

EL PERJUICIO DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

Un perjuicio autónomo a partir de la responsabilidad médica estatal



JEYSON NORIEGA SUÁREZ

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

DIRECTOR:

JOSÉ O. LÓPEZ OLIVA PhD

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C. 2021

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN	8
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
2. JUSTIFICACIÓN	11
2.1. Pregunta de Investigación	12
3. OBJETIVOS	13
3.1. Objetivo General	13
3.2. Objetivos Específicos.....	13
4. MARCO REFERENCIAL.....	14
4.1. Marco Conceptual.....	14
4.1.1. Lex Artis.	14
4.1.2. Mala praxis.....	14
4.1.3. Acto médico.	14
4.1.4. Pérdida de oportunidad o de la <i>chance</i>	15
4.1.5. Causalidad.....	15
4.1.6. Falla del servicio.....	15
4.1.7. Daño.....	15
4.1.8. Daño patrimonial.....	16

4.1.9. Daño emergente.....	16
4.1.10. Lucro cesante.....	16
4.1.11. Daño moral.....	16
4.1.12. Daño a la salud.....	16
4.2. Marco Teórico.....	17
5. DISEÑO METODOLÓGICO.....	19
5.1. Enfoque.....	19
5.2. Alcance.....	20
5.3. Métodos de Investigación.....	21
5.4. Técnicas de Investigación.....	22
5.5. Herramientas de Investigación.....	23
6. CAPITULO I. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
6.1. Antecedentes de la Responsabilidad del Estado.....	24
6.1.1. La Teoría de la Irresponsabilidad.....	24
6.1.2. El fallo Cadot.....	27
6.1.3. El fallo Blanco.....	28
6.1.4. Fallo Vitalia Duarte de Pinilla.....	30
6.2. Antecedentes de la Falla del Servicio.....	31
7. CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA.....	33
7.1. La Era del Daño Antijurídico.....	33
7.2. Elementos de la Responsabilidad del Estado.....	34
7.2.1. Imputación.....	34
7.2.2. El Daño.....	35
7.2.3. El nexo de causalidad.....	36

7.3. Requisitos del Daño Antijurídico.....	37
7.3.1. Ciert.....	38
7.3.2. Personal.....	39
7.3.3. Ilícitud del daño.	40
8. CAPÍTULO III. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD.....	41
8.1. Falla en el Servicio.....	42
8.1.1. Responsabilidad por falla probada.....	44
8.1.2. Responsabilidad por falla presunta.	44
8.1.3. La responsabilidad por falla presunta y la fuerza mayor.	45
8.2. Falla en el Servicio en la Responsabilidad Médica Estatal.....	46
8.3. Daño Especial.....	48
8.4. Riesgo Excepcional.....	49
8.5. Responsabilidad Médica	49
8.5.1. Responsabilidad Médica de Medios.	49
8.5.2. Responsabilidad Médica de Resultado.	51
8.5.3. Régimen Probatorio.	52
8.5.4. Carga de la Prueba.	53
8.5.5. La Pérdida de la Oportunidad.	54
9. CAPÍTULO IV. LA CLASIFICACIÓN O TAXONOMÍA DE LOS PERJUICIOS	60
9.1. Perjuicios patrimoniales.....	60
9.1.1. Daño emergente.	61
9.1.2. Lucro Cesante.	62
9.2. Perjuicios extra patrimoniales.....	64
9.2.1. El daño moral.....	65

9.2.2. El daño a la salud.....	69
9.2.3. El daño a los bienes y derechos constitucional y convencionalmente amparado.	70
9.3. Tensiones por la Sentencia de Unificación Jurisprudencial.....	71
10. CAPÍTULO V. PROPUESTA SOBRE EL PERJUICIO DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO PERJUICIO AUTÓNOMO.....	73
10.1. Los Derechos de la Víctima del Daño Médico—Sanitario.....	77
10.1.1. Verdad.....	77
10.1.2. Justicia.....	78
10.1.3. Reparación integral.	79
CONCLUSIONES	81
REFERENCIAS	83

EL PERJUICIO DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

Un perjuicio autónomo a partir de la responsabilidad médica estatal

RESUMEN

El presente escrito pretende identificar las implicaciones para la víctima de un daño médico—sanitario, que el Consejo de Estado colombiano establezca que la teoría de la pérdida de la oportunidad es un perjuicio autónomo, en relación con el pago de la indemnización integral por la vulneración del derecho a contar con la oportunidad de una expectativa legítima. Para demostrar lo anterior, la investigación se apoya en el enfoque cualitativo de investigación, con un alcance exploratorio y correlacional y la utilización de dos métodos de investigación: la hermenéutica crítica de Hans George Gadamer y la analítica de Mauricio Beuchot y, además, la holística porque se involucran dos áreas del conocimiento, las ciencias médicas y el área jurídica. Las técnicas de investigación fueron la conversación con expertos y la búsqueda de información relacionada con doctrina y jurisprudencia atinente al tema de investigación. Fueron utilizadas herramientas de investigación como las bases de datos *scopus*, *scielo*, *publindex*, entre otros.

Palabras clave: Responsabilidad estatal, daño antijurídico, daño médico—sanitario, perjuicio, perjuicios extrapatrimoniales, pérdida de la oportunidad, autonomía.

ABSTRACT

This paper aims to identify the implications for the victim of a medical-health damage, that the Colombian Council of State establishes that the theory of loss of opportunity is an autonomous damage, in relation to the payment of full compensation for the violation of the right to have the opportunity of a legitimate expectation. To demonstrate the above, the research is based on the qualitative research approach, with an exploratory and correlational scope and the use of two research methods: the critical hermeneutics of Hans George Gadamer and the analytical of Mauricio Beuchot and, in addition, the holistic because two areas of knowledge are involved, the medical sciences and the legal area. The research techniques were the conversation with experts and the search for information related to doctrine and jurisprudence related to the research topic. Research tools such as scopus, scielo and publindex databases, among others, were used.

Key words: State liability, antijuridical damage, medical-health damage, harm, non-pecuniary damage, loss of opportunity, autonomy.

INTRODUCCIÓN

El presente ejercicio investigativo surge por la necesidad de realizar un planteamiento sobre la teoría de la pérdida de la oportunidad, exactamente, de la autonomía del perjuicio que irradia dicho daño. Este trabajo le permitirá al lector, identificar las posturas doctrinales y jurisprudenciales que se incorporan en esta teoría.

Lo anterior, acompañado, inicialmente, con un recuento histórico de la irresponsabilidad del Estado, pues hasta finales del siglo XIX no se indilgaba responsabilidad alguna al gobernante, debido a que el poder ilimitado del monarca, provenía de Dios, y discutir sus decisiones, era tanto como cuestionar la voluntad del ser supremo. Por lo tanto, se estableció un régimen totalitarista donde no había cabida a la responsabilidad Estatal.

En este sentido, se esbozarán algunos de los fallos más significativos para el derecho administrativo, como: El fallo Cadot, El fallo Blanco y el Fallo Vitalia Duarte v. De Pinilla. Por los cuales, se fijaron algunos criterios, para darle fin a una era de irresponsabilidad del gobernante. De igual forma, se establecen los parámetros que otorgan competencia al Consejo de Estado, para conocer las controversias que se generaban en contra de la administración.

En esta línea, se expondrán los elementos constitutivos de responsabilidad extracontractual en Colombia, describiendo las características del daño antijurídico, como base fundamental para indilgar una responsabilidad al Estado. Esto permitirá describir los títulos de imputación establecidos por el Consejo de Estado, como lo son: la falla en el servicio, el daño especial y el riesgo excepcional.

Adicionalmente, se profundizará en la responsabilidad médica en Colombia. Esto, detallando, los aspectos propios de la misma, con el propósito de lograr que el lector identifique

los diferentes medios de responsabilidad que existen, como lo son la responsabilidad u obligación de medios y de resultado. Lo que permitirá individualizar el régimen y la carga probatoria en esta clase de responsabilidad, con el fin de adentrarse al estudio de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

En este punto, la investigación se orientará a describir las corrientes doctrinales que, afirman que la teoría de la pérdida de la oportunidad, no debe ser vista desde la óptica del daño. Por el contrario, debe ser utilizada para esclarecer el nexo causal, en los casos donde el demandante no puede probar la teoría de la causalidad.

Una segunda postura, va en contravía de lo antes planteado, la cual concuerda con lo señalado por el Consejo de Estado. Ya que, este considera que la pérdida de chance, está catalogada como un daño autónomo, el cual debe ser indemnizado, independientemente de los demás perjuicios que se prueben en el proceso.

Así las cosas, el interés de la presente investigación, se torna en demostrar que el daño de la pérdida de la oportunidad, debe ser entendido por la judicatura como un perjuicio autónomo e indemnizable, independientemente del resultado final. Aunado a esto, se presentará la clasificación de los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales, que se establecieron a partir de la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014.

Es aquí donde se exteriorizarán las tensiones que existen, por no haber incluido el perjuicio de la pérdida de la oportunidad, en dicha sentencia de unificación. Para terminar con la formulación de una propuesta, que permite al profesional del derecho y al operador judicial comprender lo siguiente: la teoría de la pérdida de la oportunidad, es un daño autónomo y no es un instrumento para aclarar las dificultades, que puedan presentar el esclarecimiento del nexo causal, dentro del proceso de responsabilidad médica.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Esta investigación, desarrollará planteamientos que progresivamente nos adentrarán al derecho de daños, principalmente, al de la responsabilidad médica por pérdida de oportunidad. Esto, identificando los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, las posturas, y los presupuestos de indemnización.

La teoría de la pérdida de *chance* tiene su origen en Francia, donde inicialmente se habló de una teoría que lleva este mismo nombre, para acreditar la *causación* de un daño. En Colombia, esta teoría, doctrinal y jurisprudencialmente, ha venido evolucionando debido a los flagelos que presenta el sistema de salud.

En cuanto a la pérdida de oportunidad, esta tiene lugar en materia de responsabilidad médica, cuando a una persona se le restringe la probabilidad de sobrevivir o mejorar su estado de salud. Además, cuando la atención es inoportuna o ineficaz, por parte de las instituciones prestadoras de salud, se puede generar un daño antijurídico.

Con el análisis efectuado a algunas sentencias del Consejo de Estado Colombiano, y a diferentes posturas doctrinales, se han planteado, dos posturas. La primera, analiza la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, diferente del resultado final (muerte o desmejoramiento de la salud); y la segunda, la examina como un instrumento para aligerar el nexo de causalidad.

Lo anterior, con el propósito de identificar cuáles han sido los criterios doctrinales y jurisprudenciales, para determinar que la teoría de la pérdida de *chance*, es un daño autónomo. Además, el propósito es distinguir las reglas, que cuantifican la indemnización del daño que sufrió la víctima, por la oportunidad truncada de acceder de manera oportuna a los servicios de salud.

2. JUSTIFICACIÓN

Para desarrollar el contenido de la responsabilidad médica, exactamente de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, es importante abordar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado. Esto, con el propósito de presentar la justificación de esta investigación y dar respuesta al problema jurídico planteado.

En este apartado, se hace referencia a la presentación de argumentos que sustentan la importancia de investigar acerca de la pérdida de la oportunidad del paciente, en un proceso por responsabilidad médico—sanitaria.

Por lo que es necesario señalar los problemas prácticos que se presentan en la actualidad, en los procesos judiciales por responsabilidad médica estatal, donde son vulnerados los derechos del paciente, por una inadecuada taxonomía y liquidación de perjuicios.

Para solucionar este tipo de inconvenientes en esta investigación se presenta una propuesta, señalada en el capítulo cuarto escrito. Este estudio, pretende proveer los criterios necesarios para orientar la comprensión del fenómeno planteado en todo tipo de investigaciones (Bustamante Arango, 2002).

Esta investigación se considera necesaria y oportuna, dado que se evidencian muy pocas investigaciones de este tipo a nivel nacional. Existe un desconocimiento del tema investigado por la comunidad académica, los abogados litigantes y principalmente por la judicatura. Esta situación genera inseguridad jurídica, especialmente, cuando se habla de la protección de los derechos del paciente.

En cuanto a la pertinencia del tema investigado, es importante resaltar el carácter urgente que tienen este tipo de investigaciones, con el propósito de innovar —a través de la presentación de la propuesta y las teorías que la soportan, ligadas al conocimiento jurídico.

Este estudio, sirve para identificar los vacíos existentes en la interpretación de la teoría de la pérdida de la oportunidad como perjuicio autónomo; cuando se trata de identificar dos situaciones concretas: la primera, la forma de efectuar la taxonomía de los perjuicios causados a la víctima de un daño médico, y la segunda, la determinación de la pérdida de chance como un perjuicio autónomo causado a la víctima.

2.1.Pregunta de Investigación

¿Qué implicaciones tiene para la víctima de un daño médico—sanitario que el Consejo de Estado colombiano establezca que la teoría de la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo, en relación con el pago de la indemnización integral, incluido el derecho a contar con una expectativa legítima?

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo General

Analizar las implicaciones que tiene para la víctima de un daño médico—sanitario que el Consejo de Estado colombiano, establezca que la teoría de la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo, en relación con el pago de la indemnización integral, por la vulneración del derecho a contar con la oportunidad de una expectativa legítima.

3.2. Objetivos Específicos

- Recopilar información tendiente a los antecedentes de la protección de los derechos del paciente, que puede ser víctima de un daño antijurídico.
- Estudiar la jurisprudencia y doctrina relacionada con las decisiones proferidas por el Consejo de Estado Colombiano, en relación con el perjuicio de pérdida de la oportunidad.
- Identificar las tensiones existentes por el no reconocimiento de la autonomía del perjuicio de pérdida de la oportunidad del paciente en Colombia, al recuperar su estado de salud o salvar su vida.
- Presentar una propuesta que permita reconocer el pago de la indemnización integral de la víctima, incluido el reconocimiento pecuniario del perjuicio de pérdida de la oportunidad de forma independiente a otros menoscabos.

4. MARCO REFERENCIAL

4.1. Marco Conceptual

Con el propósito de ubicar al lector en el contexto del perjuicio de la pérdida de la oportunidad en Colombia, a continuación, se presentan las definiciones de los conceptos más relevantes del Régimen de la Responsabilidad Médica Estatal.

El presente marco, se basa en los criterios doctrinales y jurisprudenciales que ha desarrollado el Consejo de Estado en Colombia.

4.1.1. *Lex Artis.*

Son el conjunto de prácticas propias de la actividad médica, íntimamente ligadas al tratamiento del enfermo, basándose en los protocolos y criterios de acuerdo a su especialidad (Vázquez López, 2010).

4.1.2. Mala praxis.

La Mala praxis hace referencia a la actuación negligente del personal médico, cuando ejecuta un servicio de salud, que ocasiona un daño en el paciente (Anaya Prado, y otros, 2013).

4.1.3. Acto médico.

Es la relación que se concreta entre el vínculo médico—paciente, donde el segundo (el enfermo) asiste por una alteración en su salud, motivado de acuerdo a los conocimientos o especialidad del médico, quien tiene la capacidad de sanar (Lascariz Jiménez, 2000).

4.1.4. Pérdida de oportunidad o de la *chance*.

Hace referencia a la situación jurídica, donde una persona pierde la oportunidad de obtener un fin deseado, o evitar un desenlace irremediable en su salud, debido a la omisión en la prestación de los servicios médicos (Barría Díaz, 2019).

4.1.5. Causalidad.

Es la relación entre el hecho imputable al Estado, con el daño que este produce. Es decir, “un antecedente con una consecuencia” (Arboine Ciphas, 2015). Antecedente que es indispensable para determinar la responsabilidad de quien causa el perjuicio.

4.1.6. Falla del servicio.

Es el título jurídico de imputación que se adecúa a la *endilgación* de una responsabilidad extracontractual del Estado, por una acción u omisión desplegada por sus funcionarios (Consejo de Estado, 2012).

4.1.7. Daño.

Es el perjuicio que adquiere una persona a causa de un actuar ilícito del Estado, siendo este el responsable para resarcir el menoscabo sufrido por aquel quien no tenía la capacidad para soportarlo. Generando así el derecho de ser indemnizado (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 327).

4.1.8. Daño patrimonial.

López Mesa y Trigo Represas (2006) lo precisan como, el perjuicio que sufre el demandante en su patrimonio, a causa del daño. Entendiendo como patrimonio, un conjunto de bienes y derechos de carácter económico.

4.1.9. Daño emergente.

Es la pérdida económica que adquiere la víctima de un daño, para menguar las consecuencias de las lesiones sufridas (Tamayo Jaramillo, 2007; Mendoza Cury, 2012).

4.1.10. Lucro cesante.

Corresponde a la frustración de la obtención de un bien económico, que, de no haberse padecido el daño, la persona lo hubiera percibido. Es decir, que la víctima hubiese recibido y aumentado su patrimonio económico de no ser por el perjuicio que se le causó (Consejo de Estado, 2006).

4.1.11. Daño moral.

Este concepto, se define a partir de la afectación a los sentimientos, el buen nombre y al sufrimiento, que adquiere una persona a causa de un padecimiento, ocasionado por un tercero (González Cazorla, 2017).

4.1.12. Daño a la salud.

Es la alteración que se causa a la esfera física de una persona, como consecuencia de un daño que no estaba en el deber de soportar (Consejo de Estado, 2014).

4.2.Marco Teórico

Para abordar el marco teórico de la presente investigación, es pertinente presentar las teorías más relevantes que soportan la responsabilidad médica estatal y, la manera de clasificar los perjuicios causados a la víctima de un daño antijurídico.

La pérdida de la oportunidad como perjuicio autónomo puede entenderse como un sistema de conceptos que protegen los derechos del paciente como potencial víctima de un daño. De esta forma, se identifican las relaciones que permiten comprender e interpretar los mecanismos de indemnización de perjuicios causados a la víctima.

El Consejo de Estado colombiano establece que la teoría de la pérdida de oportunidad es un perjuicio autónomo, y de acuerdo con la Constitución Política colombiana de 1991 (Art. 90) el Estado está llamado a responder patrimonialmente por los daños que lesionan un bien jurídico; por ejemplo, la vida, la salud y la integridad física y mental de un paciente.

La filosofía del derecho, la teoría jurídica y la historia normativa pertinente permiten presentar una mixtura entre la teoría y la práctica. De esta forma, el conocimiento empírico permite identificar y comprender la realidad concreta, sobre la vulneración de los derechos del paciente que ha sido víctima de un daño, la inseguridad jurídica y el desconocimiento de los derechos del usuario médico.

Se trata entonces de la obligación del Estado de pagar las consecuencias patrimoniales e inmateriales, por causar un daño al paciente, es decir, la obligación de indemnizar íntegramente el hecho dañoso. En otras palabras, se habla del pago de una indemnización integral, a favor del usuario médico por la vulneración del derecho a contar con la oportunidad de una expectativa legítima.

Esto, como consecuencia de que el Estado cause daños imputables, por las acciones y omisiones de los médicos adscritos a un hospital público, por ejemplo, generando la denominada responsabilidad extracontractual.

5. DISEÑO METODOLÓGICO

5.1. Enfoque

La presente investigación se integra el área de las ciencias sociales y se fundamenta en un enfoque cualitativo. A través de una estructura y procedimiento metodológico estudia los diversos puntos de vista de la pérdida de oportunidad; uno de ellos, el del paciente o usuario del servicio en salud que ha sido víctima de un daño y la relación médico-paciente.

Esto, con el propósito de interpretar y comprender el contexto del enfermo que demanda en un proceso judicial la verdad, la justicia y la reparación integral de los perjuicios, incluido en el de la pérdida de la oportunidad, ocasionados por el daño (Sánchez Flores, 2019).

Al analizar la realidad, se percibe que el método de investigación pertinente es el hermenéutico crítico y el holístico, con el objetivo de soportar la propuesta presentada. Esta investigación jurídica requiere de la teoría para fundamentar el objeto de investigación, sin que sean exteriorizados juicios de valor individual, con la consecuente pérdida del fundamento de la exploración.

En este trabajo, se involucran los derechos humanos de los pacientes, en especial cuando el Estado les ha causado un daño antijurídico, que estos no están obligados a soportar. El daño antijurídico lesiona los derechos a la vida, integridad física y mental del usuario médico, situación que debe ser resarcida a través de un proceso judicial.

En este proceso el juez administrativo, está obligado a reconocer los perjuicios patrimoniales, pero también extra patrimoniales: morales, a la salud, a los bienes y derechos

constitucional y convencionalmente amparados, y de acuerdo con lo propuesto en esta investigación, el perjuicio de pérdida de la oportunidad.

Por consiguiente, esta investigación se respalda con pruebas, evidencias y comparaciones que van más allá de una simple descripción de una situación concreta. Se busca comprender y explicar un fenómeno de vulneración de los derechos humanos del paciente, a través de métodos y técnicas que provienen de conceptos, concepciones y fundamentos epistemológicos: uno de ellos es la hermenéutica jurídica (Sánchez Flores, 2019).

5.2. Alcance

En el texto *Metodología de la Investigación* del profesor Hernández Sampieri y Mendoza Torres (2018), siguiendo a Dankhe (1986), señalan que existen cuatro alcances o tipos de investigación: 1) alcance de investigación exploratorio, 2) investigación de tipo descriptivo, 3) trabajos correlacionales y, finalmente, 4) investigaciones explicativas.

Se consideró pertinente asumir un alcance exploratorio en esta investigación, ya que se trata de un trabajo que busca la protección de los derechos humanos de un paciente, que puede ser víctima de un daño antijurídico causado por el Estado.

Se define un alcance exploratorio, puesto que actualmente es un problema de investigación medianamente estudiado (Hernández Sampieri & Mendoza Torres, 2018).

Además, el alcance exploratorio es apropiado para el desarrollo de la investigación social que involucra, por ejemplo, las garantías del paciente cuando es víctima de un daño ligado a la pérdida de la oportunidad, causado por el prestador del servicio médico.

Esta investigación exploratoria, es la base para continuar con una indagación de tipo descriptivo, que llevará a futuras investigaciones, a soportar una pesquisa correlacional y además un trabajo académico de tipo explicativo.

5.3.Métodos de Investigación

Los métodos de investigación que soportan este tipo de trabajo son dos: el método hermenéutico y el holístico. Por una parte, la hermenéutica como hipótesis general de interpretación, tiene el propósito de indagar un problema concreto en un contexto determinado, en este caso, la teoría de la pérdida de la oportunidad en el ámbito colombiano.

Por consiguiente, la presente investigación busca comprender un problema con una actitud receptiva y dispuesta. Sin que esta suponga neutralidad y anulación cuando se está frente al quebrantamiento de los derechos del paciente, por ejemplo, a la reparación integral de los perjuicios causados con el daño.

La hermenéutica jurídica, es una actividad de reflexión e interpretación que permite captar el sentido del texto. Es decir, el problema de investigación sobre el que se indaga, el pretexto o conocimientos previos, el texto o problema de investigación y, el contexto o lugar donde se desarrolla y aplica la investigación, que se encuentran debidamente articulados en este trabajo (Arráez, Calles, & Moreno De Tovar, 2006).

Por otra parte, el método de investigación holístico involucra diferentes áreas del conocimiento, en este caso, las ciencias jurídicas, la responsabilidad médica estatal y el campo médico y su conjunto de sinergias e interacciones.

Cada elemento de las áreas citadas actúa de acuerdo con unas sinergias en vez de partes individuales. La holística en esta investigación permite vislumbrar un movimiento humanista en el

cual el principio, el centro de la investigación y fin de la misma es el ser humano. En concreto, el paciente que puede ser víctima de un daño.

A través de la holística, se pretende humanizar esta investigación de forma integral. Por este motivo se desarrollan posiciones desde el punto de vista epistémico, creando condiciones de convivencia, mediante el diálogo necesario para prevenir un daño. Sin embargo, si el perjuicio se exterioriza, la indagación permitirá identificar la ausencia que existe en torno a la taxonomía de perjuicios patrimoniales e inmateriales.

5.4. Técnicas de Investigación

Las técnicas de investigación utilizadas en el presente trabajo son principalmente dos. En primer lugar, se utiliza la técnica de búsqueda y revisión documental, es decir, doctrina y jurisprudencia nacional y foránea. Además, en segundo lugar, se manejó la técnica de conversación con expertos en el tema relacionado con la pérdida de chance, en procesos por responsabilidad médico—sanitaria.

La búsqueda de información durante la elaboración de este documento, se basó en la identificación de fuentes relacionadas con la responsabilidad médico—sanitaria, y los perjuicios causados por el daño antijurídico producido por el Estado. Esto, fue indispensable en la obtención de datos y la ejecución de la investigación en debida forma.

Las fuentes se usaron para obtener datos sobre las experiencias en torno al daño médico—sanitario, las estadísticas idóneas, los conceptos y concepciones propios del tema trabajado. La técnica de conversación con expertos ayudo a resolver la escasez de información requerida para fortalecer el problema de investigación y afianzar la propuesta, que tiene el objetivo de

salvaguardar los derechos de la víctima directa e indirecta, lesionada por un prestador en salud pública.

Finalmente, estas técnicas permitieron facilitar el proceso de búsqueda informativa y satisfacer la demanda de información general y específica, nacional y foránea, académica y resultado de investigación científica, entre otros (Romanos de Tiratel, 1996; Villaseñor Rodríguez, 2008).

5.5.Herramientas de Investigación

Las herramientas manejadas en esta investigación, fueron bases de datos facilitadas por la Universidad Militar Nueva Granada y otras Instituciones, los distintos repositorios de universidades nacionales y extranjeras, así como bases de datos de revistas como Scielo, Redalyc, Pubindex, Scopus, entre otras.

Estas herramientas, permitieron satisfacer la necesidad de información concerniente al derecho de la responsabilidad médica del galeno, ligada a la responsabilidad del sistema de salud. En donde se involucra el deber del Estado de forma directa o indirecta, por el daño antijurídico causado por una Entidad Social del Estado —ESE—.

Los datos obtenidos fueron recuperados de diferentes unidades informativas, archivos públicos y privados, bibliotecas físicas y virtuales y, de otros centros de documentación (Villaseñor Rodríguez, 2008)¹.

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

6. CAPITULO I. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Como primera medida, es fundamental aclarar que la falla en el servicio de salud se presenta por ineficiencia y por la inadecuada prestación del servicio. Es decir que, se habla de la ausencia de la diligencia debida y la eficacia en situaciones complejas que comprometen la vida e integridad física y mental del demandante.

Por ende, es deber del Estado cumplir con las disposiciones constitucionales y legales propias de la salvaguarda de los derechos de las personas —incluidas las garantías del paciente— (Consejo de Estado, 2012). Así las cosas, un daño antijurídico causado por el Estado se genera al momento de contrariar las normas, los reglamentos y las órdenes que regulan, por ejemplo, la prestación del servicio en salud.

6.1. Antecedentes de la Responsabilidad del Estado

6.1.1. La Teoría de la Irresponsabilidad.

Desde los inicios de la actividad del Estado la irresponsabilidad del mismo primaba, pues no existía un régimen organizado de responsabilidad estatal. Desde allí se concebía como un Estado irresponsable, refugiado en la soberanía gubernamental, es decir, los soberanos solo debían rendir cuentas ante Dios.

procesales y sustanciales atinentes a esta área del conocimiento: López Oliva, 2013; López Oliva, 2014; López Oliva, 2015; López Oliva, 2016 (Ver Bibliografía).

En el Estado totalitario el emperador tenía el control del Estado y todo el imperio recaía en él, bajo el principio de “*The King can do not wrong*” (El Rey no puede equivocarse), y los resarcimientos quedaban a voluntad de quien causaba el daño (Penagos, 1997). Dicha carga, fundaba una desprotección de los súbditos frente a las acciones Estatales: esos escenarios generaban impotencia por parte de los administrados, quienes, sin duda, se encontraban en un terreno de desigualdad inferior ante un Estado supremo.

Como consecuencia de esto, no se ideó una responsabilidad determinada del Estado frente a los gobernados, hasta la última etapa del siglo XIX. Ya que se consideraba que el interés del monarca era supremo, autoritario y necesario.

Visto de esta manera, el Estado desde su nacimiento estableció un régimen totalitarista, porque negaba la existencia de la responsabilidad Estatal. Este era dirigido por aquellos que se autoproclamaban *escogidos* y representantes de los dioses, con actitudes soberbias y déspotas y lejos de pensar que ellos podían errar (Parra Gutiérrez, 2003).

En la Edad Moderna, el régimen totalitarista se sustentaba en argumentos contractualistas fundados en los juicios de poder y soberanía, que tenía el monarca absolutista y opresor durante los siglos XVI al XVIII. El filósofo Nicolás Maquiavelo quien introdujo el concepto de Estado, sostuvo que, bajo esa realidad política, se establecieron parámetros para lograr una posesión continua y exclusiva, sobre los territorios y sus habitantes.

Por lo tanto, comprender la concepción de Estado es fundamental para entender la irresponsabilidad Estatal que plantea Maquiavelo, toda vez que esta es la razón justificante de la conducta del gobernante, por la cual “el fin justifica los medios”. De tal forma que el soberano tiene la facultad para engañar, mentir, maquinarse, encubrir, etc., con tal de proteger y sostener el Estado (Maquiavelo, 1999).

En este sentido, el soberano es en esencia, irresponsable ante sus súbditos: él solo se reconoce a sí mismo. Entre las características de su soberanía se encuentra, en primer lugar, que esta es absoluta ya que el soberano crea la ley, pero no se somete a ella. En segundo lugar, es eterna, es decir, no está sometida a un periodo de tiempo. Por último, es indivisible, porque todo el poder está bajo su cabeza, en principios, porque no existe una repartición del mismo en otras personas y/o instituciones. En suma, la monarquía se potenciaba ante los pueblos con el argumento de que eran ellos los legados de Dios en la tierra (Chevallier, 1974).

Otro de los grandes filósofos de la historia, Thomas Hobbes (1994) en su obra *El Leviathan*, plantea otra teoría sobre la irresponsabilidad del gobernante. Este señala que el pueblo en su estado natural, posee unos derechos a la libertad, a la vida, al pensamiento y que todos los hombres están en búsqueda de la complacencia de sus deseos. De este modo, la satisfacción, la necesidad y el afán de gloria, desencadenan en una guerra de “todos contra todos”.

Se hablaba entonces, que los hombres para salvarse, tienen que renunciar a los derechos que cada quien tiene y constituir un pacto deliberado, con el cual forman la voluntad sublime de un tercero que los representa.

Esto, conlleva a conceder poderes descomunales al Estado, para lograr preservar la protección y seguridad de los gobernados. Es decir, la orden es ejecutada y obedecida según lo que decida el soberano, sin que sea viable distinguir, una decisión acertada de otra centrada en el mal. Además, era considerado un delito, el hecho de cuestionar sus decisiones y/o reclamar el resarcimiento de un daño padecido a manos del Estado (Hobbes, 1983).

En conclusión, la irresponsabilidad del Estado vista desde la edad moderna tiene su fundamento, en los amplios poderes que ostenta el soberano para con los súbditos. Esto, al exteriorizar el origen divino de sus poderes y al dejar claro que son ministros directos de Dios, no

había lugar a discutir, sobre las decisiones que se materializaban en un supuesto bienestar para el pueblo, luego ello llevaría a cuestionar la voluntad de Dios.

A continuación, se presentan algunos fallos representativos del Derecho Administrativo, los que históricamente han sido la base para determinar la competencia del Consejo de Estado. Especialmente, en aquellos casos donde una de las partes es una entidad pública y, como consecuencia, se comienza a hacer referencia de responsabilidad Estatal.

6.1.2. El fallo Cadot.

Esta decisión Judicial fue proferida el 13 de diciembre de 1889. Se trata de un caso, donde las autoridades de la ciudad de Marsella, eliminan el cargo de “ingeniería de la inspección de caminos”, que estaba desarrollando el ciudadano Jean Cadot.

Este ingeniero, como titular de los derechos presuntamente vulnerados, inicia un litigio judicial con el cual reclamaba unos daños y perjuicios en contra de la ciudad de Marsella, quien negó las pretensiones del Señor Cadot. En consecuencia, se remitió por competencia el proceso al Tribunal Judicial, para que este conociera del caso y lo resolviera.

No obstante, este declaró falta de competencia al aducir que el contrato que dio origen a la relación laboral, no gozaba de un carácter civil. Así, el expediente fue enviado al Consejo de Prefectura, quien a su vez también emitió falta de competencia con el siguiente argumento: en el contrato objeto de litigio no se desarrollaron actividades de carácter público.

Luego de esto, el Sr. Cadot acudió al Ministerio del Interior, quien argumentó que no podía tramitar el proceso y lo remitió por competencia al Consejo de Estado. Este último, indicó que le asistía razón a las autoridades, al no haber abocado conocimiento de este caso por falta de competencia. En consecuencia, el Consejo de Estado sentó un precedente judicial, en lo concerniente al establecimiento de un Juez natural en la jurisdicción Contencioso Administrativo.

En el caso expuesto anteriormente, el Consejo de Estado profirió sentencia argumentando que los pleitos de origen administrativo podían en adelante, ser tramitados directamente ante este. Además, sin que deban someterse en una primera instancia ante el Ministro del Interior, a excepción de aquellos procesos, donde deban resolverse recursos administrativos ante este último órgano. Así las cosas, el consejo de Estado a partir de aquí, se autoproclamó competente para resolver aquellos recursos de nulidad de actos administrativos, que fueran allegados ante diversas entidades estatales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado, en definitiva, era un miembro de poder consultivo, toda vez que las decisiones eran adoptadas exclusivamente por el jefe de Estado. Aunque, posteriormente, a través de la Ley promulgada el 24 de mayo de 1872, se le permite al Consejo de Estado adoptar decisiones contenciosas en su propio nombre, transformándose así en un órgano jurisdiccional.

Finalmente, esta decisión judicial fue trascendental ya que, con anterioridad, la administración a sí misma se juzgaba. Por ende, es incuestionable que en cada fallo estaba presente una parcialidad a favor del Estado y ello conllevaba a decisiones injustas (Amado, 2018).

6.1.3. El fallo Blanco.

El presente caso se resume en la sentencia proferida el día 08 de febrero de 1873 por parte de los Tribunales Administrativos, al habersele otorgado jurisdicción para conocer una demanda, interpuesta en contra del Departamento de la *Gironde* como órgano del Estado. Esta demanda se presenta por parte del señor Blanco, en calidad de padre de su hija menor de edad, quien sufrió lesiones severas, al haber sido atropellada, por un vagón de una fábrica de tabaco que manipulaban sus funcionarios en vía pública.

Este fallo tiene una gran connotación en el Derecho Administrativo, toda vez que a partir de esta decisión se comienza hablar de una responsabilidad Estatal, terminando así con una era de irresponsabilidad del gobernante.

Este es el punto de inicio para la atribución de responsabilidad bajo un régimen determinado, pues allí, se resalta que la responsabilidad Estatal, no debe estar bajo los principios consagrados por el Código Civil. En este tipo de casos, se despliegan litigios entre el Estado y los particulares por la producción de daños en la ejecución del servicio público, y, por lo tanto, debe emplearse un régimen especial.

El Fallo Blanco consagra una evolución del derecho Administrativo ya que determina importantes avances, con relación a la competencia de la jurisdicción administrativa. A través de la citada entidad se determina que los Tribunales Administrativos, ostentaban la facultad para declarar la responsabilidad Estatal. En este sentido, este fallo logra consagrar y dar aparición del principio de separación de poderes (Zárate, 2016).

Conforme a lo anterior, es desde este instante, donde el derecho francés establece fundamentos para desarrollar paulatinamente, los principios esenciales de aplicación a las actividades administrativas. Con los cuales, el derecho administrativo va consolidando una formación más concisa, para lograr su correcta aplicación.

Es por esto, que se implementa la prohibición de aplicar las reglas del Código Civil para condenar y/o absolver al Estado, en los eventos donde se le indilgue responsabilidad. Por ello, en estos casos, se da prevalencia a la aplicación del principio de un derecho especial donde se desarrollen labores del servicio público (Celemín & Roa, 2004).

6.1.4. Fallo Vitalia Duarte de Pinilla.

El presente fallo, tuvo como génesis la radicación de una demanda presentada por la Sra. Vitalia Duarte de Pinilla, en el año 1968, por medio de la cual solicita la declaración de responsabilidad del Estado por los perjuicios de daño emergente, lucro cesante y daño moral, por la pérdida de su casa, ubicada en la ciudad de Bogotá. Esto, con ocasión a bombardeos y cruce de fuego, entre el Ejército Nacional y un peligroso delincuente fuertemente armado. Dicha operación tenía como fin dar captura al ciudadano Efraín González por parte del Ejército (Consejo de Estado, 1973).

La ciudadana funda su demanda en el Artículo 16 de la Constitución, en los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Por medio de los cuales, se declaró responsable extracontractualmente a la administración, por las fallas en la prestación del servicio público.

Para este caso, la demandante señala que era deber del Estado, haber brindado un servicio acorde a los derechos que el pregoner respetar y amparar. En ese sentido, manifestó que la operación desplegada por el Estado para dar captura al señor Efraín, tuvo implícitos factores de imprudencia e impericia, que conllevaron al sacrificio de personas inocentes por ejecutar una captura.

Sobre el presente caso se pudo establecer que no se ostentaron eximentes de responsabilidad para el Estado, y en su lugar, sí se estableció la coexistencia del daño sufrido por la demandante y su nexo de causalidad con el accionar del Ejército Nacional. De esta forma, se demostró la vulneración del principio a la igualdad de las cargas públicas que deben o no soportar los ciudadanos; ya que la señora Vitalia Duarte padeció un perjuicio, el cual no estaba en el deber de resistir.

Lo valioso de este fallo, radicó en establecer si la obligación de resarcir a las víctimas, por los daños ocasionados por el Estado, deviene únicamente de la noción de falla. O si, por el

contrario, el mero daño causado tiene como consecuencia para la administración, la indemnización a la víctima.

Para lo que el Consejo de Estado determinó, que si bien el Ejército Nacional estaba actuando legítimamente para preservar los fines del Estado. Lo cierto es que, sí existe la posibilidad de estudiar en el caso fijado, la falla en el servicio y/o la irresponsabilidad, con el manejo de armas de fuego, que consecuentemente pudieran llevar a una desproporción de la acción.

De acuerdo con este fallo, se puede deducir que el Estado debe resarcir los perjuicios causados, cuando se determine que existió una desproporción con las cargas públicas que los ciudadanos deben soportar (Consejo de Estado, 1973).

6.2. Antecedentes de la Falla del Servicio

Para iniciar este punto sobre la conocida falla del servicio, es necesario señalar que esta teoría se remonta al Derecho Francés. Pues fue allí, donde se comenzó a hablar de que la administración, en muchas ocasiones prestaba el servicio público de manera irregular, y que, como consecuencia de dichas irregularidades, se fueron consolidando criterios sustanciales para atribuirle responsabilidad al Estado.

Ciertamente, la noción de responsabilidad Estatal planteada por el sistema jurídico francés, ha señalado que este tipo de gravamen es la base del deber de la administración para reparar los daños causados, por procedencia de las actuaciones irregulares que fueron desplegadas por una entidad pública (Saavedra Becerra, 2003). En este sentido, se entiende que la falla del servicio tiene como génesis una actuación errada por parte del Estado a través de sus funcionarios, la cual genera a un tercero ciertos perjuicios (Depuis & Et.al, 2004).

Ciertamente, considerar la responsabilidad de la administración por falla como acción irregular de la misma lleva a pensar que la actuación no solo será reprochable socialmente, sino jurídicamente. Teniendo en cuenta esto, el autor Paillet (2001) indica que es necesario identificar esta falla con la culpabilidad, toda vez que en ella se identifican las maneras irregulares de actuar por parte del Estado.

Es aquí cuando se plantea la responsabilidad del Estado por falla, ya que no basta solamente con mencionarla dentro del juicio, es fundamental probar la misma. Esto, trae consigo, que se le debe trasladar al juzgador una certeza de que la administración operó de manera opuesta a la regulación administrativa, es decir, que actuó de manera ilegal (Paillet, 2001).

Dicha postura, la comparte de igual forma el Tratadista Paul Duez (2004), quien señala que la irregularidad en el ejercicio de la administración, desatará que se actué mal, tardía o ni siquiera proceda, lo que conllevará a la existencia de una falla en el servicio (Foillard, 2004).

Como antecedente judicial, se encontró la sentencia del Consejo de Estado Francés en el caso Tomaso—Grecco, en el que se pronunció de fondo la noción de falla del servicio. En donde se realizó un análisis de la culpabilidad, distinguiendo la culpa personal y la culpa del servicio. Como resultado, se profirió una sentencia, con la cual se exoneró a la administración de responsabilidad, toda vez, que no se logrará establecer la existencia de falla en el servicio, imputable a la misma.

Lo anterior, se aplica actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano con base en el Artículo 90, de la Constitución Política. Por lo que el Estado debe de reparar patrimonialmente a la víctima, por los perjuicios antijurídicos que se ocasionen a través de sus funcionarios.

Sin dejar a un lado, que el argumento de la falla en el servicio deberá ir acompañada de la prueba de la irregularidad alegada. Además de que en los eventos de responsabilidad médica será fundamental allegar las pruebas documentales y periciales, que sean conducentes a la declaración de responsabilidad del Estado.

7. CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

Haciendo referencia a la responsabilidad médico—sanitaria, exactamente al tema relacionado con la pérdida de oportunidad como daño autónomo, es conveniente detenerse para abordar el fondo de la responsabilidad extracontractual del Estado. El hecho de definir este tipo de responsabilidad, permite comprender el problema jurídico de investigación planteado.

7.1. La Era del Daño Antijurídico

La era del daño, se basa en la premisa de la no causación o identificación dañina, que es la base o fundamento general de la responsabilidad patrimonial. La prioridad en la era del daño, no es buscar un culpable para sancionarlo, porque su propósito, es comprender e indemnizar al demandante por el daño que se le ocasionó (Gil Botero, 2006).

De acuerdo con lo señalado por el profesor Obdulio Velásquez Posada (2013) la culpa era el fundamento primigenio de la responsabilidad. Esta situación, dio lugar a la expresión de aforismo jurídico: “*pas de responsabilité sans faute*” traducido al español “no hay responsabilidad sin culpa”.

Al respecto, es pertinente aproximarse del concepto de responsabilidad extracontractual. Para ello, se parte del hecho de que la Constitución Política, en su Artículo 90, instituye que es el Estado, quien responde patrimonialmente por los perjuicios que le son imputados, por las acciones y omisiones de sus agentes.

Así mismo, se indica que la responsabilidad extracontractual del Estado es la obligación que tiene este de atribuirse las consecuencias patrimoniales e inmateriales, por el hecho de causar

un daño antijurídico. Por ejemplo, un hospital público estatal, tiene la obligación de indemnizar íntegramente el hecho dañoso causado a un paciente.

En el mismo sentido, el profesor Santos Ballesteros (1996) señala que “la responsabilidad civil, consiste en el deber de reparar el daño generado a otra persona”, cuando el Estado incumple un deber jurídico.

7.2.Elementos de la Responsabilidad del Estado

En este apartado, se analizarán los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales se identifican en el Artículo 90, de la Constitución Política. Entre estos se encuentran el acto o conducta del médico, el daño ocasionado por el prestador en salud y el nexo causal entre el acto y el daño antijurídico.

7.2.1. Imputación.

La imputación, es comprendida como la atribución jurídica, que se realiza a una persona por un hecho o acontecimiento, generando la obligación de responder. Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, este se convierte en un elemento fundamental para configurar la responsabilidad por los daños que se le endilgan.

El Consejo de Estado señala que la imputación permite realizar la atribución del daño a la Administración. En efecto, en cada situación es necesario valorar la llamada imputación fáctica e imputación jurídica. Donde la primera en mención, se realiza a quien ocasionó directamente el daño, conforme al estudio de causalidad efectuado; en la segunda, se efectúa por quien debe reparar económicamente los perjuicios, ocasionados al reclamante (Consejo de Estado, 2010).

En conclusión, la imputación es comprendida como el instrumento por medio del cual se le atribuye jurídicamente a la Administración, un daño ocasionado a una persona. Dicha atribución, será viable, cuando el daño alegado tenga un vínculo causal con el servicio público (Consejo de Estado, 2011).

7.2.2. El Daño.

El daño antijurídico ocasiona perjuicios al paciente, considerado víctima directa del evento adverso. El daño genera unos menoscabos, es decir, detrimentos que sufre el administrado; estos perjuicios pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. En palabras del Consejo de Estado colombiano (1995) el daño, se presenta cuando el funcionamiento del servicio muestra alteraciones contrariando las obligaciones y deberes del Estado.

El citado Artículo 90 señala que el Estado responde patrimonialmente por el daño antijurídico causado, por ejemplo, al paciente en un hospital público. En estos casos, el daño le es imputable, si mantiene una relación causal con la acción o la omisión de la entidad prestadora del servicio médico.

Conjuntamente, esta norma consagra dos elementos constitutivos de responsabilidad, los cuales son el daño antijurídico y la imputación. Al respecto, el Consejo de Estado precisa que, para lograr la declaración de responsabilidad de la administración, se debe tomar en consideración puntos como: “un daño cierto y determinado o determinable, una conducta, activa u omisiva jurídicamente imputable a una autoridad pública. Cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad entre esta y aquél” (Consejo de Estado, 2016).

7.2.3. El nexo de causalidad.

En primer lugar, se debe indicar que este elemento de la responsabilidad extracontractual, se caracteriza por ser quien analiza la relación, entre causa—efecto de la acción u omisión del estado y el daño que se le produce al administrado.

Es así, que este elemento se convierte en la evidencia del juzgador para evidenciar o no la responsabilidad al Estado, pues aun existiendo un daño, el nexo causal logra romperse al no ser imputable dicho daño a la administración. De igual forma, puede ocurrir que, aunque exista un nexo causal, este no sea suficiente para declarar responsable al Estado por un perjuicio ocasionado, ya que se puede presentar alguna causa que exima de responsabilidad a la entidad estatal.

Al respecto el Consejo de Estado en la Sentencia del 03 de octubre del 2016, establece al nexo causal como objeto se soporte o elemento de configuración del daño. Además, se constituye que todo análisis de imputación debe contener un estudio en términos de atribuibilidad material, en donde se determina el origen específico de una acción. Esto, puede interpretarse como causalidad material, pero jurídicamente se conoce como imputación, por su relación a un acto de conducta humana.

La causalidad se utiliza para establecer “cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser” (Consejo de Estado, 2016).

Por lo anterior, se concluye que la existencia del nexo de causalidad, se establece como un elemento fundamental para cerrar el juicio de responsabilidad. Ya que, el juzgador tiene el deber de analizar la relación entre el daño y la actuación imputable al Estado, para así endilgarle responsabilidad al mismo.

Al respecto, el Consejo de Estado sostiene que debe existir una relación causal entre el hecho y el daño antijurídico, es decir que, el daño fue originado como consecuencia directa de la

actuación atribuida a la administración. Esta acción se puede presentar por retardo, irregularidad, acción, omisión e ineficiencia del servicio (Consejo de Estado, 2016).

7.3.Requisitos del Daño Antijurídico

La administración, puede causar daños al paciente como resultado legítimo de una actividad, sin importar si la naturaleza de la conducta se despliega con dolo o culpa. Por esta razón, se requiere que el Estado garantice o minimice, el riesgo inherente a una actividad médica, amparando siempre la debida prestación de los servicios en salud.

El Estado tiene el deber constitucional de reparar los perjuicios antijurídicos que esté cause a terceros, durante la ejecución de sus funciones. En el ámbito médico, un daño antijurídico causado al paciente, puede ser cometido por la acción u omisión de un hospital; por ejemplo, por falla en el servicio o un daño especial.

Esto, se establece que cuando existe una imputación del daño y esté causa un perjuicio antijurídico, se origina una situación especial. En donde el Estado debe trasladar a la víctima parte de su patrimonio, como consecuencia de la indemnización legítima por el daño producido (Corte Constitucional, 1996).

El Daño como elemento de la responsabilidad, es quizás el primer elemento a revisar para determinar la configuración de esta. Entendiendo como daño, las lesiones que adquiere un tercero por causa de una actividad del Estado, en donde se afecta el patrimonio o la integridad del individuo.

Al respecto, Tamayo Jaramillo (2007) expresa que el “daño es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extra patrimonial, ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”.

Así, al entenderse que el daño es el perjuicio que se le causa al interés propio de un tercero y al no estar obligado a soportarlo, se le deberá indemnizar íntegramente el perjuicio; todo, conforme a los criterios jurisprudenciales, establecidos por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En relación con lo expuesto anteriormente, Pinzón Muñoz (2017) sostiene que “a diferencia de lo que ocurre con la conceptualización, ponderación y la genealogía del perjuicio sobre sus características, desde el plano teórico, tanto la doctrina como la jurisprudencia parece que han encontrado una línea común de definición”.

Se habla entonces que el daño puede darse aun sin reunir “características primordiales como las de I) ser cierto, II) personal y III) ilícito” (Pinzón Muñoz, 2017). Por otra parte, se extiende que bajo la posibilidad de imputación el daño debe ser directo.

De forma similar Bustamante Alsina (1998) indica que “no es suficiente un daño cualquiera para que el autor deba repararlo; este daño debe ser: cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado”.

7.3.1. Cierto.

Para que el daño sea indemnizable, el mismo deberá contar con una certidumbre clara y precisa, para que el juez al momento de estudiar las pretensiones de la demanda, tenga seguridad real de su ocurrencia. Esta certeza, solo la obtendrá al analizar a detalle el acervo probatorio (indicios, testimonios, presunciones, confesiones, peritazgos) que fueren arrimados al proceso.

En los procesos de responsabilidad, el juzgador tiene el deber de valorar el daño que se le indilga a la administración, determinando si el perjuicio cumple con las características establecidas jurisprudencial y doctrinalmente. Ya que como lo sostiene Velásquez Posada (2015) “el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético”.

En pocas palabras, la naturaleza del daño se centra en la exteriorización de su existencia, sin dejar de un lado que el daño futuro tendrá carácter indemnizatorio. Pues bastará con que el curso normal de los acontecimientos, lleven a materializar dicho daño, para que este sea resarcido.

Este criterio, ha sido acogido por la Corte Suprema de Justicia (2000), quien señaló que el daño futuro puede ser cierto y por lo tanto indemnizable, siempre que tenga un alto grado de probabilidad. En otras palabras “el daño futuro está en que, se presentará, o que llevará hacia adelante la causa (hecho ilícito), es decir que, casi que es seguro que se producirá el efecto que hoy se está percibiendo” (Corte Suprema de Justicia, 2000).

7.3.2. Personal.

Frente al análisis personal del daño, es primordial establecer que, el demandante cuenta con la legitimación en la causa por activa para reclamar los perjuicios padecidos. Es decir, que el reclamante cuenta con la facultad para iniciar el proceso.

Sobre esto, Laurent (1978) sustenta que el daño dentro de lo personal, es una condición de fondo existente en el derecho a la reparación y, argumenta que “los requisitos de fondo y los procesales no son correctamente diferenciados por la jurisprudencia, puesto que normalmente quien no ha sufrido un daño personal no está legitimado para actuar” (Laurent, 1978).

Adicionalmente, Henao (1998) describe que el carácter personal de un perjuicio es un aspecto sustancial y procesal. “En consecuencia, es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, para que proceda la indemnización. La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable” (Henao, 1998).

Entendido entonces, que el carácter personal del daño, está atado a la calidad frente a la titularidad del perjuicio y en la legitimación por activa, es deber del Juez, analizar dichos elementos para no despachar desfavorablemente las pretensiones del libelo introductorio.

7.3.3. Ilícitud del daño.

Entendido que el daño solo puede ser reparado por el Estado, cuando le es imputado a éste y cuando la víctima, ve lesionado sus derechos normalmente protegidos. Se establece que, el concepto de antijuridicidad, presupone una ilicitud del daño y una licitud o derecho indiscutible sobre el efecto dañado, postulado que se analiza de contrariedad a la norma.

Acercas de esto, la Corte Constitucional (2011) ubica la responsabilidad extracontractual del Estado, fundamentado en el principio de la garantía integral del patrimonio de las personas, ello, conforme lo establece el Art. 90 de la Constitución Política.

Dicha defensa constitucional al patrimonio de los ciudadanos, se establece cuando “concurren tres presupuestos facticos a saber; un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al estado y una relación de causalidad” (Corte Constitucional, 2011)”.

Al respecto el jurista Pinzón Muñoz (2017) asegura que la licitud o no del daño, se comprende dentro del juicio de antijuridicidad y, de la justificación o reproche de esa lesión, dentro del marco de revisión de daño, por parte de la víctima. Quien, además cuenta con una condición en donde prima, su posición de ser quien sufre el daño.

Vistas las características propias del daño, en definitiva, estará en cabeza del demandante la carga de demostrar la existencia del mismo; para conseguir que posterior al análisis del caso por parte del Juez, este le otorgue la indemnización que persigue por el perjuicio causado por una entidad Estatal.

8. CAPÍTULO III. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

La imputación como elemento de responsabilidad, es la atribución jurídica que se establece al Estado, cuando este a través de sus funcionarios ocasiona un daño antijurídico a un tercero que no estaba en el deber de soportar. Por lo que, para generar una reparación, se deberá analizar los títulos de imputación como el daño especial, el riesgo excepcional y la falla del servicio.

En este sentido, el Consejo de Estado en el año 2017 recordó que, es indispensable realizar un adecuado juicio de imputación. Ya que, éste determina la atribución o las causales de exoneración a las partes demandadas.

Por otra parte, se considera que cuando se habla de imputación, se exige el análisis del “ámbito fáctico y la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico” (Consejo de Estado, 2017). Además, para endilgar un juicio de responsabilidad patrimonial al Estado, es primordial analizar la existencia del daño, la antijuridicidad del mismo y los aspectos de la teoría de la imputación objetiva.

Existen, dos títulos de imputación representativos y aplicables en materia de responsabilidad médica. Se trata de: los regímenes objetivo, fundamentado en la actividad riesgosa y el subjetivo, soportado en la conducta del profesional de la medicina.

La doctrina, ha establecido conceptos como lo son la responsabilidad subjetiva y objetiva, entendiendo como responsabilidad subjetiva, aquella que requiere la existencia de una conducta dolosa o culposa. Pero, si no es necesaria la valoración de dichas conductas, se denominará como una responsabilidad objetiva.

Como indica Álvarez Correa (1978) la conducta puede ser con culpa o sin culpa. Por ejemplo, cuando se establece el régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas,

siendo suficiente probar la conducta, el daño y el nexo causal, sin tener en cuenta la culpa del agente.

De la misma forma, los autores Mazeaud y Tunc (1977) señalan que todas las pérdidas y daños que pueden generarse por el hecho de una persona —por ejemplo: un profesional de la salud— deben ser reparados. Consecuentemente el daño es ocasionado por la imprudencia, la ligereza y la ignorancia acerca de lo que debe hacerse, además de otras culpas similares productoras de perjuicios.

8.1.Falla en el Servicio

El daño, por leve que pueda ser, debe ser reparado, ya sea por el profesional de la salud o la institución médica que ha dado lugar a la exteriorización del siniestro, por la imprudencia del deudor de la obligación. El daño que ocasiona menoscabo a la víctima, debe ser indemnizado, aun cuando este no se hubiera ocasionado con la intención de causar un daño (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1977).

Por lo anterior, se puede hablar de la culpa como elemento de responsabilidad objetiva, ya que es un componente fundamental, en la determinación de responsabilidad por parte del generador del daño. Esta posición, ha generado debates dentro de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico.

Entre estas posiciones se encuentra, Gil Botero (2006), quien sostiene que el concepto de culpa en la responsabilidad civil está en crisis, siendo insuficiente en la argumentación de las nuevas formas de responsabilidad. La posición de Gil Botero (2006), se resume en que la concepción culpabilística de la responsabilidad patrimonial, corresponde únicamente a un momento puntual del desarrollo histórico de la humanidad.

Antes de entrar a precisar a profundidad cada elemento de la responsabilidad del Estado, conviene resaltar que, en Colombia, los regímenes aplicables en materia de responsabilidad extracontractual, son la responsabilidad objetiva y subjetiva. Estos regímenes se distinguen por la valoración realizada, por parte del juzgador de los elementos culpa y dolo.

Es así, que en el régimen subjetivo se analiza el concepto de falta. Esto significa que, se debe examinar si en el actuar del agente estatal, se observa una inconsistencia, obteniendo como título jurídico de imputación la falla del servicio del Estado. Por otro lado, en el régimen objetivo el Estado es imputable por daño especial, expropiación de inmuebles en caso de guerra, o riesgo excepcional.

La responsabilidad subjetiva, se encuentra instaurada en la falla del servicio, la cual genera un hecho dañoso y consecuentemente, ocasiona un daño susceptible de ser reparado. Asimismo, lo ha dispuesto el Consejo de Estado a través del fallo del 13 de julio de 1993, en el cual estableció que para imponer al Estado la obligación de reparar, es necesaria la existencia de un daño y la antijuridicidad del mismo.

En este sentido, el juez deberá realizar una valoración que le permita establecer el título de imputación adecuado, para lograr atribuirle a la administración la responsabilidad por el daño causado. Ya que existen otros tipos de imputación, además de la falla del servicio. Esto ha propiciado el establecimiento de un sistema objetivo de daño especial y riesgo excepcional, lo que ha llevado a que existan eventos, donde el título es objetivo y en otros subjetivo (Consejo de Estado, 1992).

8.1.1. Responsabilidad por falla probada.

El Consejo de Estado ha unificado un criterio a través del cual se tratan de proteger los derechos del paciente. Por ejemplo, cuando el usuario del servicio médico, exige a la administración pública, una prestación eficiente de los servicios a su cargo.

Cuando el Estado en el desarrollo de sus funciones incide en la falla del servicio, ya sea a través de actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, este se convierte en el garante del pago de los perjuicios ocasionados a los administrados.

Además, el alto tribunal de lo contencioso administrativo, señala que el régimen habitual para imputar responsabilidad a la Administración, es la falla probada del servicio, cuando el daño es causado por un hospital o un profesional de la salud (Consejo de Estado, 2015).

Se establece entonces que, al considerar la falla del servicio una negligencia en la prestación del mismo, el Estado debe reparar integralmente a los administrados, siendo el demandante el obligado a probar los perjuicios causados.

8.1.2. Responsabilidad por falla presunta.

En el régimen de responsabilidad del Estado por culpa se puede aplicar la falla en el servicio probada o presunta. En este régimen, se sigue aplicando el concepto de falla en el servicio, pero de una manera contraria, a lo antes expuesto, pues es aquí donde la Administración tiene la mayor carga de probar.

De esta forma, no le corresponde a la víctima probar la negligencia o el descuido del Estado, porque la presunción está a su favor. En estos casos, es al hospital público a quien le corresponde demostrar la ausencia de falla en el servicio. Dicho de otra manera, la entidad demandada es la llamada a demostrar que actuó con diligencia y pericia, para que no le sea atribuida la responsabilidad del daño sufrido por la víctima.

Al respecto, el profesor Velásquez Posada (2015), indica que con el propósito de facilitarle a la víctima la reparación del daño sufrido, la jurisprudencia, procede a invertir la carga de la prueba a favor del paciente. El elemento culpa o falla de la administración debe desvirtuarlo el victimario, porque se considera que en estos eventos opera la presunción de la falla en el servicio.

Por esta razón, la prueba de la culpa o falla de la administración a cargo de la víctima, en procedimientos médicos, por la vulneración de las obligaciones de seguridad o garantía, es muy difícil o prácticamente imposible. Entonces, le corresponde al Estado, en su condición de demandado en un proceso judicial, probar la debida diligencia y cuidado (Velásquez Posada, 2015).

El Consejo de Estado, ha encajado este régimen de responsabilidad, con falla presunta como intermedio entre la conocida falla del servicio y la responsabilidad objetiva. Resaltando, que la aplicación de dicho régimen especial, le permitirá a la víctima solo acreditar el daño y el nexo de causalidad. Lo que lleva a que la entidad demandada solo se exonere demostrando que operó de manera prudente y diligente (Consejo de Estado, 1992).

Para constituir la falla presunta, se deben considerar tres elementos, el primero en donde se presume la falla del servicio, estando en cabeza de la entidad demandada, desvirtuarla. Segundo, el perjuicio, en donde el demandante debe demostrar el tipo de daño sufrido, y por último quien reclama debe acreditar el nexo causal entre el primero y el segundo.

8.1.3. La responsabilidad por falla presunta y la fuerza mayor.

La administración, con el propósito de librar la responsabilidad que se le implica debe probar que su actuación a lo largo de la prestación del servicio en salud, se desplegó de acuerdo a los protocolos instituidos, y que durante la asistencia ese actuó con diligencia; aplicando el conocimiento y experiencia del galeno, para salvaguardar la salud del enfermo. En estas

situaciones, una causal de exoneración de responsabilidad, a la que podría abocar el demandado, es la presencia de una causa extraña.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que, en los casos donde se demuestra una ausencia de la falla, la administración se exonera de responsabilidad, porque se presenta la ruptura de la presunción de imputabilidad. Todo, aún “cuando el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto” (Consejo de Estado, 1992).

8.2. Falla en el Servicio en la Responsabilidad Médica Estatal

El acto médico se deriva de una relación entre el galeno y el paciente, a causa una necesidad voluntaria del segundo o una urgencia vital. La cual, debe ser atendida por parte del médico, independientemente de la existencia o no de un contrato.

Al respecto, Guzmán (1995) señala que la relación médico—paciente es el elemento primordial en la práctica médica, y para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico.

Es aquí, donde se establece que la relación entre el profesional de la salud—paciente, se fundamenta en la capacidad de que el primero orienta y sana a la persona que acude a él por alteraciones en su salud; todo esto, en torno a su preparación y a los síntomas que el paciente pueda presentar en el momento. De acuerdo con Guzmán (1995) existen cuatro características principales que distinguen el acto médico, las cuales son la profesionalidad, la ejecución típica, el objetivo y la licitud.

Entendiendo así, a la responsabilidad extracontractual como un efecto jurídico, en donde quien ha actuado de forma ilícita, tiene el deber de indemnizar a los terceros afectados por los

daños causados. Es decir que, se manifiesta como “el resultado del quebrantamiento de los deberes legales y/o de un deber jurídico sin causa justificable” (Guzmán, 1995).

Se podrían citar múltiples tratadistas debido a las estrechas diferencias con la definición de responsabilidad civil. Pero en general, es acertado indicar, que esta es entendida como una institución jurídica, por medio de la cual un sujeto denominado responsable, tiene la obligación de reparar a un tercero, el daño ocasionado.

El servicio médico en Colombia, es una de las actividades en las que el Estado es garante. Primero, porque por mandato constitucional y legal, es quien debe prestar y garantizar este servicio público por ser de carácter fundamental. Segundo, porque, por medio de la figura de la descentralización por colaboración de particulares, el Estado puede ser reemplazado en función por los mismos, sin dejar a un lado que en él radica, un deber u obligación de inspección, vigilancia y supervisión en la prestación del servicio de salud.

En este sentido, es fundamental comprender que la prestación del servicio en salud está en cabeza del Estado y todo daño que en dicha actividad se ocasione, la administración tiene el deber de responder patrimonialmente. Esto, conllevaría a definir la responsabilidad médica como el deber que tiene el profesional de la salud de reparar los perjuicios ocasionados, por los actos u omisiones ejecutados en el desarrollo de su labor.

Al respecto, Obando (2016) señala a la responsabilidad médica como una consecuencia negativa que se deriva de una prestación de servicios de salud mal ejecutada, lo que lleva a evidenciarse en el momento que el juzgador comprueba que los daños causados a las partes afectadas, son por causa de una acción u omisión estatal.

La Corte Suprema de Justicia (2008) indica que la responsabilidad médica depende de la demostración de la causalidad, entre el acto imputado al galeno que prestó el servicio y el daño sufrido por el paciente. De acuerdo con esto, la victima debe demostrar la relación causal, ya que,

sin la evidencia de estos hechos, al médico no se le hará responsable de la culpa o falta que le imputan.

Wilson Ruiz (2004) coincide con el planteamiento de Obando porque también afirma que, la responsabilidad del Estado por los servicios médicos se encuadra en el tipo de imputación de falla en el servicio.

8.3. Daño Especial

El daño especial se presenta, cuando el Estado actúa de manera legítima y en pro de un beneficio para la sociedad; y como consecuencia de esto, se impone una carga al administrado, que no tiene porqué soportar.

Para algunos doctrinantes, este tipo de daño es conocido como la responsabilidad sin falla. Pues como se indicó anteriormente, el perjuicio se presenta cuando la entidad pública ceñida a derecho, despliega una obra a favor de la comunidad, generando un perjuicio que lleva a que este adquiera una obligación sobre la indemnización del mismo.

Un ejemplo de daño especial, se expone en la Sentencia del 30 de enero de 1987 con ponencia del C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En donde, después de los análisis doctrinario y probatorio, se concluyen afectaciones especiales de un inmueble y, además, se sanciona la ruptura del principio de igualdad frente al equilibrio de las cargas públicas (Consejo de Estado, 1987).

Entendiendo así, al daño especial como: la afectación patrimonial y extra patrimonial al administrado, por parte del Estado, quien, actuando en derecho de favorecer a la comunidad con sus decisiones se afecta los intereses de una minoría.

8.4.Riesgo Excepcional

En este apartado, se exponen las características de otro tipo de imputación de daño, como lo es el riesgo excepcional. El Consejo de Estado (1989) explica esta teoría desde el compromiso de responsabilidad de la administración, cuando se expone a la comunidad a algún “riesgo de naturaleza excepcional”. Es decir que, se compromete el bienestar de las personas o sus patrimonios durante este procedimiento, y esto llega a causar daños en donde se exceden las cargas de los mismos.

Para que se estructure la responsabilidad Estatal por la teoría del riesgo excepcional, se requiere que ocurra una exposición al riesgo para los ciudadanos. Estos casos, generalmente se presentan en situaciones peligrosas, como lo pueden ser el manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego, entre otras.

Al respecto, el profesor Ricardo de Ángel Yaguez (1993), expresó que la responsabilidad objetiva o por riesgo, se instituye en una formula anormal y a la vez sorprendente, y argumenta que desde la perspectiva de la persona humana esta es injusta. Lo anterior, puede verse representado cuando el causante del daño responde por el perjuicio ocasionado, sin que tenga injerencia de culpa.

8.5.Responsabilidad Médica

8.5.1. Responsabilidad Médica de Medios.

Con lo que respecta a esta clase de responsabilidad, debe señalarse que, para el surgimiento de una relación médico—paciente, se requiere la mediación de un acuerdo de voluntades, para la ejecución de un servicio de salud.

Este tipo de responsabilidad, puede ser definida como aquella en la que el galeno, pone toda su diligencia y experiencia en la prestación del servicio médico, con el propósito de obtener un fin esperado, sin que, por ello esté comprometido a conseguir el mismo.

El autor Sergio Yepes (1992), con respecto a la responsabilidad medica de medios, señaló que el galeno tiene el deber de suministrar al paciente, todo su conocimiento y técnicas médicas adquiridas con la experiencia, para una adecuada prestación del servicio de salud (Yepes Restrepo, 1992).

Conforme a lo planteado por Yepes se encuentra coincidencia con el profesor Wilson Ruiz (2004), quien manifestó, que está es la forma como inicialmente se encuadró la debida prestación del servicio médico. Donde los mismos, en el desarrollo de su profesión, no se comprometían a curar al enfermo, o a que una operación resultara exitosa. Sino que procederían conforme a la consecución de tal fin, poniendo toda su diligencia y cuidado, para corregir el mismo. Pero esto no implicaba, que la prestación del servicio fuera la causa de un resultado determinado, sino del actuar diligente y prudentemente para conseguirlo (Ruiz Orjuela, 2004).

El tratadista Carlos Gherzi (1993), concuerda con lo hasta aquí planteado, pues en su concepto, el compromiso asumido por el médico con el enfermo es una obligación de medios, toda vez que el galeno no está obligado a sanar al paciente. Por el contrario, se compromete, a prestar los servicios de manera diligente, en aras de obtener el resultado esperado.

Al realizar un análisis de la doctrina foránea se encontraron que los criterios doctrinales aquí exhibidos, presentan bastantes coincidencias. El profesor argentino Campos (1993), señaló que la profesión médica presenta limitaciones y que, en el tratamiento hospitalario, siempre coexiste un riesgo, que se escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes. Y, por consiguiente, la obligación del médico de reparar el daño indilgado, estará supeditado a demostrar su falta de pericia para con el paciente.

Toda vez que el médico, no debe asegurar que lograra la preservación de la vida del paciente, ni la curación de la enfermedad que lo aqueja. Basta, que preste un servicio en salud de manera diligente y prudente, para buscar el fin deseado (Campos, 1993).

El Consejo de Estado en la sentencia del 18 de abril de 1994, con ponencia del Magistrado Julio Cesar Uribe, señala que la responsabilidad médica, debe ser catalogada como una responsabilidad de medios. Lo que obliga al galeno y a los centros de atención a garantizarle al enfermo, una prestación del servicio médico, bajo los criterios de prudencia, diligencia y experiencia que llevaran a este a asegurar el resultado esperado (Consejo de Estado, 1994).

8.5.2. Responsabilidad Médica de Resultado.

La obligación de resultado se puede definir como aquella prestación médica en la que el galeno se compromete con el paciente, a lograr y/o asegurar un fin determinado. Es allí que, de no cumplirse con lo prometido, se verá en la obligación de indemnizar.

Al respecto, el Dr. Jorge Paredes (2004) menciona que la responsabilidad de resultado tiene lugar, en los eventos donde el médico promete la obtención de un resultado, y de no cumplirse lo prometido o lo pactado; el paciente solo deberá demostrar el daño acaecido, el perjuicio y el incumplimiento de lo pactado, y no deberá demostrar la falla ni aportar la prueba, en su lugar la carga dinámica de la prueba se invierte y el médico, deberá demostrar que es inocente (Paredes Duque, 2004).

Para el médico tratante que prometió un resultado esperado, en el evento de enfrentarse a un incumplimiento frente a lo propuesto. La única forma que tendrá para demostrar su inocencia, será a través de la presencia de una fuerza mayor, un caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, lo que lo llevará a la exoneración de la responsabilidad impuesta.

En esta misma línea, concuerda el tratadista Tamayo Jaramillo (2007), quien ilustra que, “en la práctica lo que caracteriza a las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor no tiene forma de liberarse, y otras solo lo libera la prueba de una causa extraña”.

Por último, es necesario aclarar que, en la esfera de la ciencia médica existen varias especialidades, las cuales se rigen bajo la responsabilidad de resultado, entre ellas la medicina legal y forense, biólogos, los cirujanos plásticos, la obstetricia. Además de especialidades como la “anatomía patológica, la microbiología y la parasitología” (Yepes Restrepo, 1992).

8.5.3. Régimen Probatorio.

Por regla general, el demandante tiene la carga de probar lo que afirma en su súplica, con el propósito de que el juez, emita una decisión favorable a sus pretensiones. Esto, acorde a lo contemplado en el Artículo 167 del Código General del Proceso, el cual señala que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Con el único fin de que, la parte que argumente un determinado hecho, lo pruebe en debida forma.

Es así, que el principio de la carga de la prueba fue diseñado para que tanto el accionante que afirma, deba probar la causa para pedir, y cuando la persona es demandada, esta deba probar los hechos de sus excepciones. Esto, con el fin de aportar al proceso, las herramientas base de la decisión judicial que el togado requiera, para impartir justicia. Lo anterior, conforme al Artículo 164 del Código General del Proceso (2012), “(...) Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (...)”.

Al respecto, el profesor Iván Santos (2016) manifiesta que, la carga de la prueba es un elemento procesal, que aporta al juzgador, la base de su decisión. Sin embargo, en los casos cuando

no encuentra dentro de la Litis, pruebas que le brinden certeza, a los fundamentos de su decisión, deberá establecer cuál de las partes, tiene mejor forma de probar, para zanjar el problema planteado.

Es decir, que la carga de la prueba instituye una obligación, tanto para el demandante como para el demandado, de trasladar al convencimiento del juez la verdad de lo afirmado por las partes. Dicha verdad, tiene como fin, extirpar cualquier duda que pueda surgir, dentro de la valoración probatoria que el juez debe hacer para dar fin al proceso.

Para Parra Quijano (2004), señala que “la carga de probar consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes que se enfrentan”, sobre la responsabilidad que tienen, para que los hechos que fundan en sus escritos demandatorios y de excepciones, aparezcan demostrados.

8.5.4. Carga de la Prueba.

En la responsabilidad médica la prueba se encuentra fundada en la hipótesis, de que el demandante, presenta dificultad para probar el daño, debido a su conocimiento limitado frente a las prácticas desplegadas en la medicina.

Azula Camacho (2008) establece que, aunque la carga de la prueba este en cabeza en una de las partes, en muchos momentos, está no se encuentra en la capacidad de allegarla al proceso, por la dificultad que ello representa, por lo que se traslada a su contraparte. Un ejemplo de este tipo de casos de responsabilidad, se materializa en las intervenciones quirúrgicas, en donde el enfermo confía en la capacidad y experiencia del médico, y por esto, le es complicado establecer el error en que este incurrió.

Es necesario precisar, que no todos los casos de responsabilidad médica, deben estar sometidos al empleo de la teoría de la carga de la prueba. Toda vez que su aplicación, es de carácter excepcional y se presenta en los eventos de dificultad probatoria que, tiene el demandante de demostrar el daño.

Al respecto, Luis Serrano Escobar (2012), señala que dicha teoría es aplicable en los eventos donde la parte actora, no puede probar un hecho, cediendo esta carga a quien tiene por su conocimiento técnico, mejores condiciones para aportar las pruebas. Adicionalmente, se resalta que su uso es solo aplicable en eventos excepcionales.

El Consejo de Estado, ha señalado que el sistema de imputación aplicable en temas médicos, es la falla probada del servicio. En este sentido, el sistema probatorio correlativamente corresponde a un sistema de culpa probada, debiendo acreditarse en el proceso, todos los elementos que configuran la responsabilidad médica (Consejo de Estado, 2006).

Posterior a dicho pronunciamiento, el alto tribunal manifestó que, la prueba de la falla en el servicio médico, estará a cargo del demandante. A menos que para él, resulte difícil demostrar el hecho ocasionado, en estos casos, la carga será invertida (Consejo de Estado, 2011).

8.5.5. La Pérdida de la Oportunidad.

El origen doctrinal de la pérdida de la oportunidad, se establece en el derecho francés “*Pérdida de la chance*” y en el derecho anglosajón “*Loss of a chance of recovery*”. Resaltando que su aplicación, se remonta a entender que la actuación imprudente y/o negligente del galeno, no origina la enfermedad, sino que, por el contrario, solo limita la oportunidad de curación o prolongación de vida del paciente, en este sentido, el daño se constituye a partir de la oportunidad perdida.

Al respecto, debe precisarse que, para el derecho de daños. La teoría de la pérdida de oportunidad, ha significado un cambio sustancial, de las teorías habituales de la causalidad, de la imputación del daño, y los esquemas estructurados para probar el nexo causal entre el daño acaecido, y la actuación de la administración.

Varios autores, plantean que no es posible señalar que la pérdida de oportunidad deba ser entendida como un daño autónomo. Además, sostienen que esta teoría fue creada para resolver la incertidumbre causal, en aquellos casos en los que no se puede establecer, qué o quién fue el causante del daño. Convirtiéndose así, en un mecanismo para facilitar la carga probatoria, en materia de relación de causalidad (Consejo de Estado, 2017).

En esa misma línea, el investigador Álvaro Luna (2005) plantea que, “la pérdida de chance es un instrumento que facilita los procesos de responsabilidad médica”. En aquellos casos, donde no es posible acreditar la relación causal, entre la imprudencia del médico y el daño adquirido por el paciente.

Los juristas, que consideran acertada esta postura, afirman que la doctrina de la pérdida de oportunidad, fue una creación jurisprudencial de los años sesenta. Que nació, de la voluntad de indemnizar ciertos eventos, en los que la prueba del nexo causal era insuficiente o incompleta (Paley Vicent, 2002).

Así mismo, Gil Botero (2006) considera que, la pérdida de chance no debe ser examinada desde la óptica del daño toda vez que no constituye un perjuicio autónomo y, por el contrario, es un elemento que permite aligerar el nexo de causalidad.

De acuerdo con esto, se establece que, para una parte de la Doctrina, la teoría de la pérdida de oportunidad, debe ser aplicada en los eventos donde el nexo causal no es claro. Convirtiéndose así, en un elemento para esclarecer la acción del agente y el daño que se le indilga, permitiendo que la indemnización opere sin complicaciones.

Por otra parte, Luis Felipe Giraldo (2018) considera que, no es coherente la posición doctrinal que se ilustra, toda vez que, al realizar un análisis de esta postura, concluye que la condena que se persigue se debe realizar por un daño diferente al pretendido. Es decir, en aquel caso donde se sustenta la figura, la condena no se da por la muerte o lesión que finalmente se presentó, sino

por una pérdida de la oportunidad de sobrevivir o de no curación en proporción al porcentaje de valoración de estándar de prueba que se hubiese demostrado.

Esto demuestra, evidentemente, que no puede utilizarse esta figura como una nueva forma de acreditación del nexo causal, sino más bien como un daño diferente o un daño autónomo, y por ello debe ser estudiado como tal, sin que sea mezclado con el tema de la causalidad.

En la legislación colombiana, existe una obligación de probar tanto la existencia del daño, como la existencia del nexo de causalidad. Esto de acuerdo con el Artículo 90 de la Constitución Política, que contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Es desde aquí, que surge la necesidad de demostrar la imputación del daño, que ha sido ocasionado por la autoridad pública, con el propósito de endilgarle responsabilidad al Estado.

Ahora bien, dicha imputación debe estar acompañada de la prueba del nexo de causalidad, pues de ninguna otra manera podrá lograrse acreditar que fue la acción o la omisión Estatal, la que generó dicho daño (Giraldo Gómez, 2018).

Por otra parte, siendo aplicable a la responsabilidad del Estado las normas del Código Civil, debe mencionarse que este Código en su Artículo 1616, consagra la regla de la extensión del resarcimiento, esto precisa los perjuicios que deberá sufragar el deudor incumplido. Dónde se establece una regla lógica que apunta a la necesidad de demostrar la existencia del nexo causal, toda vez que la exigencia de probar que los perjuicios sufridos, son consecuencia directa de la conducta desplegada por el deudor. Lo que permite deducir que, existe una obligación legal de establecer la relación de causalidad.

Adicionalmente, en el Artículo 2341 de la misma codificación, se consagra con mayor claridad la obligación de demostrar la existencia del nexo de causalidad. Cuando al referirse a la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, se alude, a la necesidad de probar que el daño irrogado, es consecuencia de la conducta asumida por su autor.

En la misma línea el Artículo 2344 del Código Civil, el cual regula la responsabilidad solidaria de los deudores; requiere también, la prueba del nexo de causalidad, al exponer que cada uno de los que participaron en la generación del daño será responsable de los perjuicios causados.

Lo expresado hasta este momento, fue abordado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2002. En donde se expuso que tanto el Artículo 1616 y el 2341 del Código Civil, son los que dan la pauta, para instruir la necesidad del nexo de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Esto cuando, al presentarse un acto doloso o culposo, hace responsable a su autor, en los términos del daño causado a otro (Corte Suprema de Justicia, 2002).

Por lo anterior, queda claro que existe una obligación expresa a cargo del accionante de probar el nexo de causalidad, para que se pueda comprometer la responsabilidad Estatal. Ya que no es otro el entendimiento que debe darse a la norma, cuando señala, que el Estado solo responderá por los daños antijurídicos ocasionados por acción u omisión, siendo esto una clara evidencia del deber de probar el nexo causal.

En este sentido, Giraldo Gómez (2018) menciona que, en el ordenamiento nacional colombiano, existe una obligación constitucional y legal de probar, en todos y cada uno de los procesos de responsabilidad, la existencia del nexo causal. Teniendo en consideración que, en aquellos casos donde se avizore la dificultad de probar dicho elemento, no debe haber excusa para considerar, que el demandante puede verse revelado de la carga de acreditarlo en el proceso y, por consiguiente, que pueda ser favorecido, con la aplicación de un régimen de presunción de causalidad, que a plena vista es improcedente.

En este punto, cabe mencionar que la jurisprudencia ha introducido mecanismos, para aligerar en algunos casos la carga de la prueba. No obstante, esto no significa que, se esté relevando a quien reclama la declaración de la responsabilidad, el deber de acreditar el nexo causal (Consejo de Estado, 2001). Es decir, no existe argumento que permita al demandante liberarse de la carga

de probar el nexo de causalidad, y mucho menos pretender que, bajo el supuesto de haberse presentado un evento de pérdida de la oportunidad, ha quedado liberado de tal obligación (Consejo de Estado, 2017).

Para el Jurista Javier Tamayo Jaramillo (2007), es claro que para discutir sobre la pérdida de una oportunidad deben concurrir tres condiciones. La primera, es que se tenga certeza de la existencia de la pérdida de la oportunidad. La segunda, que dicha pérdida del *chance*, sea por sí sola, un daño concreto para el afectado. Y, por último, que no exista certeza, sobre la cuantía del daño.

Al respecto, el Consejo de Estado establece que esta teoría se estructura cuando se determina que la expectativa del paciente de recuperarse es cierta, que la víctima estuvo en una situación apta para lograr su curación, pero que, por razones ajenas a su voluntad, no lo logra (Consejo de Estado, 2012). Conforme a esta postura, se puede decir que la oportunidad de curación que debe tener el paciente, es posible y palpable. Esto significa que pueda inferirse, que existía una probabilidad, para el mejoramiento de su condición.

En cuanto a la configuración de la pérdida de oportunidad en materia médica, el Consejo de Estado (2012) establece que, debe presentarse una anormalidad en la debida prestación del servicio, ocasionando la disminución de la probabilidad de que el paciente, obtenga el resultado esperado, por consiguiente, dicha figura, se traduce en un perjuicio autónomo.

El tratadista François Chabas (2000) sostiene que no debe indemnizarse el daño final, porque ciertamente el Juez se encontrará en grados de incertidumbre. Sino que, ha de indemnizarse la oportunidad perdida, que, en términos causales y jurídicos, es lo realmente se les cercenó a los pacientes en este tipo de casos.

La anterior postura, la comparte también el profesor Luis Felipe Giraldo (2018), quien afirma que, en aquellos eventos, donde un paciente acude ante un profesional de la salud en busca

de mejorar, la enfermedad que lo aqueja, se encuentra con una atención tardía a su padecimiento. El daño que él adquiere en este proceso, estará supeditado al hecho de haber perdido esa oportunidad de mejora.

Con esto, queda claro que la pérdida de chance se encuentra catalogada como un daño autónomo. Además, así lo ha sostenido el Consejo de Estado, quien recientemente manifestó que esta teoría debe ser estudiada desde el concepto de daño autónomo, y no puede ser aplicada como un criterio, para esclarecer un evento de incertidumbre causal.

Para finalizar, se resalta que esta figura debe utilizarse para tasar el perjuicio por la oportunidad que se le frustró al demandante, al no obtener el resultado esperado. Pensar lo contrario, sería ir en contravía, de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad (Consejo de Estado, 2017).

9. CAPÍTULO IV. LA CLASIFICACIÓN O TAXONOMÍA DE LOS PERJUICIOS

Para comenzar, se puede señalar que, al acreditarse el daño y sus demás elementos, la reparación a la víctima tendrá que ser proporcional a dicho perjuicio. Es decir, se hace obligatorio cumplir con la obligación de responder por el menoscabo causado por el Estado a la víctima del daño: el paciente y sus causahabientes.

Adicionalmente, el concepto de responsabilidad civil extracontractual se resume en la siguiente afirmación: el que daña estará en la obligación o responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la víctima. Además, la reparación debe ser integral, suficiente y oportuna.

9.1. Perjuicios patrimoniales

El daño patrimonial, contempla una pérdida económica en la víctima que padeció el daño, clasificándose este en el daño emergente y lucro cesante. Es así, como este perjuicio recae sobre aquellos bienes materiales, que hacen parte de la persona natural.

Acerca de este tema, la autora María Isaza (2015) señala que “el perjuicio patrimonial está representado por las secuelas o efectos del daño en la esfera económica del demandante, la medida de esas consecuencias en su patrimonio establece el valor del derecho a ser indemnizado por concepto del perjuicio patrimonial”.

Así mismo, lo entienden López Mesa y Trigo Represas (2006) quienes indican que el daño patrimonial, es todo aquel que sufre el lesionado en su círculo patrimonial. Entendido este, como el cumulo de bienes netamente económicos.

Lo antes expuesto, se fundamenta en lo definido por Louis Josserand (1950) con respecto al patrimonio, quien señala que el patrimonio es un conjunto de los valores económicos que forman

parte del haber activo y pasivo. Además, Felipe Navia (1978) argumenta que un bien será patrimonial, cuando este contemple una connotación económica, es decir que pueda ser cambiado fácilmente por dinero.

9.1.1. Daño emergente.

El daño emergente se encuentra definido por el Artículo 1614² del Código Civil, el cual da cuenta de un detrimento y/o menoscabo que sufre una persona en sus bienes. Ahora bien, la doctrina señala que, se presenta el daño emergente, en el momento en el que un bien económico, salió o saldrá del patrimonio del reclamante con relación al daño padecido (Tamayo Jaramillo, 2007).

Por consiguiente, El daño emergente supone una pérdida consecuente de la necesidad de la víctima, al tener que efectuar un desembolso, para obtener la recuperación de aquello que ha perdido. Por ello, el daño emergente, sobrelleva la necesidad de obtener algún bien económico del patrimonio de la víctima, para obtener la reparación del daño padecido (Consejo de Estado, 2006).

Como ejemplo de un daño emergente, se encuentra al paciente que debe comprar una silla de ruedas y contratar terapias para obtener su recuperación; o la persona que debe adquirir unos repuestos o cancelar la obra de mano de un experto, para lograr la reparación de un bien.

Dicho esto, es necesario indicar que el daño emergente puede ser consolidado y futuro. El primero de ellos, se presenta usualmente cuando la víctima en *pro* de mejorar su estado de salud, debe invertir parte de su patrimonio, obteniendo con ello un detrimento. En estos casos, es

² La norma civil indica lo siguiente en relación con el daño emergente y el lucro cesante: “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” Código Civil Colombiano (Art. 1604). (República de Colombia, 1887).

responsabilidad del juez estimar y reconocer el valor de retribución al demandante, conforme a las pruebas que este aporte (Mancipe González, 2005).

Contrario sensu, el daño emergente futuro hace alusión a un perjuicio, que posteriormente padecerá la víctima y que en efecto es pretendido, por quien radica la demanda; con ocasión al momento de liquidar los perjuicios patrimoniales, causados al reclamante (Mancipe González, 2005).

María Isaza (2015) comprende que, el daño futuro puede ser una única suma dineraria, entregada al perjudicado por concepto de indemnización anticipada o en su lugar, varias sumas de dinero mensuales. Como es el caso del pago de una pensión de invalidez y/o el pago de los gastos de enfermería, que la víctima requiere para su recuperación. Por otro lado, la indemnización por concepto de daño consolidado, puede entenderse como la devolución de los gastos realizados.

A su vez, el Consejo de Estado, ha establecido fórmulas matemáticas, que permiten realizar el cálculo del daño emergente futuro que debe ser otorgado a la víctima y/o al demandante (Mendoza Cury, 2012).

9.1.2. Lucro Cesante.

El lucro cesante hace alusión en forma única a la detención de ingresos económicos, ganancia y/o utilidades que la víctima como consecuencia del daño adquirido dejará de recibir. Así lo concibe Saavedra Becerra (2003), quien establece que el lucro cesante se presenta cuando un bien económico que debía ser parte del universo patrimonial del demandante, no ingresa en el curso normal de los acontecimientos a causa de un perjuicio.

En efecto, el mencionado Artículo 1614 del Código Civil (1887) instruye que el lucro cesante es “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

De esta manera, se comprende el lucro cesante como la pérdida de ingresos económicos futuros o réditos que perderá o no percibirá la víctima a causa de un daño. Es posible que, estos puedan cuantificarse, desde el momento cierto en que el demandante los estaba percibiendo, o desde el momento en que su vida productiva, le permitiría percibirlos.

Se considera oportuno, realizar la diferencia en lo que respecta al lucro cesante, cuando el daño recae sobre la integridad de una persona, o cuando recae en un bien físico de la víctima. Un ejemplo del primer evento, es cuando por consecuencia del daño una persona se ve obligada a interrumpir su actividad lucrativa, y como consecuencia deja de percibir una ganancia. En el segundo evento, el daño recae en un bien material, que imposibilita que el mismo genere la ganancia que normalmente producía.

En el escenario, en el que la víctima no perezca, pero su capacidad para continuar percibiendo ingresos se ve perjudicada, no tendrá mayor cambio. Ya que, en los dos casos hipotéticos, el perjuicio generaría el detrimento en la capacidad productiva del demandante: frustrándolo de seguir percibiendo lo que recibiría en el evento donde el daño no hubiera acontecido.

En otras palabras, cuando la pretensión se basa por un daño físico en una persona, se deben analizar factores como: el dinero que devengaba, los tiempos, si sus ingresos eran fijos o variables, entre otros. Contrario a ello, ocurre con los daños que recaen sobre los bienes de la víctima, pues la jurisprudencia ha sostenido que, el responsable del daño debe cancelar el valor del bien y hasta el momento que se reponga la cosa, se deja de indemnizar por lucro cesante (Henaó, 1998).

Respecto de la prueba del lucro cesante, debe resaltarse que este es un elemento esencial para determinar si la indemnización que reclama el demandante es justa o no. Esto, porque existen eventos donde el perjuicio a resarcir presenta variaciones, que son determinados de acuerdo a la actividad productiva de la persona (Henaó, 1998).

En el ámbito probatorio el demandante tiene el deber de demostrar que los bienes económicos que reclama en la demanda, son o serán reales. Su obligación, reside en transmitir esa realidad al juzgador, por cuanto no puede basarse en supuestos que no están probados.

Al respecto, el doctrinante Wilson Ruiz (2013) señala que el lucro cesante no puede estar basado en posibilidades, por el contrario, debe estar fundada en la utilidad real y esperada en razón de una actividad lucrativa.

En el mismo sentido, López y Trigo (2006) señalan que los rubros solicitados bajo la figura del lucro cesante, deben ser demostrados a través de prueba directa, por medio de la cual, se demuestre el impedimento de efectuar una actividad económica determinada, o la respectiva mengua en dicha labor rentable.

Adicional a esto la experta María Isaza (2013) menciona que para determinar la indemnización que debe otorgarse, por concepto del lucro cesante al reclamante, se debe tener en cuenta el principio de razonabilidad; para que, de esta manera se eviten pretensiones desbordadas, producto de contemplaciones remotas de ingresos irreales.

9.2.Perjuicios extra patrimoniales

Los perjuicios extra patrimoniales, son por definición aquellos que no son medibles. Estos se caracterizan por no tener una naturaleza económica y están relacionados con los sentimientos, los derechos personalísimos y las emociones de la víctima.

Al respecto Javier Tamayo (2007), coincide con este planteamiento, al señalar que estamos frente a un perjuicio extra patrimonial, cuando se trasgrede el buen nombre, la tranquilidad, la honra, la buena imagen, entre otros. De la misma forma, Navia (1978) sitúa como “ejemplo los derechos personalísimos, los valores o sentimientos, la reputación o el desprestigio profesional”.

Con relación a este daño, es importante resaltar que el factor probatorio, indiscutiblemente juega un papel esencial en el reconocimiento, por parte del togado. Por lo tanto, el demandante deberá acreditar toda afirmación, que relaciona en su petición, con el propósito de lograr las indemnizaciones de conformidad a los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado.

En este punto, es pertinente acudir a la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 28 de agosto del 2014, del Consejo de Estado, en el cual, a partir de la recopilación de las sentencias judiciales de esta corporación, se establecieron los criterios de unificación para la reparación de los perjuicios extra patrimoniales.

A partir de dicha sentencia, la Sección Tercera estableció tres tipos de perjuicios inmateriales: i) el perjuicio moral, ii) el daño a la salud y (iii) los daños a bienes constitucionales y convencionales (Consejo de Estado, 2014).

9.2.1. El daño moral.

Al respecto, debe referirse que el daño moral fue el primer daño extra patrimonial que se reconoció jurisprudencialmente en Colombia. Este reconocimiento estuvo a cargo de la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando en sede de casación conoció de la demanda presentada por el señor León Villaveces, en contra del Municipio de Bogotá, por haber desocupado y utilizado la bóveda donde se encontraba su esposa, y por haber depositado sus restos en una fosa común (Corte Suprema de Justicia, 1922).

En el fallo Villaveces del 21 de julio de 1922, se estableció el principio de la existencia y consistencia, constituyendo la base que define un perjuicio diferente al patrimonial. Por tanto, la afectación de los sentimientos y la honra de un individuo, genera una indemnización a su favor (Hinestrosa, 1983).

Con base en esto, la doctrina ha estudiado con detenimiento el daño moral, y lo define como “el dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus familiares cercanos” (Ruiz Orjuela, 2013). Adicionalmente, y como lo indica el autor Enrique Gil (2006), el daño moral se puede identificar como una lesión de las emociones, los sentimientos y el deterioro de la integridad afectiva o espiritual.

Por estas razones, cuando se presenta el daño moral como consecuencia del fallecimiento y/o lesiones de una persona, el alto tribunal administrativo estableció parámetros que permiten establecer el quantum indemnizatorio a favor de los reclamantes. De igual forma, se establecieron reglas de excepción para aquellos casos donde se ocasionan daños morales como consecuencia “de graves violaciones a los derechos humanos, por los cuales se podrá condenar al causante del daño a indemnizar por una suma mayor” (Consejo de Estado, 2014).

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado estableció que en los eventos de muerte, existen cinco niveles de cercanía para las víctimas directas e indirectas que se describen en la siguiente tabla.

Tabla 1. Niveles de Relación del daño moral en caso de muerte

Reparación del Daño Moral en Caso de Muerte — Regla General					
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Relaciones afectivas	Relación afectiva del 2°	Relación afectiva del 3° de	Relación afectiva del 4°	Relaciones afectivas no

	conyugales y paterno filiales	de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	consanguinidad o civil	de consanguinidad o civil	familiares — terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Fuente: (Consejo de Estado, 2014).

De acuerdo con la tabla No. 1, para que el Juez otorgue la indemnización solicitada, es necesario allegar con la demanda las pruebas que permitan comprobar la relación afectiva entre los demandantes y la víctima (Consejo de Estado, 2014).

Con relación a la reparación del perjuicio moral en los eventos de lesiones, el Consejo de Estado fijó que para su reconocimiento es necesario valorar la gravedad de la lesión de la víctima, constituyendo cinco rangos (Ver tabla No. 2).

Tabla 2. Niveles de Reparación del Daño Moral en Caso de Lesiones

Reparación del Daño Moral en Caso de Lesiones					
Gravedad de la lesión	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
		Victima directa y relaciones afectivas y conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2do de consanguinidad o civil (Abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,3

Fuente: (Consejo de Estado, 2014).

Ahora bien, en los casos donde se presente graves violaciones a los Derechos Humanos el juzgador tiene la potestad de otorgar una indemnización superior a las indicadas. En dichos eventos se deberá probar la gravedad del daño moral, que de ser otorgada la indemnización deberá ser proporcional al daño (Consejo de Estado, 2014).

9.2.2. El daño a la salud.

En un primer momento, el daño a la salud fue apreciado como daño fisiológico, luego se denominó daño a la vida de relación, posteriormente daño a la alteración de las condiciones de existencia. Y, finalmente, después de varios debates y variación en la jurisprudencia, se acogió la denominación de daño a la salud.

El daño a la salud fue denominado por el Jurista Enrique Gil Botero (2011), como “la afectación de la integridad psicofísica de la víctima”. Y, este, se enfoca en cobijar “no sólo la modificación de la unidad corporal, sino los resultados que los mismos generan, razón por la que, sería compatible con otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros” (Consejo De Estado, 2011).

En el mismo sentido, lo sustenta el doctrinante Paolo Rozo (2002), cuando señala que estamos frente al daño a la salud, cuando la víctima obtiene una lesión en “los valores de la integridad física y síquica”. Es decir que adquiere daño biológico, en sentido estético, debiendo ser reparado conforme a la gravedad de su lesión.

A causa de esto, y conforme a los criterios de unificación del Consejo de Estado, la indemnización que pretende el demandante, deberá ser probada ante el Juez de Conocimiento, la cual será exclusivamente para la víctima directa; en una suma que no excederá en un primer momento de 100 S.M.L.M.V, acorde con la gravedad de la lesión, como se observa en la siguiente tabla.

Tabla 3. Reparación del Daño a la Salud

Reparación del Daño a la Salud — Regla General	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Fuente: (Consejo de Estado, 2014).

Para la asignación del quantum indemnizatorio, relacionado en la tabla anterior, el togado deberá considerar la gravedad de la enfermedad y/o accidente, que padeció el demandante. Junto con la afectación a su entorno social y cultural que podrán agravar las condiciones de la víctima.

Ahora bien, en casos excepcionales, le está permitido al Juez y/o Magistrado una vez se realice la valoración probatoria, otorgar a la víctima a título de indemnización un monto hasta por 400 S.M.L.M.V. en tal caso, dicha decisión deberá ser motivada y ajustada conforme a la trascendencia del daño (Consejo de Estado, 2014).

9.2.3. El daño a los bienes y derechos constitucional y convencionalmente amparado.

Sobre esta clase de daño, el Consejo de Estado (2014) ha manifestado que, la infracción a los bienes constitucionales y convencionalmente amparados, abarca diferentes perjuicios generados al reclamante. Sin dejar a un lado, que uno de sus fines es resarcir integralmente al afectado, conforme a la gravedad de las lesiones.

El Consejo de Estado a través de sentencia de unificación jurisprudencial, ha sentado que esta clase de reparación es viable siempre y cuando se acredite dentro del proceso, y sea sustentada su viabilidad. Así el juez, podrá compensar el daño por medio de acciones no pecuniarias.

Para los casos excepcionales, cuando estas medidas no satisfagan la gravedad del daño. Se otorgará a la víctima, un valor de indemnización único, el cual no podrá exceder de 100 SMLMV (Consejo de Estado, 2014).

El Magistrado Jaime Orlando Santofimio, a través de la sentencia del 28 de agosto del 2014 estableció, que los jueces al momento de proferir sentencia, deben aplicar a sus decisiones, un control de convencionalidad entre las normas aplicables en el caso y la Convención Americana de Derechos Humanos. Todo, con el fin de garantizar una reparación integral a quienes han sufrido un daño grave e irreversible (Consejo de Estado, 2014).

9.3. Tensiones por la Sentencia de Unificación Jurisprudencial

Al respecto, es pertinente plasmar las tensiones que se suscitan por la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado de 2014. Por medio de la cual, se establecieron los quantums indemnizatorios por los daños que el Estado, debe resarcir a los administrados.

Teniendo claro que el perjuicio de la pérdida de oportunidad, debe ser indemnizado de manera independiente a los demás perjuicios. Lo cierto es que el Consejo de Estado, omitió incluir en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial, las reglas indemnizatorias de este perjuicio.

Al respecto, debe recordarse que la indemnización, que el juez debe otorgar como resarcimiento al daño por la pérdida de chance, se basa en el análisis que el operador judicial despliegue a la pérdida de dichas posibilidades. Ya que, son estas las que determinan el valor a indemnizar.

Es pertinente resaltar que, con anterioridad a la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado había establecido por medio de varios fallos, la autonomía del perjuicio de la pérdida de oportunidad y la regla para otorgar su indemnización.

Motivo por el que no se llega a comprender, por qué no se incluyó el perjuicio de la pérdida de la oportunidad en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial. Dado que, para ese instante, ya se contaba con todos los parámetros necesarios para integrar dicho perjuicio.

Dicha omisión puede generar una inseguridad jurídica, pues el propósito de unificar los criterios jurisprudenciales, era el de establecer los montos indemnizatorios que los jueces administrativos, deben otorgar a las víctimas. Y al no incluirse el perjuicio extra patrimonial de la pérdida de la oportunidad, su reconocimiento se dejó al arbitrio del juez. Todo, desatendiendo que este perjuicio, con anterioridad a dicha decisión, ya había sido establecido cómo autónomo e independiente a los demás perjuicios.

Finalmente, es necesario señalar, que la postura del Consejo de Estado, permite que la judicatura pase por alto, el reconocimiento del perjuicio autónomo de la pérdida de oportunidad. Además, dicha teoría es desconocida por parte de algunos jueces, desencadenando que, al demandante, no se le indemnice integralmente y que se continúe aplicando de manera errada como un instrumento para esclarecer el nexo causal.

10. CAPÍTULO V. PROPUESTA SOBRE EL PERJUICIO DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO PERJUICIO AUTÓNOMO

Por un lado, el reconocido abogado francés Jean Carbonnier (1959), entiende la responsabilidad civil extracontractual, como la obligación de reparar un perjuicio a otro. En este caso, al paciente que ha sido víctima de un evento adverso en salud.

Por otro lado, Tamayo Jaramillo (2007) define la responsabilidad civil, como el resultado o consecuencia jurídica que genera la obligación de reparar. Es decir, que quien se ha comportado en forma ilícita, está obligado a indemnizar, los perjuicios causados a la víctima directa o a terceros.

Autores, como los hermanos Mazeaud y Tunc (1977) manifiestan que todo problema de responsabilidad civil o del Estado, presupone un daño antijurídico a la víctima, quien demanda el pago de una reparación. En efecto, para que exista una responsabilidad jurídica, se requiere una acción u omisión generadora de un daño, y la afectación de los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales.

Teniendo en cuenta lo indicado por los citados autores se exige la presencia de un daño cierto y personal, para que exista la obligación de indemnizar integralmente a la víctima. Esta obligación, está a cargo del agente generador del daño, constituyéndose en el mayor elemento, dentro de la responsabilidad estatal.

De acuerdo a lo planteado en esta investigación, los perjuicios extrapatrimoniales, no comprenden solamente el daño moral o el perjuicio a la salud, sino también el perjuicio autónomo de pérdida de la oportunidad.

Parte de la doctrina, considera que la teoría de la pérdida de la oportunidad debe analizarse desde la perspectiva del daño. El daño, al contener características propias, se indemniza

independientemente de los perjuicios a los que tenga derecho la víctima. No sin antes entender que en los eventos de pérdida de oportunidad, lo que se repara no es el daño final, por el contrario, lo que se resarce son las posibilidades que tenía el demandante de sobrevivir o de recuperar su salud.

Chabas (1991) considera que la pérdida de oportunidad es una teoría de daño especial. La cual trae intrínseco tres características, que son: la conducta culposa del agente, la pérdida de la oportunidad anhelada y la ausencia de la causalidad entre ellas. Para este jurista, el daño se encuentra consolidado, con la frustración de las posibilidades que tenía el paciente de recuperarse.

Del mismo modo, el profesor Trigo (2008) señala, que la pérdida de oportunidad debe ser entendida como un daño cierto en calidad de probabilidad. Por lo tanto, debe ser resarcido de manera independiente, a los demás perjuicios que se causen.

Este autor, resalta la independencia del daño originado por la pérdida de oportunidad, como daño incomparable al resultado obtenido. Ya sea por el fallecimiento del paciente, o la gravedad en su estado de salud, siendo necesaria la prueba del nexo causal entre el daño y la culpa (Trigo, 2008).

En la misma línea, el Jurista Luis Felipe Giraldo (2018) argumenta que la pérdida de oportunidad instituye un daño autónomo, de acuerdo con las particularidades exclusivas que la definen. Ya que, en los casos de responsabilidad médica, este daño debe ser entendido, como la frustración al derecho de recibir un dictamen correcto y una atención médica oportuna. Lo anterior, porque el perjuicio que se reclame, quedará constituido por aquella oportunidad frustrada de recuperarse, de sobrevivir y no morir.

El Consejo de Estado en diversas oportunidades y a través de sus decisiones judiciales, ha determinado que la pérdida de chance debe ser comprendida como un daño autónomo, reparable y con características propias.

Es así que, con base en la Sentencia del 11 de agosto del año 2010, se fijó el concepto de la pérdida de oportunidad como una categoría de daño. Así, lo perdido o frustrado, constituye la oportunidad que tenía el paciente de obtener el beneficio esperado. Como consecuencia de dicha afectación, le es atribuible al causante del daño, reparar a la víctima, conforme a los límites del *chance* perdido, con independencia de los perjuicios que sean causados (Consejo de Estado, 2010).

Dos años más tarde, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, manifestó que la pérdida de *chance* se localiza en la esfera del daño. Lo que se deriva, en un perjuicio autónomo e indemnizable de manera disímil al menoscabo final. Resaltando, que no existe incompatibilidad, entre la indemnización de los perjuicios causados por el daño autónomo y los perjuicios morales, a los que tienen derecho los reclamantes (Consejo de Estado, 2012).

Adicionalmente, el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de marzo del 2013, señala que la indemnización que se otorgue, con ocasión al padecimiento del daño autónomo por pérdida de oportunidad, deberá contar con un sustento jurídico y probatorio. Dicha indemnización, deberá ser reconocida como rubro independiente de los demás que se encuentren acreditados (Consejo de Estado, 2013).

Ahora bien, el perjuicio de la pérdida de la oportunidad está catalogado por la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, como un perjuicio autónomo. Por consiguiente, se propone que su tasación debe estar limitada al porcentaje de las posibilidades, que tenía el paciente de haber obtenido un beneficio o una ganancia, o bien, la posibilidad de haber evitado el incidente desfavorable. Por esta razón, cuando las oportunidades de evitar ese daño parezcan reales y serias, el juzgador deberá asignar una indemnización por el perjuicio que representa dicha pérdida.

Por lo anterior, la condena que deberá proferirse en contra del demandado, no estará supeditada por el resultado de la situación final. Por el contrario, este resarcimiento se efectuará,

de acuerdo a la mayor o menor probabilidad con la que contaba el paciente, de evitar el daño sufrido.

De la misma forma, si el daño imputado es la pérdida de la chance, ya sea de sobrevivir o de curarse, el togado deberá realizar una evaluación de las oportunidades, con las que hubiera contado el reclamante de no haber padecido ese resultado final. Pues serán dichas oportunidades las que, en ultimas, determinen el valor de la indemnización (Giraldo Gómez, 2018).

En efecto, para cuantificar la liquidación por el perjuicio de la pérdida de la oportunidad, será el Juez quien deberá realizar el cálculo de las oportunidades, que tenía el demandante de no sufrir el daño. De esta forma, la indemnización estará fijada, de acuerdo a las posibilidades perdidas (Giraldo Gómez, 2018). Con ello, se garantizará que la víctima obtenga una reparación integral y acorde con la realidad de su proceso.

En los casos, donde el juez desconozca, la autonomía del perjuicio de la pérdida de la oportunidad, podría llegar a presentarse que los demandantes, no obtengan una indemnización completa. Perjudicando así, a aquellas victimas que fueron cercenadas, de las posibilidades que tenían de obtener un mejor resultado.

Por estas razones, se insiste en que el accionante antes de acudir a la jurisdicción con el fin de reclamar la indemnización de unos perjuicios, debe tener en cuenta, que no podrá confundir el perjuicio de la pérdida de la oportunidad, con los demás perjuicios a los que tenga derecho. Así como tampoco, se podrá privar al demandante de dicha indemnización, con el argumento de que se le reconoce el resarcimiento de su daño con otro perjuicio. Pues como quedó claro, al ser considerada la pérdida de la chance como un daño autónomo, su resarcimiento, tendrá un cumulo indemnizatorio propio.

En conclusión, el Juez deberá ceñirse a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado y adicionalmente reconocer el perjuicio de pérdida de la oportunidad. Entre estos, valorar

los daños padecidos, y a los mismos otorgarles el *quantum* indemnizatorio en debida forma. Logrando de esta manera que la justicia reclamada por la víctima, cuente con una reparación integral a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.

10.1. Los Derechos de la Víctima del Daño Médico—Sanitario

La Corte Constitucional en la Sentencia C—197 de 1993 establece, que el resarcimiento del perjuicio causado a la víctima, debe estar en correspondencia directa, con la magnitud del daño ocasionado. Es decir, la indemnización de los perjuicios no puede superar este límite, porque se produciría, un enriquecimiento sin causa. En suma, Henao (1998), indica que se debe indemnizar el daño, únicamente el daño y nada más que el daño antijurídico, generado por el victimario.

10.1.1. Verdad.

Toda persona, que ha sufrido un daño a causa de una oportunidad pérdida, al acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en busca de un resarcimiento por los perjuicios padecidos. No solo, va en la búsqueda de aquella indemnización que permita mejorar su situación, también, va en búsqueda de una verdad, que le permita comprender las razones de las consecuencias padecidas.

Es así, que la verdad puede ser definida, como un proceso por medio del cual, se pretende descubrir la forma, de cómo acontecieron los hechos que llevaron al paciente, a asumir aquella carga que no debía soportar.

En este sentido, debe señalarse que toda víctima, desea tener pleno conocimiento del porqué, de los acontecimientos que finalmente lo afectaron. Ya que, si bien es cierto, el *quantum*

indemnizatorio por el que será resarcido, tiene gran importancia en el proceso; pero descubrir la verdad de su daño, le permitirá tener una reparación integral.

De manera que, garantizarle al demandante su derecho a la verdad, es igual a otorgarle una justicia completa. Por lo que, la verdad, la justicia y la reparación integral, forman parte de ese tejido de derechos, a los que la víctima está legitimado para conocer, y así lograr con ellos la reconstrucción de su vida.

Así lo entiende el Consejo de Estado (2018), cuando manifiesta, que la verdad es un derecho que adquiere la víctima, al conocer de manera completa, las situaciones que rodearon el daño padecido. Esto en aras, de proporcionar una reparación integral, más allá del elemento indemnizatorio.

10.1.2. Justicia.

La falla del servicio, se exterioriza cuando el Estado no ejecuta o administra de forma adecuada, los servicios públicos en salud. Ya que, el Estado debe garantizar estos servicios, de manera oportuna y satisfactoria al paciente. Sin embargo, en algunas oportunidades no lo hace, o lo realiza de una manera defectuosa. Esta situación genera la *causación* de un daño al administrado, estableciéndose una responsabilidad estatal.

Al acreditarse la falla del servicio, por actos administrativos, omisiones, hechos y operaciones administrativas, el Estado debe resarcir el daño, por el inadecuado servicio prestado o por la ausencia en la prestación del mismo. Además, cuando se presenta un daño por la prestación tardía o defectuosa en la atención, se exterioriza la responsabilidad extracontractual del Estado, por la falla en el servicio, estando obligado a reparar los perjuicios causados.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado, que la falla del servicio ha sido y continúa siendo el título de imputación aplicado, por excelencia en Colombia. Este título, desencadena la

obligación indemnizatoria o de pago, a cargo del Estado. En este sentido, la administración debe tener el control de minimización del riesgo, inherente a la actividad médica y, por lo tanto, el incumplimiento de esta obligación, genera el pago de la misma a su cargo.

10.1.3. Reparación integral.

Es inoficioso estudiar y analizar los demás presupuestos de la responsabilidad —el hecho y el nexo de causalidad—, en los casos, donde no exista un daño, que cause perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales a la víctima. Para el operador judicial es imprescindible que realice, en principio, un análisis de la acreditación del daño, para en seguida estudiar una posible orden de pago de la indemnización integral.

En base a lo anterior, surge el siguiente interrogante ¿Debe existir un daño real, para que exista el deber de responder por los perjuicios causados a la víctima?

Al respecto, se debe indicar que, al acreditarse la existencia del daño y los demás elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, este debe asumir el pago de la indemnización integral, de los perjuicios sufridos por la víctima. Por esta razón, le corresponde al victimario reparar al paciente. Por ejemplo: el daño moral, el daño a la salud, el daño estético, el daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, entre otros.

En relación a esto, el daño debe estar probado en el proceso judicial, para que el juez administrativo, en el caso de responsabilizar al Estado por falla en el servicio, ordene el pago de la indemnización.

El autor Juan Carlos Henao (2007), en su conocida obra *“El daño”* expresa que la reparación integral del perjuicio, debe dejar indemne a la víctima. Por ejemplo, el paciente que adquiere un daño por una falla médica estatal. En estos casos, lo ideal es que la reparación, sea de

tal intensidad que se presente, como si el daño nunca hubiera ocurrido o al menos, en la situación más próxima antes de la ocurrencia del siniestro.

CONCLUSIONES

Culminado el presente trabajo investigativo, sobre el perjuicio de la pérdida de la oportunidad en Colombia, se obtuvieron los siguientes hallazgos:

El primer hallazgo, torna la teoría de la irresponsabilidad del Estado pues se estableció que, desde tiempo inmemoriales el Gobernante tenía el control del Estado y todo el imperio recaía en él. Lo anterior porque se afirmaba, que los soberanos se autoproclamaban escogidos y representantes de los dioses en la tierra. Por consiguiente, no debían rendir cuentas a los administrados, y mucho menos, aceptar que el Estado debía resarcir los daños causados. Ya que, de aceptar la ocurrencia de un daño, quien debía responder, era el funcionario que lo causó y no el Estado.

En efecto, fue hasta finales del siglo XIX, que no se ideaba un Estado responsable por los daños ocasionados a los súbditos, toda vez que el Gobernante creaba la ley, pero no se sometía a ella. Por lo que al ser quien exteriorizaba el poder divino de los dioses, cuestionar sus actos y decisiones, sería tanto como cometer un delito.

En el segundo hallazgo, se logró comprobar que en Colombia existe una gran confusión, respecto al problema que genera la teoría de la pérdida de la oportunidad, con relación a la autonomía del daño y su deber de ser indemnizado. Esto, basado en la bibliografía consultada, donde se logró identificar que la teoría de la pérdida de la oportunidad era aplicada como un instrumento jurídico que permitía solucionar problemas de imputación del daño, en aquellos casos donde no se puede probar el nexo de causalidad. Por otro lado, se evidenciaron posturas donde se afirmaba que la teoría de la pérdida de chance, debe ser comprendida como un daño autónomo y reparable de manera independiente a los demás perjuicios que reclama la víctima.

Como resultado del estudio de la Jurisprudencia dentro de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, se apreció que el demandante está en la obligación de probar los hechos, y no puede la teoría de la pérdida de la oportunidad, liberarlo de su deber de probar los elementos constitutivos de responsabilidad extracontractual. Todo, resaltando que el quantum indemnizatorio a reconocer por el daño de la pérdida de oportunidad, se realizara de acuerdo al calculo que el juzgador realizara de las oportunidades que tenía el paciente de no sufrir el perjuicio. Así, la cuantía de la indemnización estará determinada según las posibilidades realmente perdidas.

El tercer hallazgo, estuvo representado en las tensiones que se presentan en el ámbito judicial, por el no reconocimiento del perjuicio de la pérdida de la oportunidad; destacando que el desconocimiento por parte del Juez de la autonomía de dicha teoría, desencadena su no reconocimiento, privando al demandante de obtener una indemnización integral y la adecuada justicia frente al daño.

En este punto, se insiste en que el juzgador no podrá despojar los derechos del reclamante a una reparación integral, con argumentos que se aparten de lo establecido por el Consejo de Estado con respecto a la autonomía de la pérdida de chance. Pues está claro, que no es dable aceptar que el perjuicio de la pérdida de la oportunidad, debe ser confundido o remplazado por otro perjuicio inmaterial.

Finalmente, con respecto a la propuesta presentada, se logró realizar un aporte al Derecho. Ya que en este trabajo de investigación se logró comprobar que doctrinal y jurisprudencialmente se encuentra establecido, que tanto el daño, como el perjuicio de la pérdida de chance deben ser reconocidos y tasados, como perjuicios independientes a los demás que el demandante tenga derecho. Resolviendo así, las dudas para aquellos abogados y/o operadores judiciales, sobre la autonomía del perjuicio de la pérdida de la oportunidad.

REFERENCIAS

- Álvarez Correa, E. (1978). *Obligaciones*. Bogotá D.C.: Uniandes.
- Amado, J. (2018). *Actuaciones administrativas en el marco del derecho administrativo global*. Bogotá, D.C.: Universidad Libre. Doctorado en Derecho.
- Anaya Prado, R., Aguilasocho Gaxiola, C., Schadeegg Peña, D., Arreola Valles, A., Pérez Ávila, C., & Medina Portillo, J. (2013). Praxis médica. *Cir Gen*, 164-166.
- Ángel Yaguez, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas y universidad Deusto.
- Arboine Ciphaz, M. (2015). Causalidad y responsabilidad médica. *Medicina Legal Costa Rica*, 32(2), 33-40. Obtenido de www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200005&lng=en&tlng=es
- Arráez, M., Calles, J., & Moreno De Tovar, L. (2006). *La Hermenéutica: una actividad interpretativa*. Sapiens.
- Azula Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- Barría Díaz, R. (2019). LA pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la corte suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(245), 235-269.
- Bustamante Alsina, J. (1998). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bustamante Arango, D. M. (2002). *El diseño de la investigación jurídica*. Facultad de Derecho USB.
- Campos, D. (1993). *La filantropía Medica de los helenos según la ética hipocrática de los siglos V-IV A de C*.

- Carbonnier, J. (1959). *Droit Civil*. Paris: Themis.
- Cárdenas, H. A. (26 de Enero de 2006). La Relación De Causalidad: ¿Quaestio Facti O Quaestio Iuris?: Comentario a sentencia de Corte Suprema. *Revista chilena de derecho*, 33(1), 167-176.
- Celemín, L., & Roa, J. (2004). Responsabilidad extracontractual del Estado por privación de la libertad. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas. Trabajo de Grado.
- Chabas. (2000). La pérdida de la oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado*, 59.
- Chabas, F. (1991). La perte d'une chance en droit français. En *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (pág. 37).
- Chevallier, J. (1974). Los Grandes Textos Políticos. Desde Maquiavelo hasta nuestros días. Madrid: Aguilar.
- Código Civil Colombiano. (2021). Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante. Colombia.
- Consejo de Estado. (1973). Sentencia del 23 de mayo. Radicado 978. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Alfonso Castilla Saiz.
- Consejo de Estado. (1987). Sentencia del 30 de enero. Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado. (1989). Sentencia del 20 de febrero. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera. Magistrado Ponente: Antonio J. De Irisarri Restrepo.
- Consejo de Estado. (1990). Sentencia del 18 de febrero. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado. (1990). Sentencia del 6 de julio. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera.

Consejo de Estado. (23 de Octubre de 1992). Proceso 6951 . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. C.P. Dr. Suarez Hernández.

Consejo de Estado. (1992). Sentencia del 24 de agosto. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. (1992). Sentencia del 30 de julio. Expediente 64941 . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. (1993). Sentencia del 13 de julio. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado. (1994). Sentencia del 18 de abril. Expediente 7973. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado. (1995). Sentencia del 15 de noviembre. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera. Magistrado Ponente: Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado. (2001). Sentencia del 14 de junio. Expediente 11901. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enrique.

Consejo de Estado. (2006). Sentencia del 31 de agosto. Expediente 15772. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2006). Sentencia del 4 de diciembre. Expediente. 13168. Sala Pde lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2010). Sentencia del 11 de agosto. Expediente 18593. Bogotá D.C.: Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo De Estado. (2011). Sentencia de 4 de septiembre. Expediente 38222. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

- Consejo de Estado. (2011). Sentencia del 07 de julio. Expediente 21294 . Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. (2011). Sentencia del 09 de febrero. Expediente 18793. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. (2011). Sentencia del 15 de noviembre. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz.
- Consejo de Estado. (2012). Sentencia 5 de julio. Expediente 21928. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. (2012). Sentencia del 07 de marzo. Expediente 20042. Bogotá D.C.: Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. (2012). Sentencia del 21 de marzo. Expediente 19755. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.
- Consejo de Estado. (2012). sentencia del 26 de enero. Expediente 21726. Bogotá D.C.: Sección Tercera. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. (2013). Sentencia del 14 de marzo. Expediente 23632. Bogotá D.C.: Sección Tercera. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 28 de agosto. Expediente 50001231500019990032601 (31172). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz.
- Consejo De Estado. (2014). Sentencia del 12 de febrero. Radicado: 66001-23-31-000-2006-00672-01(40802). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia del 28 de agosto. Expediente: 28804. Sección Tercera. Consejero Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo.

Consejo de Estado. (2015). sentencia del 05 de marzo. Sala Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. (2016). Sentencia del 03 de octubre. Expediente 40057. Bogotá D.C.: Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. (2016). Sentencia del 10 de agosto. Expediente 38139. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. (2017). Sentencia del 05 de abril. Expediente 25706. Bogotá D.C.: Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. (2017). Sentencia del 16 de febrero. Expediente 34928 . Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia del 07 de mayo. Expediente 33948. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado y Corte de Casación. (1872). Ley del 24 de mayo. Francia.

Corte Constitucional. (20 de Mayo de 1993). Sentencia C-197: Estudia la constitucionalidad de normas de asistencia a las víctimas de atentados terroristas. Colombia.

Corte Constitucional. (1 de Agosto de 1996). Sentencia 333. Responsabilidad patrimonial del Estado. Colombia.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-892 . Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema de Justicia. (1922). Sentencia del 21 de julio. Sala de Negocios Generales. Magistrado Ponente: Tancredo Nannetti.

Corte Suprema de Justicia. (1986). Sentencia del 26 de noviembre. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Héctor Gómez Uribe.

- Corte Suprema de Justicia. (2000). Sentencia 119 del 31 de julio. Expediente: 6068. Sala de Casación Civil.
- Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia del 26 de septiembre. Expediente 6878. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.
- Depuis, G., & Et.al. (2004). *Droit Administratif*. Paris, Francia: Armand Colin.
- Foillard, P. (2004). *Droit Administratif*. Orleans: Paradigme Publications Universitaires.
- García López. (1990). *Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- Gherzi, C. (1993). *Responsabilidad por prestación medico asistencial*. Medellin, Colombia : Biblioteca Jurídica Diké.
- Gil Botero. (2006). *Temas de responsabilidad civil extracontractual del Estado*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Gil Botero, E. (2014). *La Constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogota D.C.: Temis.
- Giraldo Gómez, L. F. (2018). *La pérdida de la Oportunidad en la responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- González Cazorla, F. A. (2017). Delimitación del Daño Moral a través de consideraciones de justicia distributiva. *Revista de derecho (Concepción)*, 85(242), 191-220.
- Guzmán, F. (1995). *De la Responsabilidad Civil Medica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Henaó, J. C. (1998). *El daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Sampieri, R., & Mendoza Torres, C. P. (2018). *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana.

- Hinestrosa, F. (1983). *Apreciación del daño moral*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hobbes, T. (1983). *Leviatán*. Madrid: Sarpe.
- Isaza Posse, M. C. (2015). *De la cuantificación del daño: Manual teórico-práctico*. Bogotá D.C.: Temis.
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires.
- Lascariz Jiménez, G. (2000). Mala praxis: responsabilidad del profesional en medicina. *Medicina Legal Costa Rica*, 17(1), 9-11. Obtenido de www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152000000100005&lng=en&tlng=es
- Laurent, R. (1978). *Prejudice reparable*. Paris.
- Long, M. (2000). *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- López Mesa, M., & Trigo Represas, F. (2006). *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- López Oliva, J. (2013). *La responsabilidad médica del Estado o de los prestadores en salud privados derivada de prótesis mamarias defectuosas*. Prolegómenos.
- López Oliva, J. (2014). *La garantía de los derechos humanos del paciente a través del derecho constitucional, procesal constitucional y el derecho de daños*. Prolegómenos.
- López Oliva, J. (2015). *La teoría de la vida como daño en la responsabilidad médica en Colombia los aportes y vacíos de la corriente principialista en las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría*. *Advocatus*.

- López Oliva, J. (2016). La carga de la prueba en procedimientos de cirugía plástica en Colombia. *Advocatus*.
- Luna Yerga, Á. (2005). Oportunidades Perdidas, la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria.
- Mancipe González, A. R. (2005). Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Tesis de Derecho.
- Maquiavelo, N. (1999). *El Príncipe*. Bogotá: Panamericana Editorial Ltda. Traductor González Blanco, Edmundo.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires.
- Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de la oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños públicos y privado*. Editorial Civitas.
- Mendoza Cury, A. L. (2012). *Manual de Liquidación en sentencias judiciales. Administrativo, civil, penal y laboral*. Bogotá D.C.: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Navia Arroyo, F. (1978). *Estudio sobre el daño moral*. Bogotá.
- Obando Obando, B. (2016). *Responsabilidad medica por perdida de oportunidad*. Bogotá D.C.: Librería Jurídica Sánchez R Ltda.
- Organización Mundial de la Salud - OMS. (2021). *Acerca de la OMS*. Obtenido de Gobernanza. Constitución: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>
- Paillet, M. (2001). *La Responsabilidad Administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia,.
- Paley Vicent, C. (2002). *Responsabilité du médecin*. Masson.
- Paredes Duque, J. E. (2004). *Responsabilidad Medica: Análisis Objetivo General y Por Especialidades*. Ed. Graficas Colombia.

- Parra Gutiérrez, W. (2003). Responsabilidad patrimonial del Estado. Daño antijurídico. Bogotá D.C.: Universidad Autónoma de Colombia.
- Parra Quijano, J. (2004). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá D.C.: Librería del Profesional.
- Penagos, G. (1997). El daño antijurídico. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pinzón Muñoz. (2017). El Derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Pinzón Muñoz, C. (2013). La Teoría de los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado. Biblioteca jurídica Díké.
- República de Colombia. (15 de abril de 1887). Código Civil. Bogotá, Colombia: Congreso.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia. Artículo 90*. Colombia.
- Rodríguez, & López. (2008). Responsabilidad médica y hospitalaria.
- Romanos de Tiratel, S. (1996). *Guía de fuentes de información especializadas. Humanidades y Ciencias Sociales*. Buenos Aires: EB.
- Rozo Sordini, P. (2002). El daño biológico. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz Orjuela. (2004). Responsabilidad Medica Estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Ruiz Orjuela, W. (2013). Responsabilidad del estado y sus regímenes. Bogotá D.C.: ECOE Ediciones.
- Saavedra Becerra, R. (2003). La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sánchez Flores, F. A. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Rev. Digit. Invest. Docencia Univ. Lima*, 13(1), 102-122.
- Santos Ballesteros, I. (2016). Las cargas probatorias en la responsabilidad civil.

- Santos Ballesteros, J. (1996). *Instituciones de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores.
- Savatier, R. (2002). *Traité de responsabilité civile en droit français*. En S. Yepes Restrepo, *La Responsabilidad Civil Médica* (pág. 43). Medellín: Biblioteca jurídica DIKÉ.
- Serrano Escobar, L. G. (2012). *El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica*. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Legis.
- Trigo, F. (2008). *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*. Buenos Aires: Astrea.
- Vázquez López, J. E. (2010). La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico: A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *Cuadernos de Medicina Forense*, 16(3), 179-182. Obtenido de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062010000200009&lng=es&tlng=es
- Velásquez Posada. (2015). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Velásquez Posada, O. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractual 2da Edición*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Villaseñor Rodríguez, I. (2008). *Metodología para la elaboración de guías de fuentes de información*. Investigación bibliotecológica.
- Viney, G. (2013). *Traité de drois civil: les obligations, la responsabilité: effets*.
- Yepes Restrepo, S. (1992). *Responsabilidad Civil Médica*. Biblioteca Jurídica Dike.
- Zárate, A. (2016). Editorial. *Revista Digital Derecho Administrativo*, 3-7. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4756/5674>