

**Responsabilidad extracontractual del estado con ocasión del diagnóstico del
COVID -19.
(artículo de reflexión)**

Maria Paula Muñoz Enriquez 1

Jose Carlos Escobar Zarate

RESUMEN:

los estudiantes del seminario de investigación del programa de derecho de la fundación universitaria de Popayán el cual se desarrolló en el periodo marzo – abril de 2021, se han propuesto a desarrollar un ejercicio investigativo sobre la responsabilidad extracontractual del estado colombiano con ocasión a la pandemia covid-19 que inicio a finales del año 2019.

Este ejercicio busca presentar una reflexión desde el punto de vista académico dando respuesta al siguiente problema jurídico, ¿se puede generar responsabilidad extracontractual por parte del estado colombiano frente al diagnóstico y manejo que se le dio al COVID – 19?

El resultado de esta reflexión resulta muy importante debido a que se busca que el lector comprenda la responsabilidad que se genera con ocasión al mal diagnóstico o un tratamiento inadecuado. todo esto como consecuencia que se puede generar frente al covid-19.

PALABRAS CLAVE: Pandemia, responsabilidad, extracontractual, estado, Colombia, COVID-19.

¹ Maria paula muñoz enriquez & José Carlos escobar zarate, estudiantes de la fundación universitaria de Popayán, cauca, Colombia, mariapaumunoze@gmail.com ,josecarlos9477@gmail.com.

ABSTRACT:

the students of the research seminar of the law program of the Popayan university foundation, which was developed in the period March - April 2021, have proposed to develop a research exercise on the non-contractual liability of the Colombian state on the occasion of the pandemic covid-19 that started at the end of 2019.

This exercise seeks to present an opinion from an academic point of view, providing an answer to the following legal problem: can the Colombian state be held liable in tort for the treatment and handling of COVID-19?

The result of this reflection is very important because it seeks that the reader understands the responsibility that is generated on the occasion of a misdiagnosis or inadequate treatment. all this as a consequence that can be generated in the face of covid-19.

Keywords: pandemic, liability, state non-contractual, COVID -19.

INTRODUCCIÓN:

El covid-19 se identificó por primera vez el 1 de diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en la China central, cuando se reportó a un grupo de personas con neumonía de causa desconocida, vinculada principalmente a trabajadores del mercado mayorista de mariscos del sur de China de Wuhan. El número de casos aumentó rápidamente en el resto de Hubei y se propagó a otros territorios (perez abeu, 2020)., La rápida expansión de la enfermedad hizo que la Organización Mundial de la Salud, el 30 de enero de 2020, la declarara una emergencia sanitaria de preocupación internacional y el 11 de marzo de 2020 reconoce el COVID -19 como una pandemia basándose en el impacto que dio el virus al mundo.

La situación del COVID-19 nos obliga a pensar en el sistema de responsabilidad general que se aplica al ámbito sanitario y como el estado colombiano adoptó medidas para el manejo de esta. Se debe resaltar que en la actualidad no contamos con datos suficientes sobre el origen, las consecuencias y las características esenciales del virus y que, por tanto, no nos encontramos en una situación de total dominio por parte de la comunidad científica y que por tal razón se debe limitar la responsabilidad sobre ciertos actos. En este contexto, el país se encontró con la dificultad de contar con un sistema de salud que no estaba preparado para asumir una pandemia mundial: una carencia de insumos médicos y un gobierno que ha delegado el suministro de los respectivos elementos personales de protección, EPP, a las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, que no son más que unos intermediarios y a las propias Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas y Privadas, sin tener en cuenta que existe una escasez mundial de insumos médicos , presentándose una situación crítica mundial por estos preciados bienes. (OMS, 2020),

por tal razón tenemos que estudiar la situación generada por el COVID-19, las terribles consecuencias que ha provocado, para tratar de establecer si la ciencia es suficiente para exigir un determinado tipo de conducta a los profesionales de la salud o si, por el contrario, este extremo no se produce y, por tanto, podemos recurrir a una limitación de responsabilidad o incluso establecer que no existe responsabilidad alguna.

No obstante, se debe tener en cuenta que la respuesta a estas cuestiones no es sencilla, no se encuentra exenta de discusión, de tal manera que se pueden presentar argumentos en ambos sentidos para defender una posición o estar en contra, por lo que las reflexiones y

conclusiones que se desarrollen en este trabajo de investigación representan solo una forma de analizar la realidad actual desde nuestro punto de vista.

El covid-19 trajo consigo situaciones importantes a nivel mundial, entre estas está la de estudiar las clases de responsabilidad que se pueden dar, por ejemplo los médicos hacia los pacientes para demostrar el elemento de culpa como en los casos de negligencia médica o realizar tratamientos sin debida base científica; por otra parte la responsabilidad de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), y entidad promotora de salud (EPS) hacia los pacientes que reciben atención medica por problemas en los pagos o en dificultades para obtener pruebas diagnósticas, tratamientos , medicamentos, y por tal razón presentan deficiencia al momento de brindar la prestación de servicio pero en este caso nos vamos a centrar en la responsabilidad extracontractual por el mal diagnostico o inadecuado tratamiento .

Nuestro artículo de reflexión lo desarrollaremos de la siguiente manera, iniciaremos con un concepto de responsabilidad extracontractual, después hablaremos sobre la fuerza mayor, como causal para eximir la responsabilidad, también se abordará todo lo correspondiente al covid-19, diagnostico, pruebas y todo lo que la organización mundial de la salud ha establecido frente a la pandemia y por último concluiremos respondiendo nuestra pregunta de investigación.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: el artículo 90 de la Constitución política de Colombia establece la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado la cual tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo. La RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO basándonos en la sentencia con numero de radicado: 54001-23-31-000-1996-09890-01(21660) , CONSEJO DE ESTADO , SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO , SECCION TERCERA menciona que según la sentencia “ En la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. (...) En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”. (...) Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”. (...) Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado

Social y Democrático de Derecho. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada. (...) en varias oportunidades, la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado en los casos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal era objetiva o amplia, es decir, que no se requería la existencia de una falla del servicio, y que se configuraba cuando la persona privada de la libertad era absuelta por providencia judicial, sin que hubiese lugar a valorar la conducta de la autoridad que ordenó la detención. Lo anterior, siempre y cuando la persona detenida no hubiera dado lugar a la medida de aseguramiento por dolo o culpa grave, caso en el cual, el hecho exclusivo de la víctima operaría como eximente de responsabilidad.”

En los Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, en la llegada de la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos” Como bien se sostiene en la doctrina, “La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo , En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la

teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene.

En la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones” (SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927)

Debemos mencionar que en el derecho actual colombiano se mantiene un esquema de responsabilidad extracontractual del Estado en el que se requiere la presencia de los tres elementos para que se configure la responsabilidad estatal que son daño, imputación y la relación de causalidad, es necesario remitirse al bloque de constitucionalidad y a la principal ley vigente sobre la materia, puesto que son estas fuentes las que orientan la actividad de los operadores jurídicos colombianos.

Con base en lo anterior, el contenido del artículo 90 de la Constitución como las interpretaciones que sobre el tema ha realizado la corte constitucional y, en segundo lugar, es necesario remitirse a la Ley 1437 de 2011 que desarrolla el tema en su artículo 140 sobre la pretensión de reparación directa. Así, este apartado se divide en: tanto la Constitución Política de 1991 como la Corte Constitucional desarrolla los tres requisitos y el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011 mantiene un esquema de responsabilidad basado en tres elementos.

El Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo CPACA o Ley 1437 de 2011, puesto que en su artículo 140 incorpora la pretensión de reparación directa en los siguientes términos:

Art. 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

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

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública, en todos los casos en los que causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 90:

El estado social de derecho en la constitución de 1991 en su artículo 90 establece que:

ARTÍCULO 90. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Constitución Política, 1991, Art.90).”

Esta norma posibilita un reconocimiento de rango constitucional a la obligación que tiene el estado de reparar a todo aquel que le haya generado un perjuicio o daño por sus acciones u omisiones, lo cual se encuentra regulado en la Ley 678 de 2001, la jurisprudencia colombiana ha conceptualizado a la responsabilidad extracontractual de la siguiente manera:

“El actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita

su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”. (Corte Constitucional. C-333, 1996)

se puede conceptualizar la responsabilidad extracontractual del Estado como aquella responsabilidad no prevista ni acordada que se origina por la materialización de daños o perjuicios ocasionados por actos u omisiones del Estado, los cuales no debió soportar la víctima, al ser una responsabilidad constitucional debido a que esta soportada por el artículo 90 se han establecido diversos regímenes, en la responsabilidad como lo son : falla probada del servicio, falla presunta del servicio y regímenes objetivos. La falla probada del servicio se presenta cuando el Estado actúa extemporáneamente o simplemente no actúa como debía hacerlo generando el perjuicio, La falla presunta por su parte, posee un componente probatorio, teniendo de esta manera el mismo Estado la carga probatoria que demuestre que actúe conforme a la ley y no generó el perjuicio, Mientras que los regímenes objetivos son diferentes.

(...) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 19976, 2011).

Las causales eximentes de responsabilidad –fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima– constituyen eventos que dan lugar a que sea inadmisibles imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado, (...). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 19976, 2011)

En este caso analizaremos la fuerza mayor la cual es entendida como un evento superior extremo y externo que no puede preverse, por lo que se trata de un fenómeno que puede resistir generando efectos negativos, y que proviene de afuera lo que significa que esto no surge de la conducta del sujeto propiamente, sino que ocurre de forma imprevisible, por lo cual esta causal se deberá demostrar con la prueba de la existencia de un episodio extremo y causa extraña, ajena a la voluntad del estado. al invocar esta causal de exoneración , debe causar el rompimiento del nexo causal de responsabilidad donde se lleva una desvinculación de quien realiza la conducta debido a que (...) Cuando se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio (Corte Constitucional, Sentencia T-011, 2017)

Este artículo 90 trae consigo una cláusula general de responsabilidad para el estado, donde establece unas reglas:

La responsabilidad de un estado es directa por lo que se desvanece la exigencia de requerir primero al servidor público y solo subsidiariamente, al estado, El Estado responde por el daño antijurídico, no por la conducta dolosa o culposa de sus agentes, En el caso de resultar condenado el Estado, este debe repetir contra sus servidores (Guerra y Pabón, 2020, p.29).

De lo anteriormente mencionado podemos decir que la responsabilidad contenida en este artículo es objetiva , tiene elementos que demuestran el daño y la relación entre acción y omisión , esto sería el nexo causal donde se rompe con la causal de excusión por fuerza mayor que involucra lo que es la culpa exclusiva de la víctima o involucra un tercero , en estos términos en la parte subjetiva se puede ver quien comete el ilícito , que se transformaría en culpa , dolo o que infiere en la voluntad del agente o el servidor público.

El Consejo de Estado define al daño como un menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial o una lesión a un interés jurídicamente relevante (Consejo de Estado, 2010, Exp. 18425). No obstante, debe tenerse en cuenta que el daño puede causarse en dos dimensiones, por un lado, un daño material, y por un daño inmaterial, de difícil cuantificación y que a su vez se divide en

daño fisiológico, daño a la vida en relación, sin embargo, reparar este tipo de daños comprende que “el dolor es imposible medirlo con criterios objetivos, por ser en esencia subjetivo” (Henaó, 1998, p. 231). , en la omisión u acción del estado podemos ver que la conducta que comete el estado a través de sus entidades públicas y que es susceptible de ser demandada ante la jurisdicción por causar un perjuicio que la víctima no tenía la carga de soportarlo , de tal manera el nexo causal al ser un elemento determinante porque comprende esa relación entre omisión , acción y daño , entrelaza los elementos que general la causalidad necesaria para que se configure la responsabilidad estatal .

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “la responsabilidad extracontractual como el encuentro accidental y fortuito que proviene de una fuente como lo es la obligación resarcitoria generada por mandato legal y que, deben concurrir tres elementos, la culpa, el daño y la relación de causalidad” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2012, 1999), con objeto de que el estado no responsa por los daños causados se han establecido unas causales de exoneración de responsabilidad patrimonial.

NOCION DE FUERZA MAYOR

La fuerza mayor en Colombia es considerada como una causal de exclusión de responsabilidad, definida como un “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar” (Concepción, 1999, p.85).

En Colombia, la fuerza mayor está contemplada en el artículo 64 del Código Civil, pero se considera como un sinónimo del caso fortuito, pero ha tenido un gran desarrollo a nivel jurisprudencial que han optado por dividir estos dos conceptos. Por su parte, la fuerza mayor se caracteriza por ser exteriorizada, que no dependa del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino (Patiño, 2011); imprevisible e irresistible, estas últimas dos, hacen referencia precisamente a quien cometió el daño, en circunstancias 14 normales haya sido probable precaver la actividad que originó el daño, y que el hecho no hubiera podido evitarse (Corte Suprema de Justicia, 1999, Exp. 5220).

En el año 2020 y con ocasión a la pandemia del covid-19 el estado colombiano declaro estado de emergencia económica, social y ecológica y también emergencia sanitaria con el fin de proteger la salud de todos los colombianos, se expidieron una serie de decretos,

con el fin de mitigar la contingencia y las afectaciones en diferentes áreas por ejemplo la economía de empresas, impuestos, comerciantes, régimen laboral, educación, etc.

Se presenta un fuerte discusión en base a que el estado puede eximirse de responsabilidad alegando la fuerza mayor, Para lo cual, es necesario analizar si la pandemia es un hecho externo, imprevisible e irresistible; efectivamente no es un hecho que depende de la voluntad del Estado colombiano, ni de sus administrados sino que es una causa externa que por la información obtenida por la OMS se originó en Wuhan, China y en poco tiempo se expandió a todos los países del mundo y en el territorio colombiano.

Respecto a la imprevisibilidad, primeramente, podría afirmarse que no era previsible la existencia de una pandemia, pero si habría que analizarse si esta imprevisibilidad podría desvirtuarse si al evidenciar la expansión que tuvo la pandemia en el continente europeo, le era posible prever a Colombia los efectos del mismo, el primer caso presentado en Colombia fue el 6 de marzo de 2020 en un paciente proveniente de Milán, Italia, donde para ese tiempo ya se habían confirmado según el reporte más reciente que 96 países ya tenían casos de COVID, entre ellos México, Ecuador, Brasil, Chile y Perú, pero para este entonces el gobierno tenía que tomar medidas de contención que no permitieran dichos efectos, como, por ejemplo, el cierre del Aeropuerto Internacional el Dorado y esto fue algo que se demoró en realizarse. Diariamente, empezaron a aumentar los contagios por COVID-19 en el territorio nacional, y se analiza si efectivamente no era posible evitar el acaecimiento del evento, a pesar de hacer todos los esfuerzos posibles; en este caso, si podría hablarse de un evento irresistible, En caso de que se pueda imputar responsabilidad al Estado, el medio de control para la reparación directa permite que la víctima de este daño recurra a la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de solicitar la declaración de responsabilidad y se procesa a realizar la respectiva indemnización por la acción u omisión del estado.

¿La pandemia por su característica de ser expansiva de manera progresiva, y al tener una fuente internacional realmente sería imposible que no llegara a Colombia? sin embargo podríamos decir que ¿sería un evento irresistible la omisión de un diagnóstico cierto que permita establecer cuando se trata de COVID? Aquí podemos decir que la prueba de detección del COVID-19, por ejemplo, para marzo de 2021 podemos existen pruebas que permiten detectar una infección en curso o si tuvo la infección, Una prueba viral indica si actualmente tiene una infección. Se pueden usar dos tipos de pruebas virales: las pruebas de amplificación de ácido nucleico (NAAT, por sus siglas en inglés) o las pruebas de

antígenos, Una prueba de anticuerpos (también conocida como serología) puede indicar si tuvo la infección en el pasado. No se deben usar pruebas de anticuerpos para diagnosticar una infección en curso. (enfermedades, 2021).

LA SALUD

La salud al estar consagrada en nuestra constitución política debe ser protegido y garantizado a través de los fines del estado, en la prestación de este servicio público y con las entidades a las cuales les delega estas funciones y si se presenta una falla en el servicio los usuarios pueden acudir a la justicia para que se responsabilice al estado por esto y se solicite la correspondiente indemnización por la acción u omisión.

El consejo de estado en la sentencia N.º 18524,2010) establece que la responsabilidad deficiente o nula prestación del servicio médico puede generar una responsabilidad patrimonial al estado aunque no se derive de un daño a la salud , la responsabilidad extracontractual medica se origina del daño que cometa el médico o la entidad de salud, y no de la responsabilidad contractual porque no proviene de un incumplimiento por alguna de las partes de un negocio jurídico, cuando se presenta esta situación se demanda por la noción de reparación directa donde el título de imputación es la falla en el servicio , de tal manera que la carga dinámica del aprueba le sería fácil demostrar por parte del demandado que actuó de manera diligente o presentando alguna situación que permita romper el nexo causal de la responsabilidad y encajar la conducta en una de las causales de exoneración de responsabilidad .

El COVID-19 por ser un virus que tiene la facilidad de transmitirse de persona a persona con uno síntomas de fiebre, escalofrío y dolor muscular, y afectar gravemente el derecho fundamental a la salud, la Organización Mundial de la Salud decidió declarar al COVID-19 como pandemia y recomendó que los países adoptaran medidas tendientes a detener la propagación del virus. Así las cosas, el Ministro de Salud ordenó declarar la Emergencia Sanitaria en todo el territorio nacional el día 12 de marzo de 2020 a través de la Resolución 385, teniendo en cuenta que a la fecha solo existían nueve casos provenientes en el exterior ubicados en Bogotá, Medellín, Buga y Cartagena. Como medidas que podrían demostrar la diligencia y el cuidado con que actuó el Estado en esta crisis que se podrían catalogar como oportunas, la declaratoria de la Emergencia Sanitaria estaría vigente hasta el 30 de mayo de 2020, y con ella se adoptaron medidas como la suspensión de eventos con aforo de más de 500 personas, prohibir el cargue y descargue

de pasajeros y mercancías de las naves de pasaje de tráfico marítimo internacional, ordenar a la población a adoptar medidas higiénicas en sus actividades, así como también dispuso medidas preventivas de aislamiento y cuarentena de aquellos pasajeros que llegaban a territorio colombiano, de realizar una cuarentena de 14 días.

Posteriormente, el 26 de mayo de 2020 a puertas de terminar la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, el Ministro de Salud y Protección Social a través de la Resolución No. 844 de 2020 prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2020 y ordenó que se adoptaran medidas sanitarias como ordenar la implementación de protocolos de bioseguridad, extender hasta esta fecha el aislamiento preventivo obligatorio de personas mayores de 60 años y ordenar que las EPS e IPS faciliten la afiliación de oficio al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por último, la Resolución 1462 de 2020 que prorrogó la emergencia hasta el 30 de noviembre de 2020.

el Gobierno Nacional el 19 de marzo de 2020 emitió unos lineamientos para la detección y manejo de casos de COVID-19 por los prestadores de servicios de salud en Colombia, con el “objeto de disminuir el riesgo de transmisión del virus de humano a humano y servir de guía de actuación para el manejo del paciente con enfermedad por coronavirus” (Ministerio de Salud, 2020).

Los micronutrientes, como las vitaminas D y C o el zinc, son fundamentales para el buen funcionamiento del sistema inmunológico y desempeñan un papel vital para la salud y el bienestar nutricional. En la actualidad, no hay ninguna indicación sobre el uso de suplementos de micronutrientes como tratamiento de la COVID-19.

La OMS está coordinando los esfuerzos por desarrollar y evaluar medicamentos que permitan tratar la COVID-19.

¿Qué les ocurre a las personas que contraen el COVID-19?

Entre las personas que desarrollan síntomas, la mayoría (alrededor del 80%) se recuperan de la enfermedad sin necesidad de recibir tratamiento hospitalario. Alrededor del 15% desarrollan una enfermedad grave y requieren oxígeno y el 5% llegan a un estado crítico y precisan cuidados intensivos.

Entre las complicaciones que pueden llevar a la muerte se encuentran la insuficiencia respiratoria, el síndrome de dificultad respiratoria aguda, la septicemia y el choque séptico, la tromboembolia y/o la insuficiencia multiorgánica, incluidas las lesiones

cardíacas, hepáticas y renales, Rara vez, los niños pueden manifestar un síndrome inflamatorio grave unas semanas después de la infección.

¿Tiene el COVID efectos a largo plazo?

Algunas personas que han padecido la COVID-19, tanto si han necesitado atención hospitalaria como si no, siguen experimentando síntomas, entre ellos fatiga y diversos síntomas respiratorios y neurológicos.

En la OMS estamos trabajando con nuestra Red técnica mundial para la gestión clínica de la COVID-19, así como con investigadores y grupos de pacientes de todo el mundo, para diseñar y llevar a cabo estudios que vayan más allá del estadio inicial agudo de la enfermedad, con el fin de determinar el porcentaje de pacientes que sufren efectos a largo plazo, el tiempo que persisten y la razón por la que se producen. Estos estudios se utilizarán para desarrollar nuevas orientaciones de cara a la atención de los pacientes.

¿Cuánto tiempo tardan en aparecer los síntomas?

El tiempo entre la exposición a la COVID-19 y el momento en que comienzan los síntomas es, de media, de 5 o 6 días, pero puede variar entre 1 y 14 días. Por ello se recomienda que las personas que hayan estado expuestas al virus se queden en casa, alejadas de otras personas, durante 14 días, con el fin de prevenir la propagación del virus, especialmente cuando no es fácil hacerse una prueba.

¿Qué debo hacer si tengo síntomas de COVID-19?

Si tiene síntomas que apuntan a la COVID-19, póngase en contacto con su dispensador de atención de salud o la línea de asistencia contra la COVID-19, para que le den instrucciones y averiguar cuándo y cómo hacerse una prueba, quédese en casa durante 14 días lejos de otras personas y vigile su salud.

Si tiene dificultades para respirar o dolor u opresión en el pecho, busque atención médica inmediatamente. Llame a su dispensador de atención de salud o a la línea de asistencia con antelación para que le dirijan hacia el centro de salud adecuado.

Si vive en una zona con paludismo o dengue, busque atención médica si tiene fiebre.

Si en las orientaciones de su zona se recomienda que acuda a un centro médico para hacerse una prueba, evaluar su situación o aislarse, póngase una mascarilla médica en los

desplazamientos hacia o desde el centro y durante la visita médica. Asimismo, mantenga al menos un metro de distancia de otras personas y no toque las superficies con las manos. Estas recomendaciones se aplican a adultos y niños.

¿Son eficaces los antibióticos para prevenir el COVID-19?

Los antibióticos no son eficaces contra los virus, solo funcionan contra las infecciones bacterianas. La COVID-19 está causada por un virus, de modo que los antibióticos no sirven. No se deben usar antibióticos como medio de prevención o tratamiento de la COVID-19.

En los hospitales, los médicos a veces utilizan antibióticos para prevenir o tratar infecciones bacterianas secundarias que pueden ser una complicación de la COVID-19 en pacientes gravemente enfermos. Los antibióticos solo deben usarse para tratar una infección bacteriana siguiendo las indicaciones de un médico.

RESPONSABILIDAD MEDICA EXTRA CONTRACTUAL POR EL COVID-19

Como se mencionó anteriormente el artículo 90 de la constitución política de Colombia establece que el estado puede tener responsabilidad por acción u omisión que realice alguno de sus agentes, y aquí es necesario mencionar que se pueden dar varias situaciones. Algún tipo de falla en el servicio en el tratamiento de un paciente infectado, en el manejo global y público de la pandemia, en el contagio del personal médico y paramédico de los hospitales públicos y de terceras personas, en los daños masivos causados por contaminación ambiental, en la responsabilidad por la muerte de pacientes cuyo tratamiento se suspende ante la ausencia de recursos y la necesidad de salvar a otras personas (Tamayo, 2020a).

Al analizar en qué situaciones podría el Estado alegar la fuerza mayor para exonerarse de responsabilidad extracontractual a causa del COVID-19, podría plantearse verbigracia, un hospital que justo antes de iniciar la pandemia en el país, tenía una unidad especializada en pacientes con afecciones cardíacas y que de repente no haya sido posible tomar acciones dentro del hospital para efectuar una correspondiente contingencia del virus, generando algunos contagios y para otros pacientes, la muerte; el Estado podría alegar que la entidad pública prestadora de salud, cumplía con las medidas de bioseguridad y de asepsia exigida para la contingencia del COVID-19, cumpliendo con todas las medidas de bioseguridad que para el momento del contagio, le fue imprevisible, irresistible y no imputable jurídicamente al demandado. Sin embargo, “los hechos han

demostrado que ningún hospital del mundo disponía de tecnología, infraestructura y personal especializado para atender semejante catástrofe, desconocida por completo” (Tamayo, 2020b).

Es claro que al presentarse este tipo de anomalías en situaciones tan importantes como es la salud de los ciudadanos y el estado al ser garante de esta, se debe tomar en cuenta que las empresas que están ligadas estatalmente, al otorgar un diagnóstico erróneo en esta enfermedad tan grave, pueden tomar decisiones erróneas al hacer un tratamiento que no debería hacerse en esta situación, como se ha visto en diferentes escenarios, no se debe tratar la pulmonía, la neumonía o diferentes enfermedades respiratorias como se trata el COVID-19, se ha demostrado que en muchas ocasiones la encima que produce que el examen del Coronavirus salga positiva no es 100% confiable para dar un diagnóstico y muchos pacientes los cuales los médicos han establecido como positivo para esta enfermedad presentan otra anomalía completamente diferente, y no se han tratado con el deber adecuado para esto.

Se ha determinado una serie de pasos o recomendaciones por parte de los expertos en la salud si usted presenta síntomas de Coronavirus.

Si presentas síntomas de la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19) o has estado expuesto al virus de la COVID-19, ponte en contacto con el médico. También dile si has estado en contacto cercano con alguna persona diagnosticada con la COVID-19.

Los factores usados para decidir si hacerte la prueba para detectar el virus que causa la COVID-19 pueden variar dependiendo de dónde vivas. De acuerdo a dónde estés, quizás necesites que tu clínica te haga un examen preliminar para determinar si la prueba es apropiada y si está disponible.

tu doctor va a determinar si hay que hacer pruebas para la detección del virus que causa la COVID-19 basándose en tus signos y síntomas, así como si has estado en contacto cercano con alguien a quien se diagnosticó con la COVID-19. Quizás tu doctor también considere hacer la prueba si estás a mayor riesgo de una enfermedad grave, o si vas a hacerte un procedimiento médico.

Para detectar el virus que causa la COVID-19, un proveedor de atención médica toma una muestra de la nariz (muestra nasofaríngea) o de la garganta. Las muestras luego se envían a un laboratorio para analizarlas. Si estás tosiendo con esputo, esa muestra también se

puede enviar al laboratorio para analizarla. La FDA ha autorizado las pruebas diagnósticas para hacer en casa para detectar el virus que causa la COVID-19. Se pueden conseguir solamente con una receta del médico.

Además, se ha presentado que en diferentes pacientes que se han realizado la prueba en múltiples ocasiones, los primeros resultados han sido negativos, por lo tanto, estas personas han quedado un poco tranquilas y se han puesto en contacto con más personas e inclusive con su familia, para que después de esto se lleven la sorpresa que en situaciones y resultados posteriores siempre habrían tenido el virus en su cuerpo, poniendo en riesgo a personas cercanas y también a su familia, como vemos en estos casos los expertos de la salud o encargados de esta situación específicamente, se muestran negligentes y por esto, por su mal actuar son extracontractualmente responsables, ya que se ve reflejado su mal actuar o su omisión a la hora de realizar los diferentes procedimientos, se configura totalmente ya que se ve reflejado el daño a una persona, este es atribuible a una o varias personas, y su nexo causal en cuanto a el daño y la omisión o el mal actuar se ve claramente reflejado.

Diagnostico

Es así que la responsabilidad extracontractual medica generada a partir de un acto médico erróneo o un mal diagnóstico es un tema transversal en las ciencias jurídicas ya que toma aspectos centrales de aquellas ciencias como lo son los fundamentos de la responsabilidad del estado en compañía de la responsabilidad médica, aspectos como la definición de acto médico, diagnóstico y Lex Artis, entre otros que se exponen a lo largo del presente trabajo.

Un mal diagnostico como hecho generador de responsabilidad extracontractual del estado es de gran importancia para las ciencias jurídicas, pues la delimitación de los criterios jurídicos para la atribución e imputabilidad de responsabilidad de determinado daño derivado de la práctica médica, es de vital relevancia a la hora de analizar el actuar medico dentro del marco de la correcta o errónea diagnosis de los procedimientos del paciente que acude con el fin de conocer o mejorar su estado de salud.

Seguidamente se puede decir que el error de diagnóstico como hecho generador de responsabilidad se encuentra delimitado dentro de un régimen subjetivo o también conocido como culpa probada, queriendo decir con ello que para que se configure el deber

de reparación por parte del médico debe existir la demostración del elemento culpa en su actuar, la cual se traduce en su imprudencia, negligencia, impericia o violación de los reglamentos, los cuales este tema específico hace alusión a la Lex Artis la cual reglamenta y direcciona el actuar profesional del personal médico.

La importancia de un buen diagnóstico en este tema como es el COVID-19, radica en que a partir del mismo se plantea el tratamiento a seguir, de manera que una equivocación cometida en esta etapa, la mayoría de veces o se podría decir que en todas, tiene como consecuencia también un error en el tratamiento, por lo tanto es fundamental que el diagnóstico sea totalmente acertado o lo más cercano a la perfección, ya que si no se logra de esta manera, puede agravar una enfermedad o condiciones diferentes de las personas, siendo así el estado responsable extracontractualmente.

Conclusión

La Responsabilidad Extracontractual del Estado es el sometimiento estatal al ordenamiento jurídico por las actuaciones u omisiones que generen un daño a quien no tenía el deber jurídico de soportarlo. Se caracteriza por tener un fundamento constitucional (Art. 90), ser objetiva, directa, regulada por el Derecho Público; recae sobre la persona jurídica del Estado y debe ser integral.

La incidencia del rompimiento del nexo causal para la exoneración de la responsabilidad extracontractual del Estado es determinante la existencia de un nexo causal entre la actuación de la administración pública y la ocurrencia de un daño antijurídico, requisito indispensable para imputarle la responsabilidad al Estado; de lo contrario, es decir, si no se logra sostener este nexo se exonera de responder.

con la situación actual del país y dando respuesta a la pregunta de investigación inicialmente planteada, donde se analizó si el error de diagnóstico de un hospital público a un paciente con síntomas similares a COVID-19, a quien se le realiza el tratamiento respectivo de esta enfermedad y fallece a causa de otra enfermedad, podría generar responsabilidad del Estado o alegar la fuerza mayor para exonerarlo, Respecto de la primera hipótesis, sería posible solicitar una indemnización del Estado por los daños que sufrieron los familiares del fallecido por el error en el diagnóstico del paciente esto, porque al analizar los elementos de la responsabilidad como es la acción u omisión, que en el caso concreto sería la omisión de realizar el tratamiento adecuado a la enfermedad que padecía, el daño antijurídico, que expresamente sería la muerte de una persona que

acudió al sistema de salud con el objeto de que realizarán un tratamiento por parte de profesionales de la salud, que se supone tienen el conocimiento idóneo para diagnosticar correctamente, pero que no aplicaron ningún tipo de prueba sino que al verificar los síntomas, infirieron que se trataba de sospecha de COVID-19, lo cual cumple con la característica de que la persona no estaba obligada a soportar este daño. El nexo causal entre el hecho y el daño, que claramente se comprueba al demostrar que la falta de tratamiento para el paciente que padecía una enfermedad específica, generó su muerte.

Frente a la defensa que podría alegar el Estado, es que para quebrantar el nexo causal, se puede probar una fuerza mayor que eximiría de responsabilidad patrimonial, siempre que cumpla con las características de ser imprevisible, irresistible y externo, en cuanto a la primera característica imprevisibilidad, podría alegar que le era imprevisible en razón a que los Protocolos expedidos por Ministerio de Salud y Protección Social les indicaba una serie de lineamientos a seguir para tratar a una persona con dichos síntomas, cuando no tuviesen los recursos 32 disponibles para realizar la prueba, en lo que refiere a la irresistibilidad, y de acuerdo a lo anterior, si no existían las suficientes pruebas a su disposición para practicarla a todos los pacientes con sospechas de COVID-19, el hecho podría considerarse irresistible porque no existía la manera para determinar si se trataba de COVID o no, y también es externo, porque no depende de ninguna voluntad.

Finalmente podemos responder a la pregunta planteada para el desarrollo de este escrito, y la respuesta es SI, el estado puede ser responsable al mal diagnóstico y deficiente manejo que se haya dado al COVID-19, ya que las empresas de salud que están a merced del estado, que son la mayoría, ya que al hacer esto causan un daño y además de esto un daño grave, frente a la situación posterior que puede tener una persona que en el peor de los casos sería la muerte, por ende se configuran los factores para dicha responsabilidad, daño, este daño atribuible a una persona o varias y el nexo causal.

Bibliografía

https://www.tecnar.edu.co/sites/default/files/0.%20Responsabilidad%20M%C3%A9dica_Benitez_%26_Romero_DIVULGACION_CANJE_28072020.pdf

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/25454/1/La%20responsabilidad%20extracontractual%20del%20Estado%20con%20ocasion%20al%20COVID-19-%20manuel%20arzuaga.pdf>

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-519X2020000200005.

Barros E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2006.

Pizarro C. Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado 2010; VI (Responsabilidad médica): 187-198.

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2020000200155

https://www.tecnar.edu.co/sites/default/files/0.%20Responsabilidad%20M%C3%A9dica_Benitez_%26_Romero_DIVULGACION_CANJE_28072020.pdf

<https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PET/Paginas/Documentos-Administrativos-covid-19.aspx>

Consejo de Estado, Sección Tercera (26 de marzo de 2008). Sentencia, Expediente 16530.

Constitución Política de Colombia (1991). Constitución Nacional de Colombia. Recuperado el 10 de 01 de 2016, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Constitucional (20 de enero de 2017). Sentencia T-011. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-011-17.htm>

Corte Constitucional colombiana (1 de agosto de 1996). Sentencia C-333. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (26 de noviembre de 1999). Sentencia Expediente 5220.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (6 de octubre de 2015). SC13594-2015.

Henao, J. C. y Ospina, A. F. (2015). La Responsabilidad del Estado y el Estado de Derecho en Colombia. En La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kubica, M. L. (2015). El riesgo y la responsabilidad objetiva. Universidad de Girona, 917.

Miranda Londoño, A. y Márquez Escobar, C. P. (2004). Intervención pública, administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Bogotá: CEDEC. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14723>

Navarrete Frías, A. M. (2009). La responsabilidad del Estado y su adecuación a parámetros interamericanos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 11(2), 335-376.

Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Revista de Derecho Privado, (14). Recuperado el 22 de 01 de 2017, de revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525

Restrepo, J. C. (1984). El intervencionismo en Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, (64). Obtenido de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5907>

Rojas Quiñones, S. y Mojica Restrepo, J. D. (2014). De la causalidad adecuada a la responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil colombiana. Vniversitas, 187-235. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11949/9784>

Wartenberg, R. L. (2002). Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, 343-375.

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ET/abece-coronavirus.pdf>

<https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/coronavirus/diagnosis-treatment/drc-20479976>

<https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>