o erradicar las bacterias hospitalarias**, la aplicación de dicha presunción se torna improcedente, razón por la cual la jurisprudencia de la Sala se ha fundamentado en los elementos del régimen de responsabilidad objetiva, derivados del riesgo excepcional o “riesgo alea”.⁴¹² (Negrillas originales).*

Tres meses más tarde, el Consejo de Estado falló un caso bastante similar solo que esta vez se trataba de una infección en la herida de cesárea, que pese a la medicación no pudo ser controlada llevando también a la histerectomía;⁴¹³ en esta ocasión la alta corporación de justicia reprodujo literalmente, en torno al régimen de responsabilidad aplicable a las IAAS, los mismos argumentos de la sentencia anteriormente citada llegando a idéntica conclusión:

⁴¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 25000-23-26-000-1999-02268-01 (27.089). (11, junio, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

⁴¹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 25000-23-26-000-1995-11369-01 (27.771). (10, septiembre, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

*“Con fundamento en las anteriores consideraciones, se concluye entonces que para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por las denominadas “infecciones nosocomiales”, 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”.*⁴¹⁴

En otro caso de infección en la herida de cesárea con histerectomía, la Sección Tercera consideró que a pesar de no haberse desarrollado el embarazo en condiciones de normalidad, la cirugía de cesárea se realizó sin complicación alguna, y fue al tercer día de hospitalización que se presentó la infección en la herida quirúrgica cuya gravedad conllevó a la extracción del útero de la paciente;⁴¹⁵ este razonamiento condujo a la sala a descartar el indicio de falla del servicio que rige en los casos de responsabilidad ginecobstétrica cuando el embarazo ha transcurrido en condiciones normales, no así el objetivo de responsabilidad que gobierna las hipótesis de IAAS en el que:

*“ [...] basta a la parte actora acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial y/o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento sea necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente.”*⁴¹⁶

Así mismo, en fallo del 7 de febrero de 2018, al analizar el caso de un joven que sufrió una afectación permanente de su estado de salud como consecuencia de una infección adquirida cuando era bebé en la entidad demandada, el Consejo de Estado expresó:

“[...] los daños causados por infecciones o enfermedades de carácter intrahospitalario son imputables a la administración con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad o de falla del servicio, cuando ella se encuentra probada.

31. Lo anterior bajo el entendido de que nadie está obligado a soportar los daños

⁴¹⁴ *Ibídem.*

⁴¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 73001-23-31-000-2006-01328-01 (36.565). (18, mayo, 2017). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

⁴¹⁶ *Ibídem.*

*generados por el incumplimiento de los protocolos establecidos para la prevención y control de infecciones nosocomiales, pero tampoco de aquellos que suponen la concreción de un riesgo al cual todos estamos expuestos, que es inherente a la existencia y funcionamiento mismo del sistema de salud y que es generado por la presencia de agentes patógenos en el ambiente hospitalario, de imposible radicación”.*⁴¹⁷

Desde luego, estas no son todas las providencias en las que la Sección Tercera ha aplicado el régimen objetivo del riesgo a casos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS). Sin embargo, bastan para mostrar las razones y argumentos en que se ha apoyado el Consejo de Estado para sostener la aplicabilidad de dicho régimen a la hipótesis estudiada, especialmente los expuestos en la sentencia del 29 de agosto de 2013.

3.2.2 Corte Suprema de Justicia

3.2.2.1 Régimen subjetivo de culpa probada

De entrada debe decirse que la Corte Suprema de Justicia jamás ha aplicado un régimen objetivo de responsabilidad a los casos de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud ¿Las razones? Se evidencian en el siguiente recuento jurisprudencial que, a diferencia de los hechos en otros acápites, va desde las sentencias más recientes hasta las más antiguas.

Dicho lo anterior, se tiene que en sentencia del 25 de abril de 2018, al estudiar el caso de un señor que ingresó a la entidad demandada por un esguince de tobillo, y que al encontrarse hospitalizado la falta de higiene de la habitación propició que adquiriera una infección llamada “fascitis necrotizante”, debiendo ser intervenido quirúrgicamente en 3 ocasiones, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, señaló:

“De acuerdo a la reglamentación existente las entidades hospitalarias deben cumplir con las normas sanitarias del caso con el fin de evitar las infecciones intrahospitalarias, y por lo tanto, la parte pasiva de la litis faltó al deber probatorio de determinar si cumplieron con las medidas de prevención, higiene y asepsia para evitar la propagación de las infecciones intrahospitalarias, pues solo se limitaron a sostener que se realizaron campañas de prevención y entrega de folletos sin que repose prueba de ello en el expediente; al respecto debe precisarse que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha

⁴¹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-00472-01 (29.481). (7, febrero, 2018). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

debido emplearlo de conformidad con el inciso 3, del artículo 1 604 del Código Civil. ...

En consecuencia, dando paso a la presunción de la culpa médica la parte demandada será responsable de los perjuicios sufridos por el actor, debido a que si el señor E.A.G.P. ingresa a la IPS [...] consultando un dolor en el pie derecho e inflamación ocasionado por una caída jugando, y se diagnostica inicialmente una lesión denominada esguince de tobillo grado dos, lesión que se cura rápidamente y no se convierte en un problema crónico, y posteriormente dentro de las 48 horas siguientes en su segundo ingreso a la IPS SALUDCOOP se da inicio al manejo de una infección intrahospitalaria denominada fascitis necrotizante y de ello se deriva la realización de múltiples cirugías generales y estéticas, es razonable inferir que hubo error médico y culpa de quien realizó la práctica médica, por cuanto, la parte pasiva de la litis no logró acreditar que se acataron las normas de asepsia y de higiene para la prevención de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, es decir, un actuar diligente, oportuno y adecuado que permita exonerarlo de responsabilidad”⁴¹⁸.

Como se puede observar, la Corte da aplicación al régimen de culpa presunta previsto en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, aunque, no porque considere que las IAAS en particular deban ser resueltas a la luz de este régimen, sino porque el daño que sufrió el demandante único se dio en el marco de una relación contractual (Contrato de prestación de servicios médicos), debiendo aplicarse la citada disposición.

20 años antes, en sentencia del 8 de septiembre de 1998, la Sala de Casación Civil resolvió un caso en el que la demandante reclamaba indemnización de perjuicios por la extirpación de matriz y ovarios a que fue sometida luego de que la entidad demandada dejara evolucionar una infección intrahospitalaria en la herida quirúrgica durante el posoperatorio de cesárea. Las consideraciones de la Corte se centraron en las falencias técnicas de la acusación para NO CASAR la sentencia recurrida, sin embargo, en la breve alusión que hizo a la parte sustantiva señaló:

“1.- Como es suficientemente conocido, las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquéllas en la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando estas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo, así como cuando por imprudencia o impericia, o falta de cuidado y atención no se suministran los medicamentos formulados a los pacientes, o se cumple con esta

⁴¹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. SALA DE DESCONGESTIÓN No. 3 Exp.57769 (25, abril, 2018). M.P. JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO.

*actividad de manera inoportuna, o, se le aplican por equivocación otros distintos con consecuencias negativas para la salud del enfermo”.*⁴¹⁹

Aunque la Sala no lo señale explícitamente, es obvio que si se refiere a la “responsabilidad contractual por culpa” en que pueden incurrir las clínicas y hospitales para con sus usuarios, se está refiriendo a un régimen de responsabilidad subjetiva, lo que es confirmado por las múltiples hipótesis de transmisión de IAAS que da como ejemplos, siempre rodeadas de adverbios de la culpa: “negligencia”, “imprudencia”, “impericia”, “falta de cuidado y atención”, “actividad de manera inoportuna”, “equivocación” etc. Si embargo, como más adelante se verá, a diferencia de lo sostenido por la Sala de Casación Laboral, la de Casación Civil no acude al régimen subjetivo de culpa presunta previsto en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, sino al de culpa probada, pues la medicina es una profesión liberal que involucra obligaciones de medios y no de resultado, y sabido es que las primeras obligan al demandante a probar todos y cada uno de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, incluido el fundamento subjetivo al deber de reparar, sea la culpa o el dolo.

Ahora bien, hecha una rigurosa indagación de la jurisprudencia en sede de Casación Civil, no se advierten sentencias en cuyas consideraciones se diserte sobre el régimen de responsabilidad aplicable a los casos de IAAS. Se encuentran, sí, unos cuantos casos relacionados con esta clase de infecciones, valorados por la Corte desde la perspectiva de un régimen subjetivo, pero siempre bajo la consideración, explícita o implícita, de que la actividad médica en general debe ser estudiada a la luz de un régimen de esta naturaleza. Ejemplo de ello es la sentencia del 18 de noviembre de 2014, en la que, en sede de casación civil, la Corte conoció del caso de un señor que se sometió a una queratoplastia (Transplante de córnea), y que, durante el posoperatorio, sufrió una endoftalmitis infecciosa que le dejó por secuelas “*[d]esprendimiento de la retina subtotal inferior, con compromiso macular, buloso, poco móvil, con desgarros y agujeros maculares, con restos fibrinoides en cámara anterior, senequias posteriores en 360º y con [c]atarata [p]atológica*”.⁴²⁰ En esta providencia se manifestó:

⁴¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Exp. 5143 (8, septiembre, 1998). M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA.

⁴²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-039-2003-00674-01. SC 15787-2014 (18, noviembre, 2014). M.P. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

“4.1. Como quedó reseñado, las circunstancias fácticas principales en las que el juzgador de segunda instancia sustentó su juicio sobre el proceder negligente y descuidado del doctor [...] consistieron, por una parte, en que no se probó que éste hubiese prescrito al paciente la toma de antibióticos en las horas que antecedieron a la cirugía; y, por otra, en que, en el supuesto de que así lo hubiere ordenado, tampoco se acreditó que el citado profesional verificara que el señor Méndez Castillo cumplió a cabalidad tal instrucción. [...]

[...] Si como se aprecia, fue el propósito del censor desvirtuar la culpa que en el fallo impugnado se asignó al médico demandado, es ostensible que le correspondía a aquél, para el logro de ese objetivo, atacar y destruir tal fundamento de la sentencia, pues fue con base en él que dicha autoridad coligió que el doctor [...] no adoptó todas las medidas a su alcance para prevenir el riesgo de infección, labor que le exigía al casacionista, como mínimo, especificar los elementos de juicio existentes en el proceso que permitían arribar a la conclusión contraria, esto es, que el galeno sí ejecutó tal medida, actividad argumentativa que como ya se dijo, él no realizó”.⁴²¹

Entonces, sin necesidad de realizar copiosos recuentos jurisprudenciales, se concluye que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto los eventos de daños provenientes de IAAS bajo el régimen subjetivo de la culpa probada, no por una consideración especial de este tipo de hipótesis, sino por el entendimiento generalizado de que las obligaciones asumidas por los médicos son, la mayor de las veces, de medios y no de resultado, quedando en cabeza del demandante la carga de probar la negligencia o culpa de aquellos.

Un caso bastante enriquecedor que sustenta lo anterior, por lo antiguo de la providencia y por tratarse justamente de una infección, es el resuelto por la sentencia del 5 de marzo de 1940, ocasión en que la Sala de Casación Civil conoció de una controversia en la que un señor consultó a un médico particular por sentir afección en el ojo izquierdo; el galeno aplicó al paciente un líquido de color negro que le produjo fuerte dolor y lo envió a su casa. El paciente no bien hubo salido del consultorio cuando se enjugó con su pañuelo el líquido que brotaba de su ojo, comprobando que se trataba de sangre; al consultar nuevamente al galeno, este le manifestó que había perdido el ojo izquierdo a causa de una infección blenorragica, por lo que procedió a practicarle una enucleación ocular (O sea, la extirpación quirúrgica total del globo ocular).⁴²² Al conocer del asunto en sede de casación civil, y en lo que interesa al tema de investigación, la Corte Suprema consideró:

“La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que

⁴²¹ *Ibíd.*

⁴²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (5, marzo, 1940). M.P. LIBORIO ESCALLÓN. (Gaceta Judicial: 49 115).

pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste. En esto sucede lo mismo que en tratándose de la obligación del abogado. Este se compromete a defender a su cliente y a poner su conato y empeño en su defensa, pero es poco serio, aventurado y presuntuoso, asegurar al cliente el éxito de un litigio, por lo mismo que es el poder judicial, independiente de las partes, quien aplica la ley, aprecia las pruebas, considera en conjunto el problema y dicta con toda independencia sus sentencias.

Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos. Algunos expositores sostienen que, salvo estipulación en contrario, el médico en ese caso está vinculado a una operación de resultado”⁴²³

Es decir, ha sido el entendimiento según el cual las obligaciones que asumen los médicos frente a sus pacientes son de medios y no de resultado, y ninguna otra consideración, el que ha llevado a la Corte Suprema de Justicia a resolver los casos de infecciones con ocasión de la prestación del servicio médico a la luz del régimen subjetivo de culpa probada, pues en estos eventos, como en cualquier otro en que se pretenda la responsabilidad galénica, es al demandante a quien incumbe probar la negligencia o culpa del facultativo así como el nexo causal entre esta y los daños cuyo resarcimiento se persigue. Ahora, son varias las providencias que coadyuvan esta apreciación —El carácter de medios de la obligación médica y su determinación del régimen subjetivo de culpa probada—, pero su relación, dada la importancia para la tesis propuesta, se reservará para el aparte final del presente capítulo.

3.3 Régimen de responsabilidad jurídica que debería aplicarse a los eventos de responsabilidad médica por daños derivados de infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS).

Tal como se anticipó al hablar del riesgo como fundamento de responsabilidad objetiva, no se comparte la actual postura del Consejo de Estado en el sentido de aplicar la teoría del riesgo excepcional a los eventos de daños causados por IAAS. De hecho, en sentido estricto, se considera que ningún daño derivado de la actividad galénica puede analizarse a la luz de la teoría del riesgo, primero, porque de vieja data fue descartada como actividad riesgosa, segundo, porque toda obligación propiamente médica es de medios y no de resultado, y tercero, porque el servicio asistencial se ejecuta en beneficio del paciente.

⁴²³ *Ibíd.*

Las razones por las cuales se arriba a esta conclusión pueden presentarse bajo 4 argumentos: **1. Histórico; 2. Teórico; 3 Normativo; y 4 Económico.**

3.3.1 Argumento Histórico - Jurisprudencial

El Consejo de Estado, al aplicar la teoría del riesgo a los daños causados por IAAS, pasa por alto el devenir histórico de la jurisprudencia en el sentido de no considerar la actividad médica como riesgosa. En la citada sentencia del 5 de marzo de 1940, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia es enfática al señalar que la obligación galénica es, por regla general, de medios y no de resultado, haciendo incompatible la actividad médica con la teoría del riesgo. Ahora, la Corte rechaza explícitamente el carácter riesgoso de esta actividad cuando expresa:

*“Mas la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que **exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico** sino también la gravedad (...)*

(...) La responsabilidad médica no puede pues tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no solo para el mismo médico sino para el paciente (...)

(...) El expositor Lalou, obra citada, de acuerdo con esa doctrina sostiene que la responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave, lo cual es exacto por lo que ya acaba de expresarse (...)

*Está pues condicionada esa responsabilidad [La profesional médica – sea contractual o extra-contractual] en la forma circunscrita a que se ha hecho referencia, pues de otra manera, además de hacerse imposible el ejercicio de esa profesión, **asumiría el carácter de empresa de riesgo, lo cual es inadmisibles desde el punto de vista legal y científico**”.*⁴²⁴ (Negrilla fuera de texto).

Poco tiempo después, en fallo del 14 de marzo de 1942, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Negocios Generales, resolvió un caso en el que halló probado que la víctima directa del daño falleció a causa de rabia inoculada por un perro hidrófobo que lo mordió el día 23 de diciembre de 1938, y concluyó que:

*“Esa conducta del doctor [...], manifiesta y gravemente contradictoria y negligente, compromete su responsabilidad, y, por ende, la del Estado a cuyo servicio estaba (artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil), pues como ya se ha visto por lo que consta en autos y se deja transcrito, tratándose de un mal de tan terribles consecuencias de no evitarlo en oportunidad por medio del tratamiento **preventivo***

⁴²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (5, marzo, 1940). M.P. LIBORIO ESCALLÓN. (Gaceta Judicial: 49 115).

*que la ciencia aconseja, bastaba la simple sospecha — nó, la seguridad — de que el animal que mordió a Valencia Mejía estuviese afectado con esa enfermedad, para que la prudencia del médico doctor [...] se hubiese hecho conocer, aconsejando la inmediata aplicación de tal tratamiento al paciente, tanto más si de esta aplicación no resultaba a este ningún daño, en caso de no estar enfermo el animal que lo mordió”.*⁴²⁵

Pese a que la providencia menciona el artículo 2356 del Código Civil, es obvio que el régimen de responsabilidad que se aplicó al caso concreto, y que fue *ratio decidendi* del mismo, fue el subjetivo de culpa probada, pues fue a partir de las pruebas obrantes en el expediente que la Corte dedujo el comportamiento negligente y desidioso del médico [...], quien en su condición de agente al servicio de la Dirección de Sanidad de la Base Aérea Ernesto Samper comprometió la responsabilidad de la Nación. Además, en ninguno de los apartes del fallo citado se califica la actividad médica como riesgosa.

Han sido aislados los eventos en que la Corte Suprema de Justicia ha estimado la actividad médica como riesgosa. Un ejemplo de ello es la sentencia del 14 de octubre de 1959, por medio de la cual el máximo órgano de la justicia ordinaria desató un litigio en el que se encontró probado que la paciente sufrió lesiones por bolsas de agua caliente que el personal paramédico colocó en su pie izquierdo, y que la condujeron a un tratamiento especial y a la prolongación de su estancia hospitalaria, resultando aplicable al caso “(...) *el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de una actividad peligrosa*”.⁴²⁶ Lo que específicamente estima como peligroso la Corte en el caso particular es el acto de transfusión de sangre que requería la paciente, pues anota que:

*“Ellos [Los terceros frente al contrato médico] tenían la acción de responsabilidad extracontractual, basada en el artículo 2.356 del Código Civil, pues se trata de una actividad peligrosa, porque no puede considerarse en otra forma la transfusión de sangre practicada a la señora [...], que ha sido reconocida por la parte demandada al contestar la demanda”.*⁴²⁷

No queda entonces duda de que en esta ocasión, efectivamente se consideró el acto paramédico de transfusión de sangre como riesgoso. Sin embargo, vale la pena hacer unas breves observaciones a dicha providencia:

⁴²⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. (14, marzo, 1942). M.P. JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ. (Gaceta Judicial: 52 920).

⁴²⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (14, octubre, 1959). M.P. HERNANDO MORALES M. (Gaceta Judicial: 91 – 759).

⁴²⁷ *Ibíd.*

1. Primera: Resulta llamativo que la Corte se ocupe de calificar como riesgosa una actividad (Transfusión de sangre) que no fue causa adecuada del daño, ya que la propia corporación reconoce que el origen de las lesiones que determinaron el tratamiento especial y la prolongación de la estancia hospitalaria fue la colocación de bolsas de agua caliente en el pie de la paciente, conducta que no parece ser connatural al acto de transfusión de sangre, sino accidental.

2. Segunda: Aún siendo connatural a dicho acto, la sede de casación pierde de vista que el supuesto de hecho del caso particular verdaderamente configura un “evento adverso”, esto es, una transgresión a la obligación de seguridad hospitalaria, pues como bien anota el demandante:

*“La señora natividad fue hospitalizada en [...] el 18 de agosto de 1950 con el fin de someterla a una intervención quirúrgica y encontrándose en su lecho de enfermo apareció con “grandes quemaduras en el pie izquierdo que le causaron serios quebrantos de salud, graves lesiones e intensos dolores materiales, haciendo prolongar su permanencia en la clínica” hasta el día 20 de octubre subsiguiente, donde estuvo imposibilitada para caminar y sometida a costoso tratamiento, **distinto del de la operación que motivó su hospitalización**”.*⁴²⁸
(Negrilla fuera de texto).

Afirmación de hecho que parece ser aceptada por la Corte a partir de su raciocinio. Luego el régimen de responsabilidad que debió aplicarse era el subjetivo de culpa probada.

3. Tercera: La lógica apunta a que si la paciente sufrió lesiones por bolsas de agua caliente que fueron colocadas en su pie, y que no pudo ella misma retirar por acción del narcótico que le fue aplicado, ello significa que los perjuicios cuya reparación se reclama no pueden explicarse sino por el olvido, descuido y desidia del personal paramédico (Enfermeras) que se encargó de colocarlas. Entonces, se insiste, el régimen que debió aplicarse fue el subjetivo de culpa probada.

Pero esta estimación de la actividad médica como riesgosa no tuvo continuidad, dado que la jurisprudencia ha insistido en considerar las obligaciones del médico como de medios y no de resultado. Por ejemplo, en un interesante caso en que la paciente ingresó a la clínica [...] por una trombosis cerebral de origen hipertensivo de la que logró recuperarse, quedando, no obstante, con cierto grado de

⁴²⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (14, octubre, 1959). M.P. HERNANDO MORALES M. (Gaceta Judicial: 91 – 759).

desorientación espacio-temporal, y que posteriormente se fugó de sus instalaciones para fallecer arrollada por un vehículo automotor, la Corte manifestó:

*“Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, **el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios** que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, **este deberá probar la culpa del médico**, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.*⁴²⁹ (Negrillas fuera de texto).

Al referirse a las obligaciones que pertenecen a la naturaleza del contrato de hospitalización (Art. 1501 C.C.), la Corte señaló en esa misma providencia:

*“Dentro de ese mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de **tomar las medidas necesarias** para que el paciente no sufra algún accidente en el curso u ocasión del cumplimiento del contrato (...)*

*(...) En armonía con lo dicho se tiene que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato (...). (Negrillas fuera de texto)”.*⁴³⁰

Poco tiempo después, al resolver *el undécimo cargo* de la casación, en un caso en que la actora se dolía de una “Ridectomía” o “Ritidectomía” que le fue practicada por el demandado con fines de embellecimiento facial, la Corte Suprema de Justicia acotó:

*“Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo **es de medio** y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado. En efecto, la Corte en su sentencia del 5 de marzo de 1940 expresó: “La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo esta obligado a desplegar en pro*

⁴²⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (12, septiembre, 1985). M.P. HORACIO MONTOYA GIL. (Gaceta Judicial No. 2419).

⁴³⁰ *Ibíd.*

de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este...”. (Negritas fuera de texto).

Como la sentencia citada está en consonancia con el fallo del 5 de marzo de 1940, dable es concluir que la Corte persiste en su tesis de no considerar la actividad médica como riesgosa y que, por el contrario, las obligaciones que asume el médico son de medios y no de resultado, debiéndose aplicar en consecuencia un régimen subjetivo de culpa probada.

Además, el Consejo de Estado desconoce su propia jurisprudencia, pues como bien anota en sentencia del 24 de agosto de 1992 (Exp. 6754), tras estudiar un caso en el que encontró probado que la paciente falleció luego de una histerectomía abdominal — vaciado con extirpación de matriz — posterior a una cirugía de cesárea:

*“Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas, **por que sí bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como actividad peligrosa**, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio.*

En cambio, cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio o la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tienen porque [sic] soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire mas [sic] al daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial. Se aplica a estas situaciones el principio constitucional de la igualdad (art.13 de la carta), cuyo rompimiento da lugar a la responsabilidad por esa clase de daño, sea lícita o no la actividad cumplida por el ente público”.⁴³¹ (Negritas fuera de texto).

Queda entonces asentado que la misma Sección Tercera se resiste a considerar la actividad médica como riesgosa. Si a reglón seguido afirma que dicha actividad “*sí puede representar **un gran riesgo** para los pacientes por los imponderables*

⁴³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 6754. (24, agosto, 1992). M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

que la rodean”, no lo hace en un lenguaje jurídico sino común, esto es, rechazando la aplicación de la teoría del riesgo, ya que de lo contrario la oración resultaría incongruente. No significa lo anterior que la Alta Corporación no esté autorizada para modificar su jurisprudencia, solo que para hacerlo debe ofrecer una seria motivación que le permita apartarse de ella, lo que se hace esperar en la sentencia del 29 de agosto de 2013 (Exp. 30283) sobre las IAAS y en todos los demás eventos de responsabilidad médica que ha decidido solucionar bajo el régimen objetivo.

No entrará el tesista a exponer los numerosos errores e inconsistencias en que incurre la Alta Corporación en el segundo párrafo del aparte citado, pero que, conforme a lo expuesto a lo largo de este trabajo investigativo, confía en que el lector podrá advertirlos sin dificultad.

3.3.2 Argumento Teórico - Dogmático

Las razones teóricas que ofrece la Sección Tercera del Consejo de Estado para considerar las hipótesis de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) gobernadas por un régimen objetivo de responsabilidad carecen de fundamento. Desglosemos, pues, cada uno de los argumentos ofrecidos en la sentencia del 29 de agosto de 2013.

Afirma esta Sentencia, que bien pudieramos llamar “hito” en materia de responsabilidad por daños derivados de IAAS, que una de las razones por las cuales estas hipótesis de daños deben considerarse gobernadas por un régimen objetivo de responsabilidad es *“La tendencia objetivizadora que existe en el derecho comparado de esta clase de eventos”*.

Al menos en los ordenamientos jurídicos de la europa continental y de sudamerica que hubo oportunidad de exponer en la presente investigación, no aparece del todo claro que sea, de manera indubitable y exclusiva, el régimen objetivo el que se aplica en materia de daños provenientes de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud.

En Francia, por ejemplo, con la Ley Kouchner no se abandonó el sistema tradicional basado en la culpa, y ni siquiera puede decirse válidamente que se aplique un régimen objetivo de responsabilidad como lo da a entender el jurista Juan Manuel Prevot, pues la existencia de un Fondo de Garantía como la O.N.I.A.M., basado en la solidaridad nacional, no entraña en sí el instituto de la

responsabilidad, ya que al no poder deducirse esta, del facultativo y de la estructura hospitalaria, es el Estado quien asume la tutela indemnizatoria — compensatoria en realidad — de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Y aunque se desconoce en detalle la forma en que opera el seguro obligatorio de responsabilidad en el ordenamiento francés, como todo seguro exige la siniestralidad, que para el caso sería la declaratoria previa de responsabilidad, sin que nada parezca indicar que el fundamento deba ser necesariamente objetivo.

En Argentina, como se anotó, no existe regulación normativa para las consecuencias jurídicas derivadas de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha entrado a llenar ese vacío sin llegar a una posición uniforme. En efecto, si por un lado los tribunales radican en cabeza del ente hospitalario una obligación de seguridad de resultado frente al contagio de IAAS, **lo que ubica el asunto en el escenario de la responsabilidad objetiva por la naturaleza de la obligación que no por hallar su fundamento en el carácter riesgoso de la actividad**, por el otro también se encuentran fallos que consideran esta misma obligación de seguridad como de medios, afirmando que es al demandado a quien incumbe probar su diligencia y cuidado y no al actor demostrar la culpa de este, aspecto que en su oportunidad fue cuestionado.

En el país ibérico, como se vio, a las IAAS se las conceptúa como un “efecto adverso”, esto es, se repite, como *“todo accidente inesperado, que se deriva de la asistencia sanitaria y no de la enfermedad de base del paciente que ha causado lesión y/o incapacidad y/o progresión de la estancia y/o defunción”*.⁴³² También en este ordenamiento las opiniones se encuentran divididas entre quienes estiman que estos eventos deben valorarse con el rasero del régimen objetivo del riesgo beneficio, y quienes abogan por la aplicación de un régimen subjetivo de “culpa” o “falla del servicio” construido a partir de la “teoría del daño desproporcionado”, cuya idea básica consiste en que la imputación (jurídica) al ente hospitalario se da en virtud de su “posición de dominio y exclusividad”, que lo compele a emplear las medidas profilácticas adecuadas para impedir la contaminación, de suerte que si esta se produce no habrá otra explicación para el daño que la culpa del demandado.

⁴³² GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Rodrigo & y FERNÁNDEZ MARTÍN, Juan. La seguridad quirúrgica en el marco del Sistema Nacional de Salud de España. Surgical Safety under Spain's National Health System. España: Rev. CONAMED 2010, vol. 15, núm. 4, octubre-diciembre, 2010 ISSN 1405-6704

En Chile, según se expuso, se adopta un sistema de responsabilidad subjetiva de culpa presunta para el supuesto que es objeto de investigación, con la particularidad de que la institución médica demandada no podrá exonerarse de responsabilidad probando diligencia y cuidado, pues la aparición de la infección pondrá en evidencia su culpa, pudiéndose liberar de responsabilidad únicamente con la prueba de una causa extraña que rompa la imputación (Fáctica). Esto, para el tesista, en el fondo entraña un régimen objetivo de responsabilidad en la medida en que la prueba de la diligencia y cuidado le es inútil al hospital o clínica demandada para exonerarse de responsabilidad. Pero, sea como fuere, lo cierto es que formalmente el régimen acogido es el subjetivo de culpa presunta.

Si bien estos 4 ordenamientos foráneos no permiten afirmar de forma concluyente el régimen de responsabilidad que en otros Estados suele aplicarse en materia de IAAS, sí constituyen una muestra que de alguna manera desdice la “*tendencia orientada hacia la objetivización*” que el Consejo de Estado dice advertir en el derecho comparado. Mientras en unos se conserva un régimen subjetivo y no está del todo claro que se aplique el objetivo (Francia); en otros se evidencia una dualidad doctrinal y jurisprudencial en el sentido de considerar, bajo diferentes argumentos y teorías, aplicable el objetivo o el subjetivo (España y Argentina); al paso que en otros, se habla de responsabilidad subjetiva de culpa presunta, indesvirtuable con la prueba de la diligencia y cuidado (Chile); luego, esta afirmación de la Sección Tercera resulta cuestionable.

Con todo, aún admitiendo en gracia de discusión que exista una “*tendencia objetivizadora en el derecho comparado*” en materia de IAAS, no parece ser este un argumento sólido que permita sostener que este tipo de eventos deban gobernarse por un régimen objetivo.

También en esta sentencia (29 de agosto de 2013) se hace mención a “*Los escasos pronunciamientos realizados por la Corporación en los que estima que estas situaciones no pueden ser consideradas como eventos adversos*”, como argumento que se suma para sustraer las hipótesis de daños derivados de IAAS del escenario de la responsabilidad subjetiva y ubicarla en el marco del régimen objetivo. Sobre el particular, vale la pena transcribir una vez más lo dicho por la Sección Tercera:

“En nuestro país, el marco teórico de la responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia. No obstante, existen algunos escasos pronunciamientos de esta Corporación en los que el tema ha sido mencionado para efectos de señalar que

los daños derivados de este tipo de infecciones no pueden ser considerados como “eventos adversos”, asociados al incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia jurídicamente exigible a las instituciones prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad:

(...) en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales (...) constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los **actos médicos y/o paramédicos**, y que, por consiguiente, **se rigen por protocolos científicos y por la lex artis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso**. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias”⁴³³ (Negrillas del Tesista).

En este razonar el Consejo de Estado incurre en un error de concepto. Repárese la noción de “evento adverso” ofrecido por la doctrina médica y por la misma Sección Tercera, y se verá cómo las hipótesis de IAAS quedan cobijadas por su contenido. Así, en un interesante artículo de Héctor Gerardo Aguirre Gas y Felipe Vásquez–Estupiñán titulado *El error médico. Eventos adversos*, a estos últimos se les define en singular como el “*hecho inesperado no relacionado con la historia natural de la enfermedad, como consecuencia del proceso de atención médica*”.⁴³⁴ Igualmente se afirma que “*Los eventos adversos más comunes son efectos secundarios e intolerancia a medicamentos, reacciones alérgicas a medicamentos, infecciones intrahospitalarias, escaras por presión y deshicencia de heridas quirúrgicas*”.⁴³⁵ Se habla así mismo del “evento centinela” como aquel “*hecho inesperado, no relacionado con la historia natural de la enfermedad, que produce la muerte del paciente, una lesión física o psicológica grave o el riesgo de sufrirlas a futuro*”⁴³⁶, ubicándose dentro de los principales eventos centinela justamente a las infecciones intra-hospitalarias.

⁴³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

⁴³⁴ AGUIRRE – GAS, Hector Gerardo & VÁSQUEZ-ESTUPIÑAN Felipe. *El error médico. Eventos Adversos*. México D.F.: Rev. *Cirugía y Cirujanos* No. 6, Vol. 74, noviembre – diciembre de 2006; 74:495-503, p. 495 – 503. [En línea]. Recuperado en 2019-07-10. Disponible en: cutt.ly/FYWefj

⁴³⁵ *Ibíd.*

⁴³⁶ *Ibíd.*

Además, como se anticipó, la misma Sección Tercera ofrece una noción de “evento adverso” en la que queda comprendido el fenómeno de las IAAS. Por ejemplo, en sentencia del 19 de agosto de 2009 (Exp. 17.733), al estudiar un caso en el que la parte actora reclamaba indemnización de perjuicios por la muerte de un familiar que ingresó a la institución demandada tras ser herido por unos maleantes, y que, dos días después de su internación, fue asesinado en su habitación por individuos sin identificar, la alta corporación de justicia definió el evento adverso como *“aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria, que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los **prestadores del servicio de salud – entendidos en sentido genérico – , desde diversas esferas u órbitas legales.**”*⁴³⁷ (Negrilla fuera de texto).

Tampoco puede perderse de vista la definición de IAAS ofrecida al inicio del segundo capítulo:

*“Las infecciones Asociadas a la atención en Salud (IAAS) anteriormente llamadas nosocomiales o intrahospitalarias son aquellas infecciones que el paciente adquiere mientras recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica y en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución, se asocian con varias causas incluyendo pero no limitándose al uso de dispositivos médicos, complicaciones postquirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos. Además, las IAAS son causadas por una variedad de agentes infecciosos, incluyendo bacterias, hongos y virus”*⁴³⁸.

Entonces, se invita al lector a que consulte las circunstancias fácticas de las sentencias del 29 de agosto de 2013 (30.283), 30 de abril de 2014 (Exp. 28.214), 11 de junio de 2014 (Exp.27.089), 10 de septiembre de 2014 (Exp.27.771), 18 de mayo de 2017 (Exp. 36.565), 7 de febrero de 2018 (Exp. 29.481) de la Sección Tercera del Consejo de Estado; así como las sentencias del 5 de marzo de 1940 (Gaceta Judicial: 49 115) y 8 de septiembre de 1998 (Exp. 5143) de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia; y finalmente la del 25 de abril de 2018 (Exp. 57.769) de la Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, y notará que en cada una de ellas *la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso a la institución*, derivando en un daño *no relacionado*

⁴³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 17.733 (R-0079). (19, agosto, 2013). M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³⁸ <http://www.ins.gov.co/iaas/Paginas/que-son-las-iaas.aspx>

con la historia natural de la enfermedad, esto es, en uno que no tuvo su génesis u origen en la patología de base del paciente.

Ahora bien, si las IAAS cuajan en la noción de evento adverso, significa que su ocurrencia contrae el debate de responsabilidad a si se violó o no la obligación de seguridad hospitalaria. Sin embargo, al incurrir en este error de concepto, el Consejo de Estado arriba a la conclusión opuesta: *“en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma.”*

Otro error que se advierte en el argumento de la Sección Tercera es que, al parecer, entiende que la obligación de seguridad sólo se ubica en el escenario de los actos extra-médicos, y no en el de los médicos y paramédicos. Efectivamente, si según la alta corporación, las IAAS no son eventos adversos y nada tienen que ver con la obligación de seguridad, pero se *analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos*, quiere decir que estos escenarios son ajenos a tal obligación. En otras palabras, la dogmática del Consejo de Estado impide que las IAAS y la obligación de seguridad compartan un mismo escenario, pues de ser así los médicos y enfermeras estarían avocados a prevenir y controlar un posible hecho que no está relacionado con la historia natural de la enfermedad.

Y es que en fallo del 28 de septiembre de 2000 (Exp. 11.405) el Consejo de Estado hace referencia a esta división de la actividad médica en los siguientes términos:

“Así, la responsabilidad derivada de la prestación del servicio de salud puede tener por causa actos de diferente naturaleza Al respecto, cita Bueres la clasificación propuesta por Jorge Manuel Fernández Hierro, en su obra “Responsabilidad civil médica sanitaria” (Edit. Aranzadi, Pamplona, 1984), que distingue tres supuestos:

1. Actos puramente médicos.- que 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 al buen estado 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”.*⁴³⁹ (Negrilla fuera de texto).

Luego, si dentro de los actos paramédicos *queda emplazada la obligación de seguridad*, y las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud *constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos*, no es cierto que tales infecciones graviten *de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria*, sino que gravitan al mismo nivel, incluso frente a los actos puramente médicos, pues como bien lo sostienen los hermanos Henry y León Mazeaud al hablar del contrato médico y de hospitalización:

“La jurisprudencia y la doctrina están hoy de acuerdo en decidir que el contrato médico impone al médico un obligación de seguridad; pero esta obligación no es evidentemente la obligación determinada de curar al enfermo, de entregarlo sano y salvo; el médico solamente está sujeto a una obligación general de prudencia y diligencia, es decir, a conducirse con la diligencia y la prudencia que se requieran.

*Se presentan, sin embargo, casos en que el médico puede encontrarse sujeto a una verdadera **obligación determinada de seguridad**, obligación consistente, por lo demás, no en curar al enfermo, sino en evitarle los accidentes. Son los casos en que al contrato médico se agrega un contrato de hospitalización”.*⁴⁴⁰ (Negrilla fuera de texto).

Como corolario de lo expuesto, puede sostenerse que al paciente siempre debe preservársele de la accidentalidad, con independencia de que se trate de un acto médico, paramédico o exta-médico, pues todo el personal sanitario, médicos, enfermeras y administradores, deben velar por su seguridad desde el momento mismo en que ingresa al nosocomio.

Finalmente, la argumentación del Consejo de Estado es tan inconsistente y contradictoria que incluso afirma que las IAAS “*se rigen por los protocolos científicos y por la lex artis*”, pese a lo cual persiste en sostener que deben analizarse bajo un régimen objetivo, cuando la lógica indica que la transgresión de aquellos protocolos y de dicha *lex* situarían el asunto en el contexto del régimen subjetivo.

Así mismo, otro argumento que se infiere de la sentencia cuestionada, es que para

⁴³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 11.405 (28, septiembre, 2000). M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁴⁴⁰ MAZEAUD, Henry & MAZEAUD, Leon. Tratado de la Responsabilidad Civil. Traducido por: Carlos Valencia Estrada, TOMO I. México D.F.: EDITORIAL COLMEX, 1945, p. 82

la Sección Tercera el pretendido régimen objetivo por daños derivados de IAAS “no sería otro que el del riesgo excepcional.”

Este razonamiento puede ser refutado a partir del citado artículo de la Doctora María Cecilia M'causland titulado *Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades*. En él se pueden identificar un argumento general y uno particular de por qué resulta improcedente abordar el tema de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud a partir de la teoría del riesgo.

En cuanto al argumento general, tiene que ver con que, según la citada jurista, el Consejo de Estado no ofrece un sustento normativo para que los eventos relacionados en el fallo del 19 de agosto de 2009, entre los cuales se encuentran las infecciones intrahospitalarias, puedan ser resueltos bajo un régimen de responsabilidad objetiva, omisión que por sí sola bastaría para objetar el planteamiento, en especial si se tiene en cuenta que la prestación del servicio de asistencia en salud engendra obligaciones de medios en razón de su carácter profesional.⁴⁴¹

Agrega que la responsabilidad patrimonial del Estado basada en el riesgo solo podría encontrar fundamento normativo mediante la aplicación analógica del artículo 2356 del Código Civil, con todos los inconvenientes que conlleva el plantear un régimen objetivo a partir de dicha disposición.⁴⁴² Pero anota que aún con apoyo en ese precepto sería inadecuado aplicar la teoría del riesgo a la prestación del servicio médico, ya que dicha teoría se basa:

*“(...) en la necesidad de corregir el desequilibrio que surge en virtud del desarrollo de actividades lícitas y de las cuales reporta beneficios su guardián, que generan contingencia de daño, como ocurre en el caso de quien conduce un vehículo automotor o construye una edificación, por ejemplo. El ejercicio de la medicina, en efecto, no cabe en este razonamiento, dado que, por una parte, no constituye en esencia una actividad peligrosa – lo cual acepta el Consejo de Estado –, y además se realiza preponderantemente en beneficio del paciente y no del médico, muchas veces porque este actúa incluso en cumplimiento de un deber legal o en estado de necesidad (...)”*⁴⁴³

⁴⁴¹ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 181-268

⁴⁴² *Ibíd.*

⁴⁴³ *Ibíd.*

Posteriormente, al abordar el análisis del pronunciamiento del 29 de agosto de 2013, señala:

*“Por una parte, se advierte de nuevo el recurso a la teoría del riesgo que, por lo explicado, resulta improcedente en el ámbito de la responsabilidad por la prestación del servicio médico, dado que esta actividad se realiza, en esencia, en beneficio de los pacientes y no de los médicos o las instituciones hospitalarias. Por esa razón, no resulta coherente aplicar a la responsabilidad médica la noción de “riesgo interno” a la actividad, que constituye un desarrollo de la teoría del riesgo y supone, precisamente, que quien crea la contingencia de daño en ejercicio de una actividad lícita de la cual se beneficia debe asumir las consecuencias dañinas de la concreción de dicha contingencia”.*⁴⁴⁴

Se dice que es un argumento general porque impide la aplicación de la teoría del riesgo a la prestación del servicio médico asistencial, lo que abarcaría las hipótesis de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) que se presenten con ocasión de ese servicio. Pero también puede extraerse un argumento particular frente a ciertas imprecisiones en que incurre la providencia cuestionada. En ella se dice que:

*“Las infecciones intrahospitalarias, según ya se señaló, si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles”, pese a lo cual, anota a reglón seguido que son “prevenibles y controlables”, de suerte que está “en manos de las entidades hospitalarias adoptar todas las medidas establecidas en los protocolos diseñados por las autoridades competentes a efectos de reducir los riesgos que comoporta para los pacientes”, frente a lo cual el artículo citado advierte una notoria contradicción “(...) dado que un acontecimiento prevenible y controlable será previsible y resistible y no tendrá el carácter de causa extraña.”*⁴⁴⁵

Contradicción que lleva a la jurista a concluir, en el caso específico de daños provenientes de IAAS, y según lo expuesto por el mismo Consejo de Estado:

“(…) que las infecciones intrahospitalarias son, en realidad, consecuencias esperables del incumplimiento de obligaciones a cargo de los organismos prestadores del servicio médico, lo cual permitiría considerar que en los eventos en que se demuestra que tales infecciones afectan a un paciente, la falla del servicio estaría probada indiciariamente.

*De esta manera, puede afirmarse que el régimen aplicable en estos casos será el general de la falla del servicio probada y que la aplicación del régimen objetivo resulta improcedente”.*⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Ibídem.

⁴⁴⁵ Ibídem.

⁴⁴⁶ Ibídem.

Al compartirse a plenitud las observaciones realizadas por la doctora M'causland, se concluye que el Consejo de Estado yerra el camino al considerar aplicable la teoría del riesgo al supuesto que es objeto de investigación.

De igual modo, añade el Consejo de Estado que se aplicaría la teoría del riesgo “*Específicamente en su modalidad de riesgo – álea*”, comoquiera que:

“De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría 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”.

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado hasta en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin (...) la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”.”⁴⁴⁷

La sola imposibilidad de aplicar la teoría del riesgo al asunto que es objeto de investigación bastaría para descartar la aplicabilidad de cualquiera de sus variantes, sin embargo, se estima pertinente analizar por qué, aún admitiendo la aplicación de la teoría del riesgo – excepcional, no podría hacerse en todo caso bajo la modalidad del riesgo álea.

La razón nos la proporciona la doctora Mónica Lucía Fernández Muñoz en su ya citado artículo *EL ALEA TERAPÉUTICA COMO LÍMITE A LAS OBLIGACIONES MÉDICO – HOSPITALARIAS Una perspectiva desde el derecho comparado*. En él se sostiene como tesis fundamental que “(...) el concepto ‘alea terapéutico’ es ajeno al contenido de las obligaciones medico hospitalarias, en consecuencia, no

⁴⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

*puede ser objeto de discusión en el marco de la responsabilidad*⁴⁴⁸, de suerte que la idea de que el ente hospitalario o el médico sea condenado patrimonialmente por esta clase de supuestos *“constituye un despropósito y resulta atentatorio de los principios de justicia y equidad”*⁴⁴⁹.

Y es ajena a las obligaciones médico hospitalarias porque el alea terapéutica hace referencia a *“(…) un daño que no tiene relación alguna con el acto médico, ni con el estado anterior del paciente, ni con la evolución previsible de ese estado”*.⁴⁵⁰ Pero, aún si el Consejo de Estado se refiere al alea ajena al acto médico, su argumento es igualmente frágil, toda vez que:

*“(…) además de la incertidumbre, el azar, la incerteza inherente a todo acto médico, **cuya existencia justifica la exigencia de una obligación de medios a cargo del médico**, en cuanto, que el alea dentro del ejercicio de la medicina está ligado con la dificultad en la no obtención del éxito del tratamiento, o con la dificultad o incluso la imposibilidad de establecer un diagnóstico cierto, o garantizar la curación y prever la evolución del mal, ya que la curación no es un derecho y cada paciente reacciona de modo distinto a la enfermedad y a los tratamientos; se observaban otros acontecimientos repentinos que no eran ni la consecuencia directa del acto médico, ni correspondían a la evolución del mal que afectaba al paciente, es decir, daños que no estaban ligados al alea médica propiamente dicha”*⁴⁵¹

En otras palabras, la aleatoriedad no hace más que colocar las hipótesis de IAAS por fuera del escenario de la responsabilidad, lo que no impide su declaratoria si se demuestra que la infección sobrevino por culpa del personal médico.

Finalmente, la Sección Tercera estima que en el caso particular de las IAAS resulta improcedente *la exoneración por causa extraña – caso fortuito*, ya que:

“(…) tratándose de las infecciones nosocomiales, la Sala considera, junto con un sector de la doctrina, que no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud:

‘Quienes encuadran las infecciones hospitalarias en esta eximente [caso fortuito] sostienen que se trataría de un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. EL ÁLEA TERAPÉUTICA COMO LÍMITE A LAS OBLIGACIONES MÉDICO – HOSPITALARIAS. Una perspectiva desde el derecho comparado. Bogotá D.C.: Rev. Prolegómenos Derecho y Valores, vol. XI, núm.22, julio-diciembre, 2008, pp. 15-28, Universidad Militar Nueva Granada. [En línea]. Recuperado en 2019-07-11. Disponible en: <https://cutt.ly/4URntG>

⁴⁴⁹ Ibídem.

⁴⁵⁰ Ibídem.

⁴⁵¹ Ibídem.

existe, con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, liberando de responsabilidad al ente.

En nuestra opinión, las infecciones hospitalarias no constituyen esta eximente, pues el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo.

(...) La infección hospitalaria puede comportar un caso fortuito, pero en todo caso será un caso fortuito interno a su actividad, por lo cual no puede liberar al establecimiento asistencial (...)”.

Al respecto, el Consejo de Estado no parece tener en cuenta que según el diccionario del español jurídico *alea* significa suerte, azar⁴⁵²; y que según el mismo, *azar* significa “*Causa a la que se atribuyen sucesos casuales o casos fortuitos*”⁴⁵³. Con todo, su apreciación resulta comprensible a partir de las nociones que maneja desde su propia jurisprudencia. Así, en sentencia del 19 de julio de 2000 (Exp. 11. 842), puntualizó que la fuerza mayor es “*un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño*”⁴⁵⁴, al paso que el caso fortuito “*(...) proviene de la estructura de la actividad de aquél [del hecho del demandado], y puede ser desconocido, permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño*”⁴⁵⁵. Y no tiene esa aptitud justamente porque es de carácter interno, según lo deja ver al resolver el caso particular:

“(...) concluye la Sala que la causa que dio lugar al accidente, en el presente caso, esto es, la falla mecánica del vehículo, se produjo dentro de la estructura misma de éste último, de manera que, aunque no se conocen sus causas, es, sin duda, un hecho interno a la actividad que con él se desarrollaba. No constituye, en estas condiciones, un hecho imprevisible y, por lo tanto, no da lugar al rompimiento del nexo de causalidad existente entre dicha actividad y el daño producido”.⁴⁵⁶

Sin embargo, al razonar de esta manera el Consejo de Estado pierde de vista la clasificación de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud en exógenas y

⁴⁵² Diccionario de la Real Academia Española. Diccionario del español jurídico. [En línea]. Recuperado en 2019-07-13. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/alea>

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Exp. 11.842. (19, julio, 2000). M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

endógenas que se expuso al inicio del Segundo Capítulo (II); distinción que resulta relevante, pues si bien las segundas entrarían en el concepto de caso fortuito que maneja el Alto Tribunal, las segundas no obstante constituirían verdaderos eventos de fuerza mayor capaces de destruir el nexo causal entre la conducta del demandado y el daño, dado su carácter imprevisible, irresistible y externo.

Pero, incluso en el caso de las endógenas, el argumento devendría sofisticado, pues la actividad médica, según se dijo, no es ni puede ser considerada una actividad riesgosa, siendo inocuo hablar de una eximente de responsabilidad frente a un evento (daños derivados de IAAS) que no puede dar lugar a ella, al menos no desde la teoría del riesgo. De ahí que todos los reparos hechos hasta el momento también resulten aplicables a expresiones como: “*con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente*” y “*pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo*”. O como diría la pluricitada jurista M’causland:

“Por esa razón, no resulta coherente aplicar a la responsabilidad médica la noción de “riesgo interno” a la actividad, que constituye un desarrollo de la teoría del riesgo y supone, precisamente, que quien crea la contingencia de daño en el ejercicio de la actividad lícita de la cual se beneficia debe asumir las consecuencias dañinas de la concreción de dicha contingencia”.⁴⁵⁷

3.3.3 Argumento normativo

El artículo 230 de la Constitución Política expresa:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.⁴⁵⁸ (Negrillas fuera de texto).

Siendo así, sorprende que el Consejo de Estado se niegue a considerar los daños derivados de IAAS como eventos adversos y determine en cambio que deban ser resueltos bajo el régimen objetivo del riesgo cuando la misma normatividad rechaza tal proposición.

⁴⁵⁷ M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 181-268

⁴⁵⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 230.

En efecto, se tiene que el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007 expresa:

“Acto propio de los profesionales de la salud. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una **obligación de medios**, basada en la competencia profesional”.⁴⁵⁹
(Negrillas fuera de texto).

Y esa obligación de medios involucra a todos los profesionales de la salud: médicos, enfermeras, administradores en salud, por lo que su exigibilidad puede demandarse de los actos médicos, paramédicos y extramédicos.

3.3.4 Argumento económico

No han sido pocas las dudas que han asaltado al tesista a la hora de decidir si incluir o no este tipo de argumento, pues sea para exponer las bondades del régimen objetivo, sea para poner de presente su inviabilidad financiera en el tema investigado, lo cierto es que no existen los suficientes datos objetivos que permitan sustentar ninguna de las dos posturas. Como bien anota la abogada especialista en derecho comercial, Paola Andrea Moncayo Escobar, en su artículo *¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias? “En principio hay que advertir que en Colombia no se encuentran estadísticas oficiales serias sobre las infecciones intrahospitalarias a nivel nacional ni territorial, y menos estimaciones permanentes de los daños causados por estos eventos dañosos y los costos que ocasionan en el país.”*⁴⁶⁰

En ese escenario, de entrada deben reconocerse las limitaciones que existen para poder presentar un argumento de tal naturaleza. Con todo, la lógica y el sentido común pueden conducir a buen puerto. Así pues, sobre la materia resultan pertinentes las palabras del jurista Javier Tamayo Jaramillo, quien en una interesante columna publicada en *Ámbito Jurídico*, titulada “*Responsabilidad por*

⁴⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 164 (03, octubre, 2007). Por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento Humano en Salud. En: Diario Oficial No. 46.771 del 04 de octubre de 2007.

⁴⁶⁰ MONCAYO ESCOBAR, Paola Andrea. *¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias?* Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Privado No. 56, julio-diciembre 2016. E-ISSN 1909-7794, p. 1-33.

infecciones nosocomiales”, anotó con relación a la sentencia del 29 de agosto de 2013 (Exp.30283):

*“Tomada aisladamente, la solución pareciera impecable, de no ser por las graves falencias axiológicas, normativas y prácticas. En efecto, la providencia bajo examen atenta contra la dinámica de los principios constitucionales (I), contra el análisis económico del derecho (II) y contra la teleología del denominado riesgo excepcional (III)”*⁴⁶¹.

Hágase pues mención a los dos primeros aspectos. Respecto a la dinámica de los principios constitucionales el profesor Tamayo expresa:

“Una de las características básicas de los principios y derechos constitucionales es que estos son prima facie, es decir, solo son exigibles en tanto y en cuanto sean posibles jurídica y fácticamente (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, p. 86). O sea, que de hecho, y de derecho, nada impida su aplicación. Desde hace más de una década vengo insistiendo en que la generosidad con que la jurisprudencia acepta todo tipo de pretensiones en materia de salud y de responsabilidad de la administración estatal viola ambos fundamentos, como si el Estado fuera un fondo financiero que puede asumir, sin control, el costo de las decisiones judiciales.

En efecto, la postración actual del sistema de salud se debe, entre otras causas como la corrupción, a la falta endémica de recursos, y a la forma como a manos llenas, los tribunales condenan a las instituciones a conceder prestaciones de salud no previstas en la ley, o al pago de cuantiosas indemnizaciones basadas en la culpa presunta y ahora con base en la teoría del riesgo excepcional. Lamentablemente, para las altas cortes, esas limitaciones económicas no deben ser tenidas en cuenta, y el Ejecutivo adquiere la carga de arbitrar recursos que a lo sumo alcanzan para cubrir otros derechos también de estirpe constitucional.

*Y desde el punto de vista de las posibilidades jurídicas, la doctrina de la responsabilidad por riesgo excepcional a cargo de los hospitales públicos aumenta de tal manera las sentencias condenatorias, que se viola el derecho a la igualdad de todos los individuos desposeídos de la fortuna que solo tienen la esperanza de que sea el Estado, con sus escasos recursos, el encargado de brindarles asistencia médica y hospitalaria. Es decir, las sumas fabulosas que por responsabilidad objetiva se les paga a los demandantes dejan en la absoluta indigencia a la mayoría de los pobres que también requieren servicios de salud”*⁴⁶².

Recordará el lector que justamente la presente investigación inició en su primer capítulo (I) con la definición de los principios jurídicos, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible

⁴⁶¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. Bogotá D.C.: LEGIS, Ámbito Jurídico. (12, diciembre, 2013). [En línea]. Recuperado en 2019-07-26. Disponible en: <https://cutt.ly/JNepwg>

⁴⁶² Ibídem.

atendiendo a sus posibilidades fácticas y jurídicas, *estando determinadas estas últimas por las reglas y principios que jueguen en sentido contrario al principio cuya aplicación se pretende.*⁴⁶³ (Ver pág. 5). Pues bien, el citado jurista expone cómo la aplicación del régimen objetivo en materia médica no hace más que atentar contra las posibilidades fácticas de aplicación del *principio* de reparación integral,⁴⁶⁴ al partir de la base de que el Estado tiene fondos ilimitados para respaldar el pasivo indemnizatorio que por responsabilidad médica estaría obligado a pagar. Pero también contra las posibilidades jurídicas de aplicación del principio de igualdad, ya que la masificación de condenas por riesgo excepcional sustrae sistemáticamente recursos de la salud en desmedro grave de la mayor parte de usuarios de este servicio público.

Y frente al análisis económico del derecho anota:

“Pero el análisis económico de la responsabilidad civil, en Colombia, los tiene sin cuidado. La galería aplaude esas decisiones porque cree que el Estado es un bandido ladrón y rico que todo lo debe pagar. (...)

(...) Ahora, para el alea terapéutico y las infecciones intrahospitalarias [Refiriéndose a la Ley francesa 1577 del 2002], los hospitales y los médicos no responden objetivamente, sino que el Estado, mediante un sistema de solidaridad social y no de responsabilidad civil, asume las reparaciones de las víctimas. Así las cosas, ni los médicos que cometen culpa ni los hospitales responden y todo termina siendo pagado por los seguros obligatorios y por la seguridad social. Pero esa ley ha sido posible por la enorme riqueza acumulada por el Estado francés.

*Pero en Colombia los seguros privados para médicos y hospitales tienen unas coberturas mínimas y, a veces, los aseguradores no los venden, y el fondo de garantía similar al francés es inviable. Mientras en Francia, que es el modelo de referencia del fallo comentado, ni los hospitales ni los médicos arriesgan su patrimonio, en Colombia, felices y orgullosos de su progresismo, los jueces condenan injustamente a quien no ha cometido culpa alguna, todo a costa de los menesterosos.”*⁴⁶⁵ (Negrillas fuera de texto).

⁴⁶³ ALEXY Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas en San Sebastián en septiembre de 1988. [En línea]. Recuperado en 2018-10-02. Disponible en: <https://bit.ly/2QoljKY>

⁴⁶⁴ Pese a que el artículo 16 de la LEY 446 de 1998 señala que “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrohados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”, la verdad es que, en estricto rigor, la “reparación integral” es una regla de derecho, debido a que admite excepciones como la que se observa en el artículo 1616 C.C. al condenar al deudor contractual incumplido, por dolo o culpa grave, a pagar los perjuicios tanto previsibles como imprevisibles. Pero aún bajo ese entedido no debe perderse de vista que en la base de las reglas de derecho también hay principios, y que en el caso de la regla de la reparación integral sería el principio de equidad.

⁴⁶⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. Bogotá D.C.: LEGIS, Ámbito Jurídico. (12, diciembre, 2013). [En línea]. Recuperado en 2019-07-26. Disponible en: <https://cutt.ly/JNepwg>

La simultánea vehemencia y tino del maestro Tamayo, no hacen menos que suponer una cierta función cerebral ubicada en las vísceras. Efectivamente, el contexto socioeconómico colombiano no es, ni remotamente, comparable al del Estado Francés, y para saber eso no se necesita ninguna clase de datos estadísticos. Pese a ello, en Francia no se compromete la responsabilidad patrimonial de los hospitales y de los médicos —a no ser que a estos se les demuestre culpa—, y debido a la economía de primer mundo de este país, las retenciones financieras a la colectividad nacional resultan razonables. Colombia en cambio es un país que durante décadas ha atravesado un conflicto armado interno y que presenta todavía altos índices de pobreza y desempleo.⁴⁶⁶ No se comprende entonces cómo el Consejo de Estado pretende hacer aplicar un régimen objetivo de responsabilidad en serio desmedro del servicio público de atención en salud.

Y no se diga que son unos cuantos los casos en los que, según sentencia del 19 de agosto de 2009, se considera aplicable el régimen objetivo en materia médica, pues una sola hipótesis constituye comedia invitación a múltiples demandas de responsabilidad que en ausencia de ella no se presentarían.

Por eso se disiente respetuosamente de la maestra Paola Andrea Moncayo Escobar cuando manifiesta que *“Lo anterior, reconociendo que es indiscutible el elevado costo que implica la ocurrencia de tales eventos, por lo que implementar mejores políticas de prevención y control como parte de la exigencia que supondría una objetivación de la responsabilidad, redundaría en enormes beneficios económicos y sobre todo en menos víctimas por infecciones intrahospitalarias.”*⁴⁶⁷ Para luego concluir, bajo esa premisa, y después de citar sendos estudios sobre reducción de costos por IAAS, que *“(…) un buen sistema de prevención de infecciones hospitalarias redundaría no solo en beneficios inexorables para la salud y la vida de los pacientes, sino en una reducción significativa de los costos que conlleva la presencia de estas infecciones.”*⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Veáse: Revista Dinero. Por estas razones crecieron los niveles de pobreza en Colombia. (5, abril, 2019). [En línea]. Recuperado en 2019-07-29. Disponible en: <https://cutt.ly/rMN706>

⁴⁶⁷ MONCAYO ESCOBAR, Paola Andrea. ¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias? Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Privado No. 56, julio-diciembre 2016. E-ISSN 1909-7794, p. 1-33.

⁴⁶⁸ MONCAYO ESCOBAR, Paola Andrea. ¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias? Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Privado No. 56, julio-diciembre 2016. E-ISSN 1909-7794, p. 1-33.

Ciertamente la inversión en medidas de prevención de IAAS, en tanto que inhibiría la ocurrencia de las mismas, reduciría los costos de las instituciones de salud. Pero lo que resulta falaz es la premisa sobre la cual se asienta tal afirmación, a saber, que el empleo de dichas medidas estaría motivado por la “*exigencia que supondría una objetivación de la responsabilidad*”. Todo lo contrario, un régimen objetivo no hace más que comunicarle al futuro sujeto pasivo que sin importar cuán diligente sea, si el álea se materializa en daño, tendrá que responder inexorablemente. En consecuencia, la responsabilidad objetiva no persuade, sino que disuade a las instituciones médicas de adoptar medida alguna. Después de todo, la asepsia grado cero (0) no existe, y tarde o temprano —más temprano que tarde intuye el tesista—, sin importar la excelcitud de las medidas de desinfección y esterilización que se adopten, ocurrirán eventos de IAAS que comprometeran la responsabilidad del nosocomio. Y no será de recibo el argumento de que acaecerán con menos frecuencia, pues aún siendo “pocos” los casos, serán suficientes para que, de manera segura, conduzcan a la condena de la entidad, afectando fatídicamente su patrimonio.

En todo caso, “*las políticas y medidas de prevención y control*” no pueden colocarse al final del silogismo. En efecto, primero se invierte, se adoptan medidas preventivas y se reducen los índices de IAAS, y, con ellos, las condenas. Pero si el régimen es objetivo, la condena sobrevendrá de manera infausta, desincentivando la adopción de aquéllas. Eso demuestra que al régimen subjetivo de falla del servicio, sea probada, indiciaria, presunta, o lenificada por la teoría de la carga dinámica de la prueba o por la regla de aligeramiento probatorio *res ipsa loquitur*, jamás podrá despojarse del *reproche de conducta* que entraña, y que, en el caso de IAAS, persuade a las entidades de salud para que asuman un mayor compromiso en el cumplimiento de los protocolos de asepsia y demás normas pertinentes.

Así pues, la decisión del 29 de agosto de 2013 (Exp.30283) es, económicamente inviable.

Conclusión: En síntesis, la idea de aplicar a las IAAS el régimen objetivo del riesgo carece de fundamentos histórico, dogmático, normativo y económico.

3.4 Reflexión final de capítulo.

Reflexión crítica. La soledad, la libertad y la independencia, son presupuestos necesarios para el pensamiento.⁴⁶⁹ El jurista debe contar con ellos si quiere producir algo serio y digno de ser leído. Necesita reflexionar de manera crítica, filosofar. Y la filosofía es una meditación sostenida del espíritu cuyo propósito es descifrar lo enigmático de nuestra existencia, o de cualquier asunto que se considere encomiable. El juez no, él debe impartir justicia, resolver la controversia que se somete a su consideración. Puede meditar, sí, sobre ciertos aspectos del caso particular que estime relevantes, y hacer gala de su interpretación y argumentación jurídica, pero sin perder de vista jamás que debe solucionar *de la mejor manera posible* el asunto de que conoce a fin de garantizar la paz y el orden social. Después de todo, el derecho surgió para poner fin a los círculos de venganza.

Bajo ese entendido, el jurista tiene una relativa ventaja cuando de llegar al fondo de algún asunto se trata. Puede mirarlo desde muchas perspectivas, tomarse el tiempo de consultar diversas opiniones, y valorar las distintas soluciones. Concedor de la ventaja que ofrece la reflexión sosegada sobre una materia, prerrogativa con la que no cuenta el juez, el tesista se concede, no obstante, la licencia de criticar de manera respetuosa la postura actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del Estado por los daños causados por Infecciones Asociadas a la Atención en Salud, en particular, y por los eventos de responsabilidad médica, en general.

Visto está, a la luz de los argumentos histórico, dogmático, normativo y económico presentados, que resulta improcedente aplicar el régimen objetivo del riesgo a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS). Pero incluso resulta inapropiado emplear cualquier tipo de régimen

⁴⁶⁹ Esta afirmación es tomada de Schopenhauer. Afirma el filósofo: “*Ahí se manifiesta, desde luego, que para rendir tributo incondicional a la verdad, para filosofar realmente, a las muchas condiciones se añade inexcusablemente la de ser independiente y no conocer ningún señor, por lo cual ‘el dadme un punto de apoyo y moveré el mundo’ en cierto sentido tendría validez también aquí.*” Y anota también: “*Toda ayuda que se ofrece a la filosofía desde fuera es por su naturaleza sospechosa. Pues el interés de aquella es de clase demasiado elevada como para que pudiera establecer una franca relación con este mundo de bajos sentimientos. En cambio, ella tiene su propio norte que nunca se oculta. Por eso, dejémosla en libertad sin ayudas pero también sin obstáculos; (...)*”. El tesista extrae pues, de estos fragmentos, la libertad y la independencia, pero se permite agregar la soledad, que para el mismo autor “*es el destino de todos los espíritus excelentes*”. SCHOPENHAUER, Arthur. Parerga y Paralipómena. Traducción, introducción y notas de Pilar López de Santa María. Tomo I. Editorial TROTTA S.A., 2006, p. 218 y 219, ISBN: 978-84-9879-115-0 (Volumen I).

objetivo, sea el fundado en el daño especial o el que apareja la existencia de una obligación de resultado.

Efectivamente, considerar como *carga pública* a las IAAS no parece ser aceptable desde el punto de vista teórico ¿Cuál es la carga que debe soportar el paciente al ingresar al nosocomio? ¿Acaso el someterse a los procedimientos, tratamientos o incomodidades enderezados a restablecer su salud? Ciertamente es que las IAAS en tanto que alea pueden afectar a cualquiera, pero no puede pasarse por alto, según se expuso, que *“el concepto de ‘alea terapéutico’ es ajeno al contenido de las obligaciones médico hospitalarias”* y que puede definirse como *“(…) un daño que **no tiene relación alguna con el acto médico, ni con el estado anterior del paciente, ni con la evolución previsible de ese estado**”*, lo que descarta el cumplimiento de al menos dos de los requisitos de la teoría del daño especial, a saber: a) *Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;* y e) *Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado.*

Pero además, tampoco es del todo cierto que puedan afectar a cualquiera. Quizás el servicio estatal que se presta de manera menos homogénea es el de salud. Y cuando se dice *“menos homogénea”* se quiere destacar simplemente que la forma en que se beneficia cada paciente del servicio público de salud suele ser bastante diferente: Los *motivos de consulta* y la *enfermedad actual* varían de un paciente a otro, los tratamientos que pueda llegar a requerir también son variados y la vulnerabilidad frente a las IAAS será distinta en relación con el huésped, el agente infeccioso o el medio ambiente (Véase Supercapítulo I, Capítulo II). Si se trata, por ejemplo, de un paciente inmunológicamente débil, debe valorarse si tal estado resulta imputable o no al galeno o a la atención suministrada, a fin de determinar si la IAAS adquirida también le es atribuible en el plano material (Imputación fáctica), aún si se trata de una infección endógena, pues incluso si habita en el organismo del enfermo este tiene el legítimo derecho de no verse afectado por ella en virtud de un comportamiento previo del demandado. Desde esa perspectiva, algunos usuarios del servicio serán más propensos que otros a experimentar IAAS.

Igualmente desacertado es acudir al régimen objetivo anejo a la obligación de resultado. En efecto, al resistirse la Sección Tercera a considerar a la responsabilidad por IAAS como evento adverso, **no hace más que disociar el concepto de su realidad empírica.** Más claramente, las IAAS son alea terapéutico, y como tales están separadas del acto médico, por lo que no comprometen la responsabilidad médica. La única vía para engendrarla es que

ese azar sobre concreción por la negligencia, descuido, apatía o impericia del personal médico, paramédico o extra-médico en la adopción de las medidas de desinfección y esterilización vistos en el Subcapítulo III del Capítulo II, o de asepsia en las diferentes instalaciones o ámbitos físicos (Consulta externa, sala de cirugía, etc). Es decir, cuando se transgrede la obligación de seguridad atinente a la adopción de dichas medidas. Pero esa obligación de seguridad, como pasa explicarse, es de medios y no de resultado.

La pluricitada jurista Moncayo Escobar toma como modelo el régimen de protección al consumidor por productos y servicios defectuosos que preve una 'responsabilidad constitucional' de tipo objetivo sin importar que sea contractual o extracontractual, y lo extiende a la responsabilidad por daños causados por IAAS:

*“Siguiendo el anterior modelo, se podría extender esta tesis al análisis de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por las infecciones intrahospitalarias, creando como consecuencia un tratamiento unificado para la responsabilidad de origen tanto contractual como extracontractual, **bajo un régimen de responsabilidad objetiva**. En ese entendido, la obligación de seguridad que recae sobre las instituciones médicas debería darse con independencia de que exista un acuerdo contractual previo o no.⁴⁷⁰ (Negrillas fuera de texto)”.*

Se comparte que la obligación de seguridad, entendida como aquella que tiene el deudor de conservar y preservar la integridad física o corporal de la persona humana o de sus cosas, deba cumplirse al margen de la existencia previa o no de un contrato, pues desde que hizo su aparición en el mundo contractual, la 'naturaleza de los derechos protegidos' dejó de ser parámetro de distinción entre un tipo de responsabilidad y otra, ya que en ambos escenarios puede tener cabida la protección de los llamados derechos absolutos —o sea, los derechos de la personalidad— tales como la honra, buen nombre, integridad psicofísica, entre otros; de suerte que no existe razón válida para considerar que las instituciones médicas deban cumplir esta obligación de seguridad solo con el paciente con quien existe un contrato de prestación de servicios médicos y no con los terceros que a ellas ingresan. Sostener lo contrario vulneraría criterios de equidad y de justicia, toda vez que se dejaría desprotegidos a los acompañantes y familiares de los pacientes frente a cualquier accidente que les pueda ocurrir.

⁴⁷⁰ MONCAYO ESCOBAR, Paola Andrea. ¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias? Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Privado No. 56, julio-diciembre 2016. E-ISSN 1909-7794, p. 1-33.

Sin embargo, ¿Bajo qué argumentos se sostiene que dicha obligación es de resultado y no de medios? La autora no ofrece ninguna razón al respecto. Ciertamente es que el artículo 982 del Código de Comercio consagra una obligación de seguridad de resultado en cabeza del transportador terrestre de personas:

“El transportador estará obligado, dentro del término por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

- 1) *En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario, y*
- 2) ***En el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino.***⁴⁷¹ *(Negrillas fuera de texto).*

Pero asimilar este tipo contractual al de prestación del servicio médico asistencial es absurdo. En el primero el transportador recibe a una persona en su plenitud física y psíquica y su objeto es transportarla de un lugar a otro preservando ese estado inicial, en el segundo, en cambio, el galeno se encuentra por lo general — salvo en los casos de simple chequeo médico— a un sujeto mermado en sus condiciones psicofísicas y su objeto es restablecer su salud por completo o, al menos, salvarle la vida. Los medios de que habrá de valerse el transportador para cumplir su cometido, si bien requieren experticia, no pueden compararse con los que ha de emplear el médico, en los que prima el elemento *intelectual* y *técnico*, y en los que el grado de sofisticación, se quiera o no, es mucho mayor. El primero, entonces, parece contar con mayores facilidades para asegurar un resultado que el segundo, quien se enfrenta directamente al acontecimiento más insoslayable de todos: la muerte; más allá de ciertas intervenciones que son simplemente ambulatorias y cuyos resultados lesivos, por lo común, son producto de descuidos y negligencias evidentes.

En definitiva, las condiciones del transporte no pueden asimilarse en lo absoluto a las de prestación del servicio médico. Mientras a uno la obligación de resultado le pertenece naturalmente (*Naturalia negotii*), al otro solo puede pertenecerle de manera accidental (*Accidentalia negotii*) si así lo acuerdan las partes contractuales (Art. 1501 C.C.). En ese sentido, la obligación de seguridad en materia médica debe seguir la misma naturaleza de las demás obligaciones en ese ámbito, a

⁴⁷¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. En: Diario Oficial. Junio, 1971. Nro. 33.339

saber, que son de medios y no de resultado. Ello, con fundamento en la normatividad vigente (Art. 26 Ley 1164 de 2007) y en lo que de vieja data ha sostenido la doctrina sobre el particular:

“Es generalmente admitido que el médico no se compromete a curar al enfermo. Desde luego, dice Savatier, el contrato de servicios médicos no establece para el médico el compromiso de curar al enfermo, lo que crearía una obligación de resultado. Según la fórmula de la Corte Suprema, el médico se obliga solamente «a proporcionarle cuidados concienzudos, conforme a los datos adquiridos de la ciencia». Es una simple obligación de medios.

*En otras palabras, lo que promete el médico es poner todas las posibilidades de la ciencia médica al servicio de un fin, curar al enfermo, sin que se obligue necesariamente a obtenerlo. Cuando este resultado no se ha conseguido, procede hacer un análisis de la conducta del médico para saber si hubo o no culpa en él”.*⁴⁷²

Sin mencionar la jurisprudencia vernácula sobre la materia.

Ahora bien, en punto específico de las IAAS, emerge todavía más inconcebible la existencia de una *obligación de seguridad de resultado* como elemento natural del contrato de hospitalización. Se pregunta a quienes defienden los regímenes objetivos en materia médica ¿Es que además de pretender que el médico *asegure la vida y recuperación del paciente*, se quiere también que garantice la inocuidad y el carácter inmaculado de los ámbitos físicos? ¿No es temerario asegurar un resultado que sale de la esfera de acción del médico y depende de un alea? Porque la obligación de seguridad de resultado tiene cabida, pero sólo si se pacta en el contrato.

Que no se ofrezca tampoco el argumento de que el resultado se predica de la adopción de las medidas de asepsia, desinfección y esterilización, pues el resultado *siempre está al final de la obligación de hacer*.⁴⁷³ El resultado en el caso de las IAAS no puede ser otro que *el no contagio del paciente*, del mismo modo que en el caso de un abogado que asume la defensa judicial de los intereses de su mandante no es otro que el de *ganar el proceso*⁴⁷⁴; no puede consistir entonces, en el primer evento, en emplear las medidas de desinfección y

⁴⁷² PÉREZ VIVES, Álvaro. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. CLASIFICACIÓN, EFECTOS, TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. Ed. 2ª. Vol. III. Parte Segunda. Bogotá D.C.: TEMIS, 1955, p. 195

⁴⁷³ La clasificación de las obligaciones en “de medios” y “de resultado” sólo tiene sentido en las obligaciones de hacer, en las que se puede hablar de incumplimiento *per se*, incumplimiento por cumplimiento imperfecto e incumplimiento por cumplimiento tardío. En cambio, en las obligaciones de dar y de no hacer no tiene sentido la clasificación pues siempre en uno y otro caso la obligación siempre será de resultado.

⁴⁷⁴ Y que se verifica cuando obtiene sentencia ejecutoriada favorable a sus intereses.

esterilización, y en el segundo, presentar la demanda, ir a las audiencias y descorrer los respectivos traslados. El resultado en una obligación de esta naturaleza es y sólo puede ser el resultado final; lo demás, en realidad, son los medios.

En mérito de lo expuesto, se estima que la obligación de seguridad en materia médica es de medios y no de resultado, y que comprende la protección del paciente y sus acompañantes frente a las IAAS. Luego, tampoco es procedente aplicar el régimen objetivo que va unido a la existencia de una obligación de resultado. Y como toda obligación propiamente médica es de medios y no de resultado, también se toma distancia de todos los demás eventos que desde la sentencia del 19 de agosto de 2009 se consideran gobernados por un régimen de responsabilidad objetiva, al presentar carencias argumentativas similares a las del fallo del 29 de agosto de 2013 (Exp. 30283).

En ese orden de ideas, se concluye que en el ordenamiento jurídico colombiano no debería aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad médica a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), sino el subjetivo de culpa probada con la posibilidad de que el juez aplique la carga dinámica de la prueba que preve el Artículo 167 del Código General del Proceso.

El Consejo de Estado debe volver sobre sus pasos y rectificar su jurisprudencia en materia de responsabilidad médica; entender que la responsabilidad civil por IAAS solo puede sobrevenir como evento adverso, es decir, como consecuencia de la violación de la obligación seguridad de medios a cargo del personal médico, paramédico y/o extramédico de la respectiva institución. De lo contrario, como se dijo, no hará más que disociar el concepto de IAAS de su realidad empírica, olvidando que *“La retórica es el cementerio de las realidades humanas”*.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ ORTEGA Y GASSET, José. LA REBELIÓN DE LAS MASAS. Barcelona (España): AUSTRAL, 2014, p. 179, ISBN: 978-84-670-3353-3.

CONCLUSIONES

A la luz de lo que viene expuesto, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. En el ordenamiento jurídico colombiano no resulta procedente aplicar el régimen objetivo del riesgo a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) ni a ningún otro caso de daños provenientes de la actividad médica, pues desde el punto de vista histórico, teórico y normativo no puede considerársele riesgosa.
2. En el ordenamiento jurídico colombiano tampoco es procedente aplicar el régimen objetivo del daño especial a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), pues de ninguna manera puede considerárselas una carga pública y, además, su ocurrencia no satisface todos los requisitos de la teoría que fueron delineados en sentencia del 13 de diciembre de 1991 (Exp. 6453 – M.P. Daniel Suárez Hernández).
3. Los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en salud (IAAS) son un ‘alea terapéutico’ que nada tienen que ver con las obligaciones médico hospitalarias ni guardan relación alguna con el acto médico, ni con el estado anterior del paciente, ni con la evolución previsible de su enfermedad. Desde esa perspectiva, en estricto rigor están por fuera del escenario de la responsabilidad.
4. La única forma en que se puede comprometer la responsabilidad médica por Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) es que ese alea cobre concreción, esto es, se materialice en daño, a causa del comportamiento negligente, descuidado y displicente del personal médico, paramédico y/o extramédico en la adopción de las medidas de asepsia, desinfección y esterilización, es decir, siempre que configuren un evento adverso como consecuencia de la transgresión de la obligación de seguridad hospitalaria.
5. En línea con la conclusión inmediatamente anterior, la obligación de seguridad hospitalaria frente a las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), al igual que las demás obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos y de hospitalización, es de medios y no de

resultado. En consecuencia, tampoco puede aplicarse en esta hipótesis el régimen objetivo que apareja la existencia de una obligación de resultado.

6. La aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS) va en contravía del análisis económico del derecho y de las posibilidades fácticas de aplicación del “principio” —más exactamente regla— de reparación integral, y jurídicas del principio de igualdad, al afectar de manera grave el derecho constitucional fundamental a la salud de la mayor parte de usuarios de este servicio público.
7. Con apoyo en las conclusiones precedentes, se considera que en el ordenamiento jurídico colombiano no debería aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad jurídica a los eventos de daños derivados de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), ni a ningún otro evento de responsabilidad galénica, comoquiera que toda obligación propiamente médica es de medios y no de resultado.
8. El régimen de responsabilidad jurídica que debería aplicarse a los eventos de daños derivados de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud (IAAS), y a cualquier otro evento en que pretenda deducirse la responsabilidad médica, es el subjetivo de culpa probada con la posibilidad de aplicar la carga dinámica de la prueba. Régimen que encuentra su fundamento normativo en el artículo 167 del Código General del Proceso y en la tesis de que las obligaciones adquiridas por quienes ejercen profesiones liberales son de medios y no de resultado.

EPÍLOGO.

Deseo concluir esta tesis rindiendo homenaje al hombre cuya filosofía y forma de escritura inspiraron la filosofía y estilo que se imprimió, o intentó imprimirse, a este trabajo de investigación. Me refiero al filósofo francés Claude Adrien Helvétius. Hombre cuya obra influyó de manera importante en el jurista milanés Cesare Beccaria a la hora de redactar *De los delitos y de las penas*, según lo ilustra el Maestro en Derecho Penal Miguel Ángel Muñoz en su artículo “‘*Del espíritu*’ (1758), de *Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria*”. Al respecto, el jurista colombiano concluye:

“De este recorrido puntual por los libros comentados se puede concluir, con certeza, que el utilitarismo de CESARE BECCARIA se debió en gran medida a la lectura personal de la obra de HELVÉTIUS, y también de su socialización en el círculo ilustrado reunido en derredor de la famosa accademia dei pagni, en la que departían acaloradamente BECCARIA, los hermanos PIETRO y ALESSANDRO VERRI, LUIGI LAMBERTENGHI, GIANBATTISTA BIFFI, GIUSEPPE VISCONTI y ALFONSO LONGO, entre otros, que conocieron el libro del autor francés.”⁴⁷⁶

A título personal considero que la obra del filósofo francés bien puede ser ubicada en el rango de “*Obsequio de humanidad*”, al enseñar que: **1)** Los hombres no son más que el resultado de los objetos que los rodean; **2)** “*La ciencia no es más que el recuerdo de los hechos y las ideas de otras personas, el espíritu es un conjunto cualquiera de ideas nuevas*”; **3)** La mayor parte de los hombres no son más que notas al pie de sus gobiernos⁴⁷⁷ **4)** Un mejor conocimiento del mal provee de herramientas más eficaces para luchar en su contra; **5)** Los grandes talentos siempre resultan sospechosos a los gobiernos injustos; **6)** Los hombres de espíritu saben completar las frases y oraciones de otros hombres de espíritu; y **7)** La ciencia de la moral, la filosofía, es una ciencia estéril si no es puesta al servicio de la política y la legislación. Pensamientos todos estos que le valieron la inclusión de su obra en el *Index librorum prohibitorum* por cuenta del Papa Clemente XIII, así como la censura del Consejo de Estado del naciente Estado laico francés.

El espíritu siente al espíritu,
Claude Adrien Helvétius

Inclusive a través de los tiempos,
Luis Fernando Páez Díaz.

⁴⁷⁶ MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. “*Del espíritu*” (1758), de *Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria*. Colombia: Universidad Manuela Beltrán. Rev. Universitas No. 137, 30 de noviembre de 2018, ISSN:0041-9060/2011 – 1711, pp. 1 – 22.

⁴⁷⁷ Lo cual he podido constatar empíricamente: El mundo es, en efecto, un libro abierto que habla a través de miles de signos y en el que de vez en cuando conviene enterrar la mirada.

BIBLIOGRAFIA

- AEDO BARRENA, Cristian. EL CONCEPTO DE CULPA AQUILIANA Y SU EVOLUCIÓN EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS. DISTINTAS TEORÍAS. *Revista de derecho (Coquimbo)*. 2014, Vol. 21, nro 2, pp. 21-59, ISSN: 0718-9753.
- AGUIRRE – GAS, Hector Gerardo & VÁSQUEZ-ESTUPIÑAN Felipe. *El error médico. Eventos Adversos*. México D.F.: Rev. *Cirugía y Cirujanos* No. 6, Vol. 74, noviembre – diciembre de 2006; 74:495-503, p. 495 – 503. [En línea]. Recuperado en 2019-07-10. Disponible en: cutt.ly/FYWefj
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO (Título 35 del Libro IV del Código Civil). Santiago de Chile: IMPRENTA UNIVERSITARIA, 1943, p. 114
- ALEX Y Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas en San Sebastián en septiembre de 1988. [En línea]. Recuperado en 2018-10-02. Disponible en: <https://bit.ly/2QoljKY>
- ALLIER CAMPUZANO, Jaime. La equidad como función integradora del juzgador progresista. México D.F.: Rev. Instituto Judicatura No. 30., pp 33 – 50. [En línea]. Recuperado en 2018-11-18. Disponible en: <https://bit.ly/2Bfbj13>
- ARBELÁEZ RESTREPO, David & SÁNCHEZ ESCOBAR, Alexander. LA REPARACIÓN DIRECTA EN EL CASO DEL RIESGO EXCEPCIONAL. [En línea]. Recuperado en 2018-12-19. Disponible en: <https://bit.ly/2GusksX>
- ARCHUNDÍA GARCÍA, Abel. CIRUGÍA 1. EDUCACIÓN QUIRÚRGICA. 6. Ed. McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V. 2017, ISBN 978-607-15-1411-0.

ARISTÓTELES. *ÉTICA A NICOMACO*. 1ª Ed. Traducción, introducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2001, p. 177, ISBN: 84-206-3928-1. [En línea]. Recuperado en 2018-11-17. Disponible en: <https://bit.ly/2PALXnh>

ASOCIACIÓN AMERICANA DE ENFERMERÍA – Módulo de estudio independiente. Seguridad y prevención de pinchazos con agujas (PA). p.10

ASOCIACIONES DE ENFERMERAS DE E.E.U.U. Guía para la prevención de pinchazos con agujas. Washington D.C., 2002.

BAÑOS ZAMORA, Milvia; SOMONTE ZAMORA, Dariel Edecio y MORALES PÉREZ, Viviana. Infección nosocomial. Un importante problema de salud a nivel mundial. *Revista Latinoamericana de Patología Clínica y Medicina de Laboratorio*. 2015, nro. 62, pp. 33-39.

BERNAL PULIDO, Carlos. LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE AL RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.

BRENNER F. Pola., *et al.* Prevención de infecciones asociadas a catéteres vasculares centrales. *Revista chilena de infectología*. 2003, Vol. 20 (1), pp. 51-69, ISSN: 0716-1018.

BRUNICARDI, Charles., *et al.* Schwartz. Principios de Cirugía. 10ª Ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2015, ISBN: 978-607-15-1275-8.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. 4ª Ed. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1983. 143 p.

CALVO COSTA, Carlos. *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, p. 275.

- CARRILLO ESPER, Raúl, *et al.* Neumonía asociada a ventilación mecánica. *Revista de la Asociación Mexicana de Medicina Crítica y Terapia Intensiva*. 2002, nro. 16, pp. 90-106.
- COMITÉ IAAS EU. Ana María Kehr. NORMA PREVENCIÓN DE INFECCIONES DEL TORRENTE SANGUÍNEO E INSTALACIÓN DE DISPOSITIVOS INTRAVASCULARES. *CLÍNICA MAYOR, RED CLÍNICAS REGIONALES*. 2015, versión 3, COD: CM/005-015, p. 3
- CORTÉS Édgar. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS A LA PERSONA. EL DAÑO A LA SALUD EN LA EXPERIENCIA ITALIANA, ¿UN MODELO PARA AMÉRICA LATINA? Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009. p. 132. ISBN 978-958-710-093-x
- D’COSTA RODRÍGUEZ, Camilo Alfredo. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO EN COLOMBIA. Tesis de maestría Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. 2011. 138 p.
- DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª Ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970. 82 p.
- DÍAZGRANADOS MEZA, Santiago. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL. Tesis de maestría Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. 2001. 13 p.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico. [En línea]. Recuperado en 2019-07-13. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/alea>
- DIEZ SCHWERTER, José Luis. EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1999, p. 291, ISBN 956-10-1175-1
- DOHERTY, Gerard M. Diagnóstico y tratamiento QUIRÚRGICOS. 13ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN:978-607-15-0544-6.

- DUBOIS MARTÍNEZ, Salvador. CIRUGÍA. Bases del conocimiento quirúrgico y apoyo en trauma. 5ª Ed. MCGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2013, ISBN: 978-607-15-0879-9.
- DUEÑAS GARCÍA, Omar Felipe & BELTRÁN MONTOYA, Jesús Jorge. MANUAL DE OBSTETRICIA Y PROCEDIMIENTOS MÉDICO QUIRÚRGICOS. MCGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2015, ISBN: 978-607-15-1217-8.
- FALCÓN TELLA, María José. Funciones de la equidad. Bogotá D.C.: versión generada por usuario Biblioteca Universidad Externado de Colombia. p. 133-188. [En línea]. Recuperado en 2018-11-17. Disponible en: <http://vlex.com/vid/funciones-equidad-330190>
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. EL ÁLEA TERAPÉUTICA COMO LÍMITE A LAS OBLIGACIONES MÉDICO – HOSPITALARIAS. Una perspectiva desde el derecho comparado. Bogotá D.C.: Rev. Prolegómenos Derecho y Valores, vol. XI, núm.22, julio-diciembre, 2008, pp. 15-28, Universidad Militar Nueva Granada. [En línea]. Recuperado en 2019-07-11. Disponible en: <https://cutt.ly/4URntG>
- FONSECA ANDRADE, Vera Lucía; VELUDO FERNÁNDES, Filipa Alexandra. Prevención de la infección del tracto urinario asociada al cateterismo: estrategias en la implementación de las directrices internacionales. Rev. Latino-Am. Enfermagem – RLAE, 2016, DOI: 10.1590/1518-8345.0963.2678.
- FRÍAS CHANG, Norla Virgen., *et al.* Infección del sitio quirúrgico poscesárea. *MEDISAN*. 2016, nro. 20, pp. 596-603. ISSN: 1029 –3019.
- FRIEDMAN Candace, NEWSON William, Editores. Conceptos básicos de control infecciones de IFIC. International Federation of Infection Control, Ed. 2ª, 2011, ISBN 978-0-9555861-0-1., p. 32 y 33.
- FUERTES ASTOCÓNDOR, Luis., *et al.* Infección del sitio quirúrgico: comparación de dos técnicas quirúrgicas. *Revista Médica Herediana*. 2009, nro. 20, pp. 22-30.

G.KATZUNG, Bertran & J.TREVOR, Anthony. FARMACOLOGÍA BÁSICA Y CLÍNICA. 13ª Ed. McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2015, ISBN:978-607-15-1367-0.

GARCÍA ALVARADO, Elizabeth & CÉSAR PÉREZ, Virginia. Medidas de bioseguridad, precauciones estándar y medidas de aislamiento. Rev. Enferm. IMSS 2002.

GARCÍA C., Patricia., *et al.* Diagnóstico de las infecciones asociadas a catéteres vasculares centrales. *Revista chilena de infectología*. 2003, Vol. 20 (1), pp. 41-50, ISSN: 0716-1018.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Francisco, *et al.* GUÍA NACIONAL PARA EL EXAMEN DE RESIDENCIAS MÉDICAS. 2ª Ed. HOSPITAL GENERAL DE MÉXICO, 2013, ISBN: 978-607-15-0960-4.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Rodrigo & y FERNÁNDEZ MARTÍN, Juan. La seguridad quirúrgica en el marco del Sistema Nacional de Salud de España. Surgical Safety under Spain's National Health System. España: Rev. CONAMED 2010, vol. 15, núm. 4, octubre-diciembre, 2010 ISSN 1405-6704

HAMMER, Gary y MCPHEE, Stephen. Fisiopatología de la enfermedad. Una introducción a la medicina clínica. 7ª Ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2015, ISBN: 978-607-15-1263-5.

HELVÉTIUS, Claude-Adrien. Del espíritu. Traducido por: José Manuel Bermudo. Unión Europea: EDITORIAL LAETOLI, 2012, p. 131, ISBN: 978-84-92422-54-8

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. PRESENTACIÓN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

HENAO, Juan Carlos. El Daño. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007. p. 84. ISBN: 978-958-710-254-1

- HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 181-268
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario. El Concepto de Equidad y el Debate sobre lo Justo en Salud. The concept of equity and the debate about fairness in health. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Rev. Salud Pública Vol. 10 sup (1), diciembre de 2008. pp. 72-82
- HINESTROSA, Fernando. Derecho de Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 529
- HOSPITAL SANTOS REYES DE ARANDA DE DUERO. Precauciones y aislamientos en patología infecciosa. Junta de Castilla y León, 2013, Disponible en: <https://www.saludcastillayleon.es/HSReyesAranda/es/calidad/preauciones-aisamientos-paologia-infecciosa>
- HUÍZAR HERNÁNDEZ, Víctor, *et al.* Neumonía asociada a ventilación mecánica. *Neumología y Cirugía de Tórax*. 2005, nro.64. pp. 9-21.
- HUNTER, Jhon. Neumonía asociada a la ventilación mecánica. Intramed, 2012.
- IBAÑEZ JIMENO, Blasco. La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial. Barranquilla: Universidad del Norte. Rev. De derecho, 1992, pp. 62-69
- J. RYAN, Kenneth; RAY George. Sherris MICROBIOLOGÍA MÉDICA. México, D.F. 6 Ed., McGRAW – HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V. 2017, ISBN: 978–607-15-1412-7.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La relación médico-paciente. 8ª Ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Ensayos, 2010, p. 353, ISBN 958-683-542-1
- KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON MANUAL DE MEDICINA. 19ª ed. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-1409-7.

KASPER, Dennis, *et al.* HARRISON. PRINCIPIOS DE MEDICINA INTERNA. 19ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V., 2016, ISBN: 978-607-15-1335-9 (Obra completa).

KEMELMAJER DE KARLUCCI, Aida. ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN HOMENAJE DEL PROFESOR CHRISTIAN LARROUMET. pp. 261 - 274

KOTEICH KHATIB, Milagros. La REPARACIÓN del DAÑO como MECANISMO de TUTELA de la PERSONA. Del daño a la salud a los nuevos daños extra-patrimoniales. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2012. p. 17. ISBN 978-958-710-761-6

LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. 1ª Ed. En español. Bogotá D.C.: Legis Editores, S.A., 2004, p. 39 ISBN: 958-653-400-6

LEAL PÉREZ, Hildebrando - Director. El sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional. Criterios auxiliares de la actividad judicial. Referencia a los principios generales del derecho. Bogotá D.C.: Editorial LEYER. Rev. FACETA JURÍDICA. Investigación, diseño y corrección: María Lucía Cañón Otálora, Eliana Sánchez Velásquez, Lina María Fernández Reyes, Lady Lorena Castañeda Castellanos, Nohemy Cárdenas Hincapié, Maritza Svetlana Aranguren Aranguren. No.71, septiembre-octubre de 2015. ISSN 1900-0421, pp. 1-4.

LONDOÑO F., Angela Liliana; ARDILA F., Margarita y OSSA P., David. Epidemiología de la infección asociada a catéter venoso central. *Revista Chilena de Pediatría*. 2011. Vol 82, nro. 6, pp. 493-501 ISSN: 0370-4106.

LÓPEZ DE LA CRUZ L., P.V.J.P. y otros. TRATADO JURISPRUDENCIAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. Ed. Tirant To Blanchtratados T.T.B., Valencia, 2013, p. 2014.

LÓPEZ DE LOS REYES, Ramón., *et al.* GUÍA PRÁCTICA DE LA HERIDA QUIRÚRGICA AGUDA. GUÍA PRÁCTICA No. 6. Ed: Xunta de Galicia Consellería de Sanidad Servicio Gallego de Salud Dirección General de Asistencia Sanitaria, 2016.

- LÓPEZ TAGLE, Daimilé., *et al.* Infección de la herida quirúrgica. Aspectos epidemiológicos. *Revista Cubana de Medicina Militar. Instituto Superior de Medicina Militar Dr. Luis Díaz Soto.* 2007, nro. 36, pp. 1-11. ISSN: 1561-3046.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge. LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 513-588.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 181-268
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. p. 14 ISBN 978-958-772-381-6.
- MAZEAUD, Henry & MAZEAUD, Leon. Tratado de la Responsabilidad Civil. Traducido por: Carlos Valencia Estrada, TOMO I. México D.F.: EDITORIAL COLMEX, 1945, p. 82
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: Brote de infecciones asociadas a la atención de salud. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: INFECCIONES ASOCIADAS A PROCEDIMIENTOS MÉDICO - QUIRÚRGICOS. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015. p. 2

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Protocolo de Vigilancia en Salud Pública: INFECCIONES ASOCIADAS A DISPOSITIVOS. Grupo Enfermedades Transmisibles Equipo de Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. Colombia; 2015. p. 3

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. CIRCULAR No. 0000045 del 29 de agosto de 2012. Implementación de la estrategia de vigilancia en salud pública de infecciones asociadas a la atención en salud –IAAS–, resistencia y consumo de antimicrobianos. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2012, p. 1.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. DETECTAR, PREVENIR Y REDUCIR INFECCIONES ASOCIADAS CON LA ATENCIÓN EN SALUD. Paquetes instruccionales. Guía Técnica. “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. MANUAL DE MEDIDAS BÁSICAS PARA EL CONTROL DE INFECCIONES EN IPS. Bogotá D.C., 2018.

MOLINA MORENO, Jorge. Las presunciones en la responsabilidad civil. (*Capítulo de la tesis de grado “Responsabilidad civil y sus causas de exoneración”*).

MONCAYO ESCOBAR, Paola Andrea. ¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias? Bogotá D.C.: Universidad de los Andes- Facultad de Derecho. Rev. Derecho Privado No. 56, julio-diciembre 2016. E-ISSN 1909-7794, p. 1-33.

MORELOS RAMÍREZ, Ruben, et al. El trabajador de la salud y el riesgo de enfermedades infecciosas adquiridas. Las precauciones estándar y de bioseguridad. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 57 No. 4. Julio – Agosto de 2014, pp. 34 – 42.

MORELOS RAMÍREZ, Ruben, et al. El trabajador de la salud y el riesgo de enfermedades infecciosas adquiridas. Las precauciones estándar y de bioseguridad. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, Vol. 57 No. 4. Julio – Agosto de 2014, pp. 34 – 42.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. PARTE GENERAL. TOMO I. Argentina: EDIAR, SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA., 1971, p. 123

MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. “*Del espíritu*” (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria. Colombia: Universidad Manuela Beltrán. Rev. Universitas No. 137, 30 de noviembre de 2018, ISSN:0041-9060/2011 – 1711, pp. 1 – 22.

NAVIA ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO*. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 2007, No. 12-13, pp. 289 – 305.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 51ª ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Resolución WHA 51.17 Enfermedades emergentes y otras enfermedades transmisibles: resistencia a los antimicrobianos. Ginebra, 11 -16 de mayo de 1998, p. 18.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 55ª ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Resolución WHA 55.18 Calidad de la atención: seguridad del paciente. Ginebra, 18 de mayo de 2002, p. 2.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Documentos básicos, suplemento de la 45ª edición, octubre de 2006 Como consecuencia de la entrada en vigor de las modificaciones adoptadas por la 51ª Asamblea Mundial de la Salud es necesario sustituir el texto que aparece en las páginas 1-18 de la 45ª edición de Documentos básicos por el que figura a continuación. [En línea]. Recuperado en 2018-07-17. Disponible en: <https://bit.ly/XitfkQ>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Precauciones estándares en la atención de la salud. Octubre 2007. Disponible en: goo.gl/XkSrbh

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. ACOSTA-GNASS, Silvia & VALESKA DE ANDRADE, Stempliuk. Manual de esterilización para centros de salud. Washington, D.C.: 2008, ISBN 978-92-75-32926-9, p. 58 y 59

- ORTEGA Y GASSET, José. LA REBELIÓN DE LAS MASAS. Barcelona (España): AUSTRAL, 2014, p. 172, ISBN: 978-84-670-3353-3.
- OSORIO, Johanna., *et al.* Implementación de un manajo de medidas (Bundle) de inserción para prevenir la infección del torrente sanguíneo asociada a dispositivo intravascular central en Cuidado Intensivo en Colombia. *Revista chilena de infectología*. 2013, Vol. 30, nro. 5, pp. 465-473, ISSN: 0716-1018.
- OTAIZA, Fernando; ORSINI, Mauro y PHOLEZ, Mónica. PREVENCIÓN Y CONTROL DE INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD. Recomendaciones básicas. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Washington, D.C.: 2017, ISBN 978-92-75-31954-3, 154 p.
- PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de daños. EL DAÑO A LA SALUD. Bogotá: UNIACADEMIA LEYER, p. 35. ISBN 978-958-769-464-2
- PANTOJA BRAVO, Jorge. El principio de vertebración en el 'Daño a la salud' en Colombia, artículo publicado el 07 de julio de 2015, ver documento en [http:// www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Opinion/](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Opinion/)
- PARRA FLORES, Miguel., *et al.* Incidencia de infección asociada a catéter venoso central y factores de riesgo relacionados en pacientes con nutrición parenteral total en un hospital de tercer nivel. *Cirujía y Cirujanos*. Marzo-abril 2017, Vol. 85, nro.2, pp. 104-108.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés. EL *DANNO ALLA SALUTE* Y EL LLAMADO *DANNO BIOLÓGICO* A LA LUZ DE LOS DAÑOS CORPORALES. The danno alla salute and the called danno biologico at the light of the personal injury. Chile: Universidad Católica de Temuco. [En línea]. Recuperado en 2018-07-11. Disponible en: <https://bit.ly/2LauY55>
- PATIÑO DOMÍNGUEZ, Hector Eduardo. El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En: HENAO, Juan Carlos; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 165-180

- PATRICIA VILLALOBOS, Andrea, *et al.* Vigilancia de infecciones asociadas a la atención en salud, resistencia bacteriana y consumo de antibióticos en hospitales de alta complejidad, Colombia, 2011. *Biomédica Revista de Instituto Nacional de Salud*. 2014, Vol. 34, pp. 67 – 80.
- PEIRANO FACIO, Jorge. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. 3ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, 1981, p. 146 y 147
- PÉREZ VIVES, Álvaro. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. CLASIFICACIÓN, EFECTOS, TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. Ed. 2ª. Vol. III. Parte Segunda. Bogotá D.C.: TEMIS, 1955, p. 195
- PIMIENTO, Julián Andrés. RESPONSABILIDAD O SOLIDARIDAD. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Rev. Derecho Público No. 36, enero-junio de 2016. E-ISSN 1909-7778, p. 1-43.
- PLANIOL, Marcelo & RIPERT, Jorge. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Traducido por: Mario Díaz Cruz. Con la colaboración del Dr. Edurado Le Riverend Brusone. TOMO SEXTO. LAS OBLIGACIONES (Primera Parte). Habana: Cultural S.A., 1936, p. 668 y 669
- PLATÓN. DIÁLOGOS. LA REPÚBLICA O DE LO JUSTO * FEDRO O DEL AMOR * TIMEO O DE LA NATURALEZA * CRITIAS O DE LA ATLÁNTIDA * EL SOFISTA O DEL SER. México D.F.: EDITORIAL PORRÚA, S.A., 2003, p. 265, ISBN: 970-07-3959-7 (Rústica).
- PRECAUCIONES ESTÁNDAR. Plan de Vigilancia y Control de Infección Asociada a la Asistencia Sanitaria Servicio Medicina Preventiva y Salud Pública. Disponible en: goo.gl/kaic8u
- PREVOT, Juan Manuel. Responsabilidad civil de los médicos. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p.318
- RAMÍREZ MONSALVE, Paula Andrea. VINDICACIONES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. Unaula. Revista Ratio Juris. 2013, nro. 16, Vol. 8, enero-junio de 2013, pp. 53-76

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO. General y colombiano. 16ª Ed. Bogota D.C.: TEMIS S.A., 2008. 524 p. ISBN 978-958-35-0658-1
- ROJAS ARIAS, J. (2017). Delimitación del concepto de equidad en la Constitución Política de 1991. Análisis de fundamentación jurisprudencial y de análisis económico del derecho. En *revista contexto*, n.º 47, pp. 11-39. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458>. n47.03
- ROJAS QUIÑONES, Sergio. EL DAÑO A LA PERSONA Y SU REPARACIÓN. SOBRE LA TEORÍA GENERAL, LOS SISTEMAS DE CUANTIFICACIÓN, LA PRUEBA Y LOS CASOS DIFÍCILES. Bogotá D.C.: GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, p. 141 y 142. ISBN 978-958-749-505-8
- SANDOVAL, Marisol., *et al.* Epidemiología de las infecciones intrahospitalarias por el uso de catéteres venosos centrales. *Kasmera*. 2013, Vol. 41, nro. 1, pp. 7-15, ISSN:0075-5222.
- SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil. 3ª Ed. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2017, p. 171, ISBN 978-958-772-811-8
- SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil. 2ª Ed. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2009. 91 p. ISBN 978-958-710-409-7
- SCHOPENHAUER, Arthur. Parerga y Paralipómena. Traducción, introducción y notas de Pilar López de Santa María. Tomo I. Editorial TROTTA S.A., 2006, p. 188 y 189, ISBN: 978-84-9879-115-0 (Volumen I).
- SCOGNAMIGLIO, Renato. EL DAÑO MORAL. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual. Traducción y notas de Fernando Hiestrosa. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1962. 22 y 23 p.
- SOCIEDAD ARGENTINA DE INFECTOLOGÍA (SADI), Sociedad Argentina de Terapia Intensivo (SATI) y Asociación de Enfermeros en Control de Infecciones (ADECI). Infección del Sitio Quirúrgico. Guías para la prevención. 2008. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2HYLPsU>

- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, T.2, “De los perjuicios y su indemnización”. Bogotá: Ed. Temis, 1986, p.5
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. De los perjuicios y su indemnización. Tomo IV. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 136, ISBN 958-35-0241-3 (La obra), ISBN 958-35-0245-6 (Tomo IV).
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. Bogotá D.C.: LEGIS, Ámbito Jurídico. (12, diciembre, 2013). [En línea]. Recuperado en 2019-07-26. Disponible en: <https://cutt.ly/JNepwg>
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. TOMO I. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2010, p. 822, ISBN Tomo I 978-958-653-559-5.
- TINTINALLI, Judith, *et al.* MEDICINA DE URGENCIAS. 7ª ed. MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V. ISBN: 978-607-15-0880-5.
- TOCORNAL COOPER, Josefina. Responsabilidad Civil por Infecciones Intrahospitalarias. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. [En línea]. Recuperado en 2019-05-01. Disponible en: <https://bit.ly/2ISSFkL>
- TRIGO REPRESAS, Felix & STIGLITZ Rubén. Directores de la obra. *Derecho de daños*. Primera Parte. Buenos Aires: 1991, Ediciones La Roca, p.68
- UNAHLEKHAKA, Akeau. Epidemiología de las infecciones asociadas a la atención en salud. [En línea]. Recuperado en 2018-04-19. Disponible en: <https://bit.ly/2I33r4z>
- URIBE RUÍZ, Agustín. El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil. *CRITERIO JURÍDICO GARANTISTA*. 2010, No.2 Enero-junio, pp. 108 – 123.
- VASEN, Walter. Infección del sitio quirúrgico. [En línea]. Recuperado en 2018-04-21. Disponible en: <http://sacd.org.ar/udiez.pdf>

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial. [En línea]. Recuperado en 2019-04-29. Disponible en: <https://bit.ly/2UKDbkk>

VEGA FRANCO, Leopoldo. ¿Qué es la medicina?: ¿Una ciencia? ¿Un arte? ¿o un oficio? (What's medicine: a science, an art or a craft?). México D.F.: Revista Mexicana de Pediatría, Vol. 78, No. 3, mayo – junio 2011, pp 99 - 101. [En línea]. Recuperado en 2019-01-15. Disponible en: <https://bit.ly/2a6GE9e>

VELÁSQUEZ MENDOZA, Dolores., *et al.* Prevalencia de infección del sitio quirúrgico en pacientes con cirugía abdominal. *Cirujano General*. Ene – marzo 2011, nro.33, pp. 32-37. ISSN: 1405-0099.

VIALAT SOTO, Vivian. CONSENSO NACIONAL SEPSIS ASOCIADAS A LOS CUIDADOS MÉDICOS. INFECCIÓN DEL SITIO QUIRÚRGICO. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2w4ivgf>

LEGISLACIÓN

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 1º.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. En Diario Oficial. Julio, 1970. Diario Oficial Nro. 48.489.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400 (21, septiembre, 1970). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. En Diario Oficial. Septiembre, 1970. Nro. 33.150. **Código derogado por la Ley 1564 de 2012 en los términos establecidos en el artículo 626.**

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. En: Diario Oficial. Junio, 1971. Nro. 33.339
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. En: Diarios Oficiales. Agosto, 1887. Nro. 7151 y 7152.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 164 (03, octubre, 2007). Por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento Humano en Salud. En: Diario Oficial No. 46.771 del 04 de octubre de 2007.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 (26, mayo, 1873). CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. En: Diario Oficial. Mayo, 1873. Nro. 2.867.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 9. (24, enero, 1979). Por la cual se dictan medidas sanitarias. En: Diario Oficial. Julio, 1979. Nro. 35308.
- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 2183 (09, julio, 2004). Por la cual se adopta el Manual de Buenas Prácticas de Esterilización para Prestadores de Servicios de Salud. Bogotá: El Ministerio, 2004, 2 p.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 780 (06, mayo, 2016). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. Bogotá D.C.: El Ministerio, 2016. 672 p.
- MINISTERIO DE SALUD. Resolución 4445 (02, diciembre, 1996). Por la cual se dictan normas para el cumplimiento del Título IV de la Ley 09 de 1979, en lo referente a las condiciones sanitarias que deben cumplir las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones técnicas y administrativas. Bogotá: El Ministerio, 1996. 32 p.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Resolución 1164 (06, septiembre, 2002). Por la cual se adopta el Manual de Procedimientos Para la Gestión Integral de los residuos hospitalarios y similares. Bogotá: El Ministerio, 2002, 67 p.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (12, septiembre, 1985).
M.P. HORACIO MONTOYA GIL. (Gaceta Judicial No. 2419).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Exp.
11.842. (19, julio, 2000). M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ
ENRÍQUEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SALA PLENA. Expediente 973. (23, mayo, 1973). M.P. DANIEL SUÁREZ
HERNÁNDEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Expediente: (11401). (11, marzo, 2000). M.P.
ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 25000-23-26-000-
1998-00565-01 (34791). (2, febrero, 2016). M.P. JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 54001-23-31-000-
1995-09295-01 (31326). (6, mayo, 2015). M.P. JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-24-000-
1994-00332-01 (20835). (7, julio, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 25000-23-26-000-
2001-02808-01 (28644). (12, junio, 2014). M.P. OLGA MELIDA VALLE DE
DE LA OZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Expediente 6784. (22, noviembre, 1991). M.P.
JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Expediente 7130. (26, noviembre, 1992). M.P.
JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Expediente 8577. (23, septiembre, 1994). M.P.
JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Expediente 29081. (06,
diciembre, 2013). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 19001-23-31-000-
1999-00815-01 (21515). (12, junio, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE
RINCÓN.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 52-001-23-31-000-
2002-00257-01 (28618). (14, mayo, 2014). M.P. JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Radicación: 25000-23-26-000-1995-
00595-01 (18860). (20, junio, 2017). M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Expediente 6453. (13, diciembre, 1991). M.P.
DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Radicación: 54001-23-31-000-1989-5672-01
(10952). (8, agosto, 2002). M.P. RICARDO HOYOS DUQUE.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 13001-23-31-000-
2010-00359-01 (54118). (19, julio, 2017). M.P. MARTA NUBIA
VELÁSQUEZ RICO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-
2005-05200-01 (39925). (9, abril, 2018). M.P. JAIME ENRIQUE
RODRÍGUEZ NAVAS.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Radicación: 050001-23-26-000-1991-06081-01
(16.696). (03, mayo, 2007). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Exp. 2744 (02, febrero, 1984). M.P. EDUARDO
SUESCUN.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Exp. 6754 (24, agosto, 1992). M.P. CARLOS
BETANCUR JARAMILLO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Exp. 11.401 (02, marzo, 2000). M.P. ALIER
EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Radicación: 76001-23-24-000-1995-00079-01
(17733) (19, agosto, 2009). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-
2001-01343-01 (30283). (29, agosto, 2013). M.P. DANILO ROJAS
BETANCOURTH.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1994-00020-01
(19031). (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P.STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014. REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencia y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Bogotá D.C. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2z3l9TV>

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 25000-23-26-000-1998-02268-01 (27.089). (11, junio, 2014). M.P.HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-2001-00472-01 (29481). (7, febrero, 2018). M.P.DANILO ROJAS BETANCOURTH.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 05001-23-25-000-1999-00163-01 (32988). (28, agosto, 2014). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804). (28, agosto, 2014). M.P.STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 38.222 (14, septiembre, 2011). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 32.988 (28, agosto, 2014). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014. REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencia y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Bogotá D.C. [En línea]. Recuperado en 2018-04-22. Disponible en: <https://bit.ly/2z3l9TV>

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 28.804 (28, agosto, 2014). M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 19001-23-31-000-1997-04001-01 (19836). (30, junio, 2011). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 25000232600019980226801 (27.089) (11, junio, 2014). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 73001-23-31-000-2006-01328-01 (27.089) (18, mayo, 2017). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación: 6800123310009610-01 (15.772) (31, agosto, 2006). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Exp. 11.607 (22, octubre, 1997). M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Exp. (20836) (25, marzo, 2011). M.P. ENRIQUE
GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Exp. (21661) (27, junio, 2012).
M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 25000-23-26-000-
1995-11369-01 (27.771). (10, septiembre, 2014). M.P. HERNÁN
ANDRADE RINCÓN.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 73001-23-31-000-
2006-01328-01 (36.565). (18, mayo, 2017). M.P. JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Radicación: 25000-23-26-000-
2001-00472-01 (29.481). (7, febrero, 2018). M.P. DANILO ROJAS
BETANCOURTH.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Exp. 17.733 (R-0079). (19, agosto, 2013). M.P.
Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Exp. 11.405 (28, septiembre, 2000). M.P. ALIER
EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente 4655. (20, febrero,
1989). M.P. ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO.

Corte Suprema de Justicia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (08, mayo, 1969). M.P. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. (Gaceta judicial: Tomo CXXX n.º 2310 – 2311 – 2312, pág. 96 A – 107).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (15, julio, 1938). M.P. JUAN FRANCISCO MÚJICA. (Gaceta judicial: Tomo XLVII n.º 1940, pág. 68 – 77).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (15, mayo, 1946). M.P. ARTURO TAPIAS PÍLONIETA. (Gaceta judicial: Tomo LX n.º 2032 - 2033, pág. 430 – 448).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (18, mayo, 1938). M.P. FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ. (Gaceta judicial: Tomo XLVI n.º 1936, pág. 515 – 522).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (25, noviembre, 1938). M.P. RICARDO HINESTROSA DAZA. (Gaceta judicial: Tomo XLVII n.º 1940, pág. 409 – 415).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (31, mayo, 1938). M.P. LIBORIO ESCALLÓN. (Gaceta judicial: Tomo XLVI n.º 1936, pág. 560 – 565).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (5, marzo, 1940). M.P. LIBORIO ESCALLÓN. (Gaceta Judicial: 49 115).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. (5, marzo, 1940). M.P. LIBORIO ESCALLÓN. (Gaceta Judicial: 49 115).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Exp. 5143 (8, septiembre, 1998). M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (14, marzo, 1938). M.P. RICARDO HINESTROSA DAZA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. (14, octubre, 1959). M.P. HERNANDO MORALES M. (Gaceta Judicial: 91 – 759).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Exp. 4345 (22, febrero, 1995). M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholls. Aclaración de voto del Dr. Javier Tamayo Jaramillo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-006-1997-09327-01. (13, mayo, 2008). M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 11001-31-03-008-2000-00196-01. (17, noviembre, 2016). M.P. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente: 4366. (29, noviembre, 1994). M.P. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. G. J. t. XXIX. (21, julio, 1922). M.P. TANCREDO NANNETTI.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 05360-31-03-001-2003-00164-01. SC 10297-2014. (07, octubre, 2009). M.P. Edgardo Villamil Portilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 05001-31-03-005-2008-00497-01. (12, diciembre, 2017). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. SC 10297-2014. (05, agosto, 2014). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-039-2011-00108-01. (28, junio, 2017). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. (05, agosto, 2014). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. (05, agosto, 2014). M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicación: 11001-31-03-039-2003-00674-01. SC 15787-2014 (18, noviembre, 2014). M.P. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. SALA DE DESCONGESTIÓN No. 3 Exp.57769 (25, abril, 2018). M.P. JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. (14, marzo, 1942). M.P. JOSÉ M. BLANCO NÚÑEZ. (Gaceta Judicial: 52 920).

Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del cuatro (4) de noviembre de dos mil nueve (2009). Exp. D-7668. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del veintiseis (26) de octubre de dos mil cuatro (2004). Exp. D-5187. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993). Exp. R.E. – 038.M.P. Antonio Barrera Carbonel.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del cuatro (04) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Exp. D - 1742 – 038.M.P. Andrés Caicedo Cruz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992). Exp. D-006. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C) del once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Exp. D-006. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-284) del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Exp. D-10455. M.P. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-083) del primero (01) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Exp. D-655. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-284) del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Exp. D-10455. M.P. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Tutela (T) del trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Exp. D-006. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Unificación (SU) del dos (2) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). Exp. T-125050 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Unificación (SU-284) del nueve (09) de octubre de dos mil dos (2002). Exp. T-503413. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad (C-1547) del veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000). Exp. D-3007. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Internacional

ARGENTINA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN. Ley 26.994 (07, octubre, 2014).