

|  |   |  |                                    |                              |
|--|---|--|------------------------------------|------------------------------|
|  | <b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>                     |  |                                    |                              |
|  | <small>Documento</small><br>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO | <small>Código</small><br>F-AC-DBL-007            | <small>Fecha</small><br>10-04-2012 | <small>Revisión</small><br>A |
|  | <small>Dependencia</small><br>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA                      | <small>Aprobado</small><br>SUBDIRECTOR ACADEMICO | <small>Pág.</small><br>1(1)        |                              |

|  |  |                  |           |
|--|--|------------------|-----------|
| AUTORES  | <b>LILIAM TORCOROMA NEIRA<br/>LIUS ALFREDO NUMA</b>  |                  |           |
|  | <b>FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y ECONOMICAS</b>   |                  |           |
| PLAN DE ESTUDIOS   | <b>DERECHO</b>   |                  |           |
| DIRECTOR   | <b>EDGAR RIVERO</b>  |                  |           |
| TÍTULO DE LA TESIS   | <b>RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD POR PÉRDIDA DE UN CHANCE U OPORTUNIDAD EN LA ATENCION MEDICA EN COLOMBIA</b> |                  |           |
| <b>RESUMEN</b><br>(70 palabras aproximadamente )   |  |                  |           |
| <p>LA PRESENTE INVESTIGACIÓN TIENE COMO FINALIDAD ANALIZAR EL "PRINCIPIO DE ULTIMA OPORTUNIDAD" EN EL DERECHO MÉDICO COLOMBIANO; SU NACIMIENTO, APLICACIÓN, FINALIDAD E INTERPRETACIÓN NO SOLO A NIVEL NACIONAL SINO TAMBIÉN A NIVEL INTERNACIONAL QUE TIENE COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL PROTEGER EL DERECHO A LA SALUD EN CONEXIÓN CON LA VIDA A TRAVÉS DE UNA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA QUE SE DA POR MEDIO DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD.</p> |  |                  |           |
| <b>CARACTERÍSTICAS</b>   |  |                  |           |
| PÁGINAS: 70  | PLANOS:  | ILUSTRACIONES: 0 | CD-ROM: 1 |



VÍA ACOLSURE, SEDE EL ALGODONAL, OCAÑA N. DE S.  
Línea Gratuita Nacional 018000 121022 / PBX: 097-5690088  
[www.ufpso.edu.co](http://www.ufpso.edu.co)



**RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD POR PÉRDIDA DE  
UN CHANCE U OPORTUNIDAD EN LA ATENCION MEDICA EN COLOMBIA**

**AUTORES**

**LILIAM TORCOROMA NEIRA**

**LIUS ALFREDO NUMA**

**Trabajo de Grado para obtener el Título de Abogado**

**Director**

**EDGAR RIVERO**

**Abogado**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER  
FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**DERECHO**

**Ocaña, Colombia**

**Octubre de 2016**

## Índice

|   | <b>Pág.</b> |
|---|-------------|
| <b>Introducción</b>   |             |
| <b>Capítulo 1. Título</b>                                   | 1           |
| <b>1.1 Planteamiento del Problema</b>                       | 1           |
| <b>1.2 Formulación del Problema</b>                         | 5           |
| <b>1.3 Objetivos</b>  | 5           |
| 1.3.1 Objetivos General                                     | 5           |
| 1.3.2 Objetivos Específicos                                 | 5           |
| <b>1.4 Justificación</b>                                    | 6           |
| <b>1.5 Delimitaciones</b>                                   | 7           |
| 1.5.1 Delimitación Conceptual                               | 7           |
| 1.5.2 Delimitación Geográfica                               | 7           |
| 1.5.3 Delimitación Temporal                                 | 8           |
| 1.5.4 Delimitación Operativa                                | 8           |
| <b>Capítulo 2. Marco Referencial</b>                        | 9           |
| <b>2.1 Marco Histórica y Legal</b>                          | 9           |
| 2.1.2 Antecedentes de la Responsabilidad Médica             | 9           |
| 2.1.3 Responsabilidad Médica en América                     | 10          |
| 2.1.4 Antecedentes de La Responsabilidad Médica en Colombia | 11          |
| <b>2.2 Marco Conceptual</b>                                 | 12          |
| 2.2.1 Responsabilidad jurídica.                             | 12          |
| 2.2.2 Derecho comparado                                     | 14          |
| 2.2.3 Jurisprudencia  | 14          |
| 2.2.4 Perdida de oportunidad o chance                       | 15          |
| <b>2.3 Marco Teórico</b>                                    | 17          |
| <b>Capítulo 3. Diseño Metodológico</b>                      | 20          |

|  |    |
|--|----|
| <b>3.1 Tipo de Investigación</b>   | 20 |
| <b>3.2 Enfoque de la Investigación</b>   | 20 |
| <b>3.3 Fuentes</b>   | 20 |
| <b>3.4 Técnicas de recolección de información</b>  | 21 |
| <b>3.5 Tratamiento de la información</b>   | 21 |
| <br>   |    |
| <b>Capítulo 4. Resultados</b>  | 22 |
| <b>4.1. La Responsabilidad Médica en Francia</b>   | 22 |
| <b>4.2 Normatividad colombiana entorno a las acciones jurídicas que repercuten a los profesionales de la salud a causa de la responsabilidad médica en Colombia</b>    | 24 |
| 4.2.1 Noción general de la culpa como base de la responsabilidad   | 24 |
| 4.2.2 Responsabilidad Médica Ética   | 25 |
| 4.2.3 Deberes Éticos como Normas Jurídicas   | 25 |
| 4.2.4 Responsabilidad Penal de los Profesionales de la Salud   | 26 |
| 4.2.5 Formas de autoría e imputación en la Responsabilidad Médica  | 28 |
| 4.2.6 La Coautoría y el Derecho Médico   | 29 |
| <b>4.3 Responsabilidad Civil Médica</b>  | 30 |
| 4.3.1 Definición Jurisprudencial de la Responsabilidad Civil   | 32 |
| <b>4.4 Teoría de la última oportunidad o último chance, su nacimiento, y definición</b>  | 32 |
| 4.4.1 Generalidades de la Teoría de la última de oportunidad   | 32 |
| <b>4.5 Origen de la teoría de la última oportunidad</b>  | 33 |
| 4.5.1 Origen de la figura del Ultimo Chance en Francia   | 33 |
| 4.5.2 Origen del Último Chance en Inglaterra   | 34 |
| <b>4.6 Desarrollo de la teoría del último chance en el siglo xx.</b>   | 34 |
| <b>4.7. La teoría de la última oportunidad desde su interpretación, aplicación, tasación, valoración judicial y probatoria en la responsabilidad médica colombiana</b> | 35 |
| 4.7.1 Definición del concepto última oportunidad o ultimo chance.  | 35 |
| 4.7.2 Definición de la pérdida de oportunidad  | 36 |
| 4.7.3 Procedencia de la indemnización por pérdida de chance  | 38 |
| <b>4.8 Cuantificación del daño por pérdida de la última oportunidad</b>  | 41 |

|   |    |
|---|----|
| <b>4.9 Aspectos generales de la cuantificación de la pérdida de chance en la jurisprudencia</b> | 44 |
| 4.9.1 jurisprudencia de la unión europea en torno a la última oportunidad                       | 47 |
| 4.9.2 Ultima Oportunidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos                             | 47 |
| 4.9.3 Disposiciones del Último Chance en el UNIDROIT  | 48 |
| 4.9.4 Jurisprudencia del Último Chance en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.          | 50 |
| 4.9.5 Cuantificación del daño en Colombia   | 52 |
| <b>4.10 La prueba En la Teoría de la Ultima Oportunidad.</b>                                    | 53 |

## Introducción

Durante muchos años en el ámbito jurídico colombiano ha tenido gran influencia las interpretaciones normativas provenientes del derecho comparado las cuales nacen de las corrientes del Common Law y del Civil Law que tienen como punto de discrepancia su posición en la interpretación del sistema normativo.

En el Derecho médico se han acogido varias interpretaciones del derecho francés como la negligencia, impericia u omisión que son por lo general las fallas más frecuentes del servicio médico, recientemente nuestro país acogió una figura de responsabilidad médica que nace en Francia a finales del siglo XIX y que actualmente se reconoce en diversos países, tanto del Civil Law como del Common Law la cual se le conoce como "Principio de Ultima Oportunidad o Ultimo Chance" (Batalla Robles, 2010).

La presente investigación tiene como finalidad analizar el "Principio de Ultima Oportunidad" en el Derecho Médico Colombiano; su nacimiento, aplicación, finalidad e interpretación no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional que tiene como característica principal proteger el derecho a la salud en conexión con la vida a través de una prevención general positiva que se da por medio de la declaración de responsabilidad de los profesionales de la salud que para Martínez, (1999) son: "Personas dotadas de conocimiento pericias o saberes respaldados por la obtención de un títulos que acredite su idoneidad" (p.21). Siendo esta figura del "Ultimo Chance" fruto de la influencia del derecho Francés en la toma de decisiones por parte de las Altas Cortes colombianas que acogen los precedentes o "los super Precedent como regla absoluta y no modificable (...) en los diferentes tipos de razonamiento judicial" (Gerhardt, 2011).

Ubicados en el anterior contexto ideológico la presente investigación abordara las causales de responsabilidad médica desarrollando la noción de responsabilidad desde un pequeño análisis al derecho francés hasta el análisis teórico de la figura del daño resarcible figura que se caracteriza por que su noción de lesión no consiste en la lesión misma, sino en los efectos que ella produzca. Siendo este análisis imprescindible para una mejor comprensión del desarrollo de este trabajo ya que el principio de ultimo chance es "el límite entre el daño cierto y el daño incierto" (Rodríguez, 2008, p. 138); una vez realizado este análisis se procederá al estudio de la normatividad jurídica que regula las prestación de salud en Colombia y los medios de protección judicial en materia civil, administrativa, penal y ética que se pueden aplicar a los profesionales de la salud ante la falta de experiencia, pericia o acatamiento de la *Léx Artis* expresión utilizada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse (Martínez, 1999).

Finalmente se abordara el eje principal de la investigación sobre la influencia del derecho Francés en el derecho médico Colombiano desarrollando la Teoría de la perdida de chance, analizando los orígenes de esta figura así como en cuales países se ha visto expandir su desarrollo no obstante brindado un concepto amplio de esta figura y analizando los requisitos o elementos para que el "principio de ultima oportunidad" encuentre aplicación práctica.

Una vez desarrollado el anterior punto serán motivo de estudio temas polémicos, como su naturaleza jurídica, su diferencia con otras figuras y problemas en torno a la labor de cuantificación de un chance o una probabilidad frustrada. Se mencionara en este capítulo cual ha sido el reconocimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad en tribunales y principios internacionales, estudiando la aplicación de la figura en el ámbito internacional

como en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su reconocimiento en los Principios de UNIDROIT

Por último se dejara como aporte esta investigación al servicio de la academia ya que la figura de la "Pérdida del Chance" no es trascendental solo en el derecho médico sino también en otras esferas socio-jurídicas, donde de esta figura resalta entre sus tantas particularidades que aparece por primera vez y casi simultáneamente en países del Civil Law, como el caso de Francia y en los países del Common Law, como Inglaterra (Batalla Robles, 2010).

## Capítulo 1. Título

Responsabilidad de los profesionales de la salud por pérdida de un chance u oportunidad en la atención médica en Colombia.

### 1.1 Planteamiento del Problema

En los últimos días del mes de Enero del 2016, los medios de comunicación transmitieron, que un sin número de transeúntes bloquearon la avenida Norte de Bogotá como una forma de manifestación en contra del servicio de salud que recibimos en nuestro país, siendo la gota que derramo el vaso el caso de la señora Rubiela Chivará la cual es *“Es el nuevo rostro de la indolencia del sistema de salud y de las instituciones del Estado. Tras sufrir por años una enfermedad cardiaca y pese a tener una cirugía autorizada, no recibió la atención necesaria, ni viva ni muerta”* (ESPECTADOR, 2016)

*La historia de Rubiela comienza en mayo del 2015, cuando le detectaron un soplo en el corazón y le dijeron que necesitaba la operación. Según Samuel Parra, su yerno, la mujer sufría de problemas de hipertensión hace varios años y en el 2015 le diagnosticaron su problema cardiaco. Ella y su familia iniciaron los trámites para que le hicieran la cirugía cuanto antes. Sin embargo, sus parientes señalan que desde ese momento conseguir la autorización fue un verdadero calvario. “Desde el 15 de mayo hasta el 1° de noviembre todo fue tramitomanía”, aseguró Parra.*

*La intervención le correspondía a la Clínica Jorge Piñeros Corpas, autorizada por la EPS Cruz Blanca, ambas instituciones pertenecientes al intervenido grupo Saludcoop. Pasaron siete meses hasta que finalmente le programaron la cirugía para el pasado miércoles 6 de enero. Según sus familiares, ese día Rubiela llegó en óptimas condiciones y todo estaba listo para el*

*procedimiento, pero una vez en la camilla, el cardiólogo Mauricio Jiménez le dijo que los ascensores estaban dañados y que no podían trasladarla hasta el quirófano. Por esta razón suspendieron la cirugía, la mandaron para la casa y le dijeron que quedaba reprogramada para el 12 de enero.*

*Ese martes, Rubiela regresó a la clínica lista para la operación. Sin embargo, su cirugía no estaba en la programación del día y el cardiólogo estaba en una reunión. De nuevo la mandaron para la casa y le dijeron que ese mismo día la llamarían.*

*Pasó una semana y nadie la llamó. El pasado martes, la mujer pidió permiso en su trabajo para ir hasta la clínica a preguntar qué había ocurrido con su cirugía. Ella tomó Transmilenio en Fontibón y llegó hasta la estación Pepe Sierra (en la calle 114 con Autopista Norte), cruzó el puente peatonal y tomó el ascensor, ya que por su falla cardíaca, usar escaleras le causaba gran fatiga. Cuando salió del ascensor, su corazón no aguantó más y se detuvo. La mujer murió en plena vía. Lo que siguió, lo conoció el país debido a la indignación que causó el que por más de seis horas su cuerpo permaneciera tirado en la calle, hasta que llegó el CTI a realizar el levantamiento.*

*Rubiela vivía en Bosa El Recreo, desde donde debía desplazarse hasta la calle 116 con Autopista a realizar los trámites para su intervención, ya que no hubo manera de que la atendieran más cerca de su casa. Tuvo que practicarse dos exámenes que la EPS no cubrió, hecho que también le quitó tiempo valioso, pues tuvo que esperar a conseguir el dinero para pagarlos. Sus familiares la describen como una mujer trabajadora, luchadora y entregada a sus dos hijas de 11 y 23 años, a quienes deja en una difícil situación, pues ella era madre cabeza de familia. Su prima Dora Chivará asegura que trabajaba como operaria de una comercializadora de frutas y con mucho esfuerzo logró comprar una casa en la ciudadela El Recreo y sacar adelante los estudios de sus hijas.*

*A pesar de que todas las críticas apuntan a la EPS y a la clínica, la entidad de salud emitió un comunicado en el que lamentó la muerte de Rubiela y aclaró que “emitió oportunamente las autorizaciones para garantizar la atención en salud y que está en curso la auditoría para establecer las verdaderas razones de las cancelaciones del procedimiento”. (ESPECTADOR, 2016)*

Increpado por el anterior caso el Fiscal General dijo que se trató de una omisión en el servicio de salud que se traduce en **“la pérdida de un chance”**. (LA OPINION, 2016).

Al analizar el anterior termino de “pérdida de un chance” se puede observar que durante muchos años en el ámbito jurídico colombiano ha tenido gran influencia las interpretaciones normativas provenientes del derecho comparado las cuales nacen de las corrientes del CommonLaw y del Civil Law que tienen como punto de discrepancia su posición en la interpretación del sistema normativo.

En el Derecho médico se han acogido varias interpretaciones del derecho francés como la negligencia, impericia u omisión que son por lo general las fallas más frecuentes del servicio médico, recientemente nuestro país acogió una figura de responsabilidad médica que nace en Francia a finales del siglo XIX y que actualmente se reconoce en diversos países, tanto del Civil Law como del CommonLaw la cual se le conoce como "pérdida de la Última Oportunidad o Ultimo Chance" (Batalla Robles, 2010).

La regulación jurídica de la responsabilidad medica por la vulneración del “último chance” en nuestro país no ha sido pacífica ya que cuenta con diferentes interpretaciones no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional donde al analizar la doctrina y jurisprudencia de países como Francia, en el ámbito internacional, o argentina a nivel continental; encontramos que el principio de última oportunidad tiene como característica principal proteger el derecho a la salud en conexión con la vida a través de una prevención general positiva que se da por medio de

la declaración de responsabilidad de los profesionales de la salud, para Martínez, (1999) estos profesionales son: "Personas dotadas de conocimiento pericias o saberes respaldados por la obtención de un títulos que acredite su idoneidad" (p.21). Siendo esta figura del "Ultimo Chance" fruto de la influencia del derecho Francés en la toma de decisiones por parte de las Altas Cortes colombianas que acogen los precedentes o "los superPrecedent como regla absoluta y no modificable (...) en los diferentes tipos de razonamiento judicial" (Gerhardt, 2011).

Ubicados en el anterior contexto, en los casos que se declara la responsabilidad de un profesional de la salud por vulneración del principio de ultimo chance o última oportunidad, no hay un una interpretación uniforme de los estándares de la perdida de chance en la responsabilidad medica siendo este el síntoma principal, que tiene como causas (i) poca investigación en la temática de la perdida de oportunidad; (ii) la falta de una unificación completa de las interpretaciones de la perdida de chance; (iii) un análisis general de la jurisprudencia del consejo de estado en la interpretación del tan mencionado principio. Estas deficiencias pronostican una continua y diversa interpretación por parte del operador jurídico de la tasación correcta en la sanción de los profesionales de la salud cuando son hallados responsables de la pérdida del principio de oportunidad o pérdida de chance, creando de esta forma falta de seguridad jurídica en la tasación patrimonial del declarado responsable.

Finalmente como control al anterior pronostico esta investigación analizara que debe el juez establecer esta responsabilidad con base en pronunciamientos anteriores de la misma corporación, entendidos estos como "precedentes horizontales, que corresponden a una decisión acorde con un tribunal de un nivel jurídico igual al que asume la interpretación del derecho" (Ospina Fernández, 1988, p.57). O a base de interpretaciones del derecho comparado donde existe amplia variedad de la figura de pérdida de chance en lo que respecta a su procedencia, cuantificación, jurisprudencia, carga de la prueba. Lo cual repercute en la decisión que toman los

altos magistrados del consejo de estado en esta noción de responsabilidad médica, o aún más los jueces administrativos que les corresponde establecer cuando se configura la pérdida de un chance, y cuál es la prueba necesaria para establecer esta. Siendo de vital importancia entender todos los pormenores que conforman el principio de ultimo chance como una medida eficaz de control al pronóstico que finalmente repercutirá en una gran aproximación a la seguridad jurídica en los sujetos que participan en esta noción de responsabilidad

## **1.2 Formulación del Problema**

¿Cuál es la interpretación y aplicación que ha realizado nuestro ámbito jurídico al principio de “*pérdida de oportunidad o pérdida del último Chance*” en la responsabilidad medica en Colombia?

## **1.3 Objetivos**

### **1.3.1 Objetivos General**

Analizar la interpretación de la figura de pérdida de chance o pérdida de oportunidad por parte de las altas cortes en la noción de la responsabilidad medica en Colombia.

### **1.3.2 Objetivos Específicos**

Estudiar la influencia del derecho Francés en la responsabilidad médica en Colombia.

Analizar la normatividad colombiana entorno a las Acciones jurídicas que repercuten a los profesionales de la salud a causa de la responsabilidad médica en Colombia.

Desarrollar la teoría de la última oportunidad o último chance, su nacimiento, y definición teniendo en cuenta su desarrollo a nivel internacional

Determinar la teoría de la última oportunidad desde su interpretación, aplicación, tasación, valoración judicial y probatoria en la responsabilidad médica colombiana.

#### **1.4 Justificación**

Analizar las causales de responsabilidad médica en Colombia desarrollando la noción de responsabilidad desde un pequeño análisis al derecho francés hasta el análisis teórico de la figura del daño resarcible que se caracteriza por que su noción de lesión no consiste en la lesión misma, sino en los efectos que ella produzca es la mejor forma de colocar en práctica conocimientos del derecho privado y público en una sola investigación. Siendo este análisis imprescindible para una mejor comprensión del desarrollo de este trabajo ya que el principio de ultimo chance es "el límite entre el daño cierto y el daño incierto" (Rodríguez, 2008, p. 138);

Una vez realizado el anterior análisis se procederá al estudio de la normatividad jurídica que regula las prestación de salud en Colombia y los medios de protección judicial en materia civil, administrativa, penal y ética que se pueden aplicar a los profesionales de la salud ante la falta de experiencia, pericia o acatamiento de la *LéxArtis*; expresión utilizada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse (Martínez, 1999). Permitirá analizar una de las mayores

problemáticas de nuestro país como es la salud y la prestación del servicio en cual no es solo la atención formal sino integral ya que en esta última se encuentra “los cuidados, atenciones y labor ético profesional de los médicos y auxiliares de la medicina” (Piedecabras, 2008).

Labor en la que encuadra uno de los temas más importantes en la atención medica no solo a nivel internacional sino también nacional como lo es permitir una última oportunidad al paciente, persona o enfermo que lo requiera; lo que se traduce según Pérez, (2013) en “hacer un último intento en la prestación de salud a cualquier paciente independientemente este previsto el fracaso en el intento” (p.87). Conociéndose la anterior figura a nivel jurídico como perdida de chance o perdida de oportunidad la cual ha acarreado en varias oportunidades la responsabilidad de los profesionales de la salud.

## 1.5 Delimitaciones

**1.5.1 Delimitación Conceptual.** Nuestra investigación tiene como conceptos a desarrollar para el cabal desarrollo y comprensión del tema los siguientes:

Responsabilidad Medica, derecho comparado, jurisprudencia, perdida de oportunidad o chance.

**1.5.2 Delimitación Geográfica.** El presente trabajo si bien es desarrollado teniendo en cuenta la interpretación del principio de pérdida de chance a nivel nacional, es pertinente analizar el ámbito internacional, es decir el derecho comparado y la interpretación realizada en otros estadios jurídico procesales.

**1.5.3 Delimitación Temporal.** El desarrollo se llevara a cabo en el término de 8 semanas.

**1.5.4 Delimitación Operativa.** La investigación se realizara a través del análisis documental de línea jurisprudencial principalmente en la jurisdicción contencioso administrativa en lo que respecta al ámbito nacional y en lo respectivo al ámbito internacional se tendrán en cuenta doctrina francesa, española y argentina no obstante podemos mencionar como posibles obstáculos y es la cantidad, calidad y actualidad de las diferentes interpretaciones internacionales del principio de “pérdida del chance”.

## Capítulo 2. Marco Referencial

### 2.1 Marco Histórica y Legal

Esta investigación tiene como característica que el nacimiento de la responsabilidad médica a nivel nacional e internacional, el desarrollo histórico de la responsabilidad médica va asociado a la regulación legal que a través del paso del tiempo va teniendo nuevas regulaciones que busca estar en la vanguardia de las nuevas experiencias y cambios que presenta el desarrollo de la legislación médica, teniendo en cuenta lo anterior es pertinente desarrollar el marco histórico junto con el marco legal para una mejor comprensión sistemática e histórica.

**2.1.2 Antecedentes de la Responsabilidad Médica.** La responsabilidad médica desde antaño ha sido motivo de estudio prueba de esto es el código de Hammurabi de 1728 a. C en el cual existían artículos que regulaban las faltas y castigos a los médicos, igualmente consagraba la diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal Morón & Ramírez García,(2002) citando a Fernando Cobo (s.f) manifiesta que "en el código Hammurabi había indemnización cuando el cirujano cometía una negligencia en su labor dejando por ejemplo unas tijeras en el cuerpo del paciente" (p.49).

En el estudio de los Antecedentes de la responsabilidad médica encontramos importantes investigaciones como la realizada por María Isabel Paz quien encuentra sus antecedentes en el derecho romano el cual resalta en la historia porque "entre los pueblos de la antigüedad quizás sea el romano el que valora más su salud" (Núñez Paz, 1996, p.14). En aquellos tiempos los médicos tenían una responsabilidad de resultado y no de medios Morón & Ramírez García, (2002) manifiestan que "los romanos atribuían al médico la responsabilidad cuando habiendo

procedido bien los resultados no fueran los esperados" (p.46). Entre las diferentes clases de castigos al médico se encontraba la posibilidad que tenía la familia del afectado de "hacer justicia como quisieran". (Morón & Ramírez García, 2002, p.47).

Más adelante, en la época de la República (años 509-530 A de C) se tienen referencias de actividad médica con la Lex Aquillia que data del año 286 a. de C. que se basaba en criterios de responsabilidad objetiva pretendía determinar quién asumía las consecuencias del resultado dañoso "en esta ley los daños causado por el médico a los esclavos era objeto de reparación económica teniendo en cuenta que los esclavos hacían parte del patrimonio de los hombre libres". (Núñez Paz, 1996, p.88). Para más adelante en el reinado de Alejandro Magno existir "la crucifixión como castigo cuando el médico abandona su paciente" (Morón & Ramírez García, 2002, p.50).

### **2.1.3 Responsabilidad Médica en América.**

El primer caso de responsabilidad médica en América Latina del que existe referencia se dio en la ciudad de Córdoba, Argentina. El 26 y 27 de julio de 1598 cuando un comerciante español llamado Pedro Sánchez de Valenzuela quien se presentó ante el capitán de Córdoba denunciando que Ascencio de Tellez médico de la época le había tratado 9 de sus esclavos negros por estar enfermos de los cuales habían fallecido cinco, en su denuncia él señor Valenzuela pedía la indemnización por la muerte de cada esclavo debido a la mala praxis del médico ya que el tratamiento que se debía llevar a cabo no era el indicado (Kvitko,2003).

### **2.1.4 Antecedentes de La Responsabilidad Médica en Colombia**

En Colombia la regulación legal de la medicina en la colonia con la expedición del primer protomédico de Juan José Cortes en 1635 que tenía como fin crear las acciones para refrenar el abuso de los médicos y evitar la presencia de intrusos en esta profesión, Posteriormente en 1801 se crea la policía médica, la cual tiene como objetivos (i) el reconocimiento de los médicos a través de la certificación del título; (ii) visita a boticas; (iii) reconocimiento de hospitales.

En la época de la república aparecen nuevas leyes en 1841 se reglamenta la ley que del ejercicio de la profesión de la medicina en 1944 deberes de los miembros de la escuela de medicina en 1986 aparece una ley que fija los honorarios más adelante en 1929 aparece la ley 35 reglamenta la profesión de la medicina y establece quienes pueden ejercerla.

La ley 67 de 1935 consagra la responsabilidad penal y civil de los médicos en el ejercicio de la profesión cuando ocurría algún perjuicio al paciente luego en 1957 aparece en Colombia un decreto ley que estableció las clases de indemnizaciones que tenían que pagar los médicos. En todo este desarrollo histórico y legal de la medicina en Colombia Morón & Ramírez García, (2002) manifiesta que:

Existen diferentes leyes como la ley 25 de 1935 decreto 281 de 1954 ley 14 de 1962 ley 23 de 1981 pero se encuentran desactualizados por las normas expedidas en diferentes gobiernos como la ley 10 de 1990 ley 60 de 1992 ley 100 de 1993"(p.62).

Lo anterior sin tener en cuenta una nueva ley que regula el servicio de salud en Colombia como lo es la ley 1751 del 2015<sup>1</sup> donde se consagra la salud como derecho fundamental. En el anterior contexto ideológico resalta en el ámbito de la responsabilidad médica la remisión de las

---

<sup>1</sup> "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"

modalidades de culpa al código civil adoptado por los estados unidos de Colombia en 1873 donde el código de Andrés Bello nos presenta que chilenos, franceses y colombianos adoptados una legislación semejante en lo que se refiere a las causas de responsabilidad médica (Mantilla Espinoza, 2007). La anterior conclusión permite en una primera medida observar como acoge nuestro país las diferentes decisiones doctrinales o jurisprudenciales de los países europeos siendo este "un sistema continental, influenciado por la legislación Francesa" (Usme Camargo, 2013, p.19).

## **2.2 Marco Conceptual**

Es de gran importancia profundizar en las definiciones de los siguientes conceptos con el fin de dar una mejor comprensión de la temática, los cuales han sido seleccionados por su protagonismo en el desarrollo de los diferentes capítulos que comprenden el la investigación realizada:

### **2.2.1 Responsabilidad jurídica.**

Hablar de responsabilidad es más que hablar de un valor que está en la conciencia de la personas y que les permite reflexionar, orientar o administrar, más bien es, caracterizar la responsabilidad como virtud no solo de tomar una serie de decisiones de manera consciente, sino también cumplir con el deber de asumir consecuencias que tengan las decisiones tomadas y responder por las mismas ante quien corresponda. La responsabilidad hace referencia, siempre al ser humano y no a otros seres (...) solamente el hombre es o puede ser responsable (jurídica o moralmente) de algo (Lezama, 2007).

Expresado el anterior concepto de responsabilidad podemos decir que al agregarle o enfocar dicha responsabilidad dentro de un ámbito jurídico comenzamos hacer referencia a la imputabilidad jurídica causada por la culpabilidad de alguna persona que supone el nacimiento de obligaciones para el imputado y el nacimiento de derechos para el sujeto que se encuentre en posición de reclamarlas Morón & Ramírez García, (2002) expresan que:

La responsabilidad jurídica es la obligación que tiene una persona de reparar un daño que ha causado a otro (...) trascendiendo al campo externo de la persona, donde la conciencia pierde importancia y se responde por hechos, actos o conductas que atentan contra el orden social o que causen peligro. (p.9).

En un mismo sentido Trujillo Duran, (1957) han definido la culpabilidad como el "acto imprudente de acción o abstención que causa un perjuicio" (p.67). Pero ahondando a la materia de esta investigación encontramos las diferentes clases de culpabilidad consagradas en el derecho civil como son culpa grave, culpa leve y culpa levísima (ley 57 de 1887, Art. 63). De este sistema que designa la responsabilidad mediante las diferentes modalidades de la culpabilidad que aflora no solo en las fronteras del derecho civil sino que trasciende a las diferentes modalidades del derecho penal donde ha sido definida la responsabilidad jurídica como "la obligación de asumir las consecuencias jurídicas que resultan de la violación de bienes jurídicamente tutelados por la ley penal" (Morón & Ramírez García, 2002, p.10). Igualmente es pertinente traer a colación la definición hecha de responsabilidad jurídica en materia penal por Madrid Malo, (1994) manifiesta que "es el sometimiento del autor o partícipe de un hecho punible a las consecuencias jurídicas de la infracción de la ley penal. Se es penalmente responsable cuando por acción u omisión se ha realizado una conducta delictiva o contravenciones" (p.457).

Finalmente en materia médica hacemos alusión a diferentes formas de responsabilidad jurídica como lo es la responsabilidad civil contractual, extracontractual, administrativa, penal y ética disciplinaria que reposan como resultado de una falla en el servicio concepto que según su definición consiste en afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en la misma que genera un daño, da lugar a la responsabilidad directa del estado (Vidal Perdomo, 1997). No obstante las demás formas y definiciones de responsabilidad médica mencionadas serán desarrolladas en los siguientes capítulos.

### **2.2.2 Derecho comparado**

El derecho comparado podemos decir que es un método de estudio o disciplina que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen diversos ordenamientos jurídicos esta disciplina consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones concepto que nace desde "la política" de Platón donde son comparadas 59 constituciones, leyes de Atenas, Solón (...) Teniendo el derecho comparado como objeto "comparar los sistemas jurídicos y sus orígenes, producir un razonamiento a partir del razonamiento comparado" (TaracenaCoyado, 2005, p.10).

### **2.2.3 Jurisprudencia**

Es el conjunto resoluciones judiciales emitidas por órganos legitimados constitucional y legalmente que opta por diferentes decisiones dentro de una función interpretadora de la normatividad bajo su competencia que pueden repercutir en sentencias posteriores que pueden

tener la particularidad de repetirse en más de una resolución para Ruiz, (2004) "la jurisprudencia es el conjunto de sentencias que han resultado casos fundamentándose en ellas mismas"(p.202). En algunos países, la jurisprudencia puede ser una fuente del Derecho, directa o indirecta.

En Colombia ha sido definida la jurisprudencia por la Corte Constitucional como "criterio auxiliar de interpretación de la actividad judicial y de este modo los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley" (Corte Constitucional, sentencia C 816 del 2011). no obstante es importante resaltar una importante diferencia entre la jurisprudencia y los precedentes judiciales por los que se ha entendido, por regla general como aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso (Corte Constitucional, Sentencia T 360 del 2014).

#### **2.2.4 Perdida de oportunidad o chance**

En el transcurso de esta investigación se ha hablado indistintamente de "Última Oportunidad" o "ultimo chance" lo cual es sustancialmente lo mismo pero conviene precisar que su diferencia formal proviene es de la consagración hecha en el país naciente es decir el concepto de "última oportunidad" es el nacido en el derecho Francés de la corriente del Civil Law; mientras que el concepto de "último chance" es el que acoge Inglaterra difundiendo dicha expresión a través de la corriente del CommonLaw, por otra parte en países como Italia le denominan perdita di chance o perdita di chances, o en ciertos casos opportunitaperdita, perdita di ocazione, possibilitáperdita. En ciertos países hispanoamericanos emplean el término "pérdida de chances", como es el caso de Argentina, Uruguay y Perú o en otros como Colombia y España se habla de "pérdida de una oportunidad" mientras que en países anglosajones como Estados

Unidos, Inglaterra y Australia se habla por lo general de loss of chance, chance lost o loss of opportunities. (Batalla Robles, 2010).

Aclarado lo anterior podemos decir que la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: La certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio.

La incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. La consagración de esta doctrina obedeció a razones de equidad para evitar la injusticia del nexo de causalidad del todo o nada (Yong& Rodríguez Yong, 2006).

Finalmente con el fin de no desarrollara a cabalidad el concepto de "Ultimo Chance" el cual será desarrollado en próximos capítulos se considera importante presentar la definición realizada por Batalla Robles, (2010) que dice que la expresión Perdida de chance comprende:

Todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitado una pérdida, resultados que fueron impedidos por el

hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (p. 8).

## 2.3 Marco Teórico

Hablar de la teoría de "Última Oportunidad" es hablar de una teoría del derecho francés que posteriormente fue promulgada en el derecho inglés y actualmente es acogida por Colombia a través de los estudios del derecho comparado que para Melgarejo (2010) citando a Zweigert y Kötz, (2008) es:

El método de la comparación jurídica que puede brindar una gama de soluciones mucho más amplia que la que ofrecen los estudios jurídicos consagrados a un solo país, pues los diferentes sistemas del mundo aportan una mayor variedad de soluciones de las que podría concebir en toda una vida el jurista más imaginativo y especializado en su propio sistema (p.15).

Pero no toda teoría acogida por nuestros Altas Cortes es vista como lo hace Brito Melgarejo ya que existen importantes doctrinantes para quienes acoger teorías del derecho comparado no trae beneficios a nuestro país ya que introducir teorías elaboradas en países extranjeros "sólo han traído por resultado la creación de normas jurídicas que además de contradecir las demás disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, resultan completamente ineficaces, por no corresponder a la forma de vida ya las necesidades del pueblo colombiano" (Mantilla Espinoza, 2007, p.88).

Teniendo en cuenta que esta investigación tiene como eje central el análisis de la influencia del derecho Francés en Colombia desde la teoría acogida por nuestro país a través del derecho comparado como lo es "el ultimo chance" la cual hace parte de la responsabilidad de los

profesionales de la salud en la modalidad de culpa por mala praxis médica Trujillo Duran, (1957) afirma que: "culpa es la violación de una obligación preexistente" (p.66). En un mismo sentido Trujillo Duran, (1957) citando a Ripert (s.f) manifiesta que "todo atentado a la integridad de la persona o de su patrimonio, constituye culpa"(p.66). En si la culpa por mala praxis médica podríamos decir que es un acto imprudente de acción o abstención que causa un perjuicio, en lo que respecta la modalidad de culpa por perdida de una oportunidad donde Azua, (2008) dice al respecto que: "esta es obvia en un sistema que requiere la culpa para imputar la responsabilidad, y no en un sistema objetivo" (p.67).

Han sido muchos los países donde se ha mostrado la influencia del derecho francés a través de la teoría de la última oportunidad siendo desarrollada está en importantes investigaciones que resalta entre los defensores de esta teoría a Tunc, BoyerChammard-Monzain y Durry (Ludeña, 2005) reforzando de esta forma la idea que considera a Francia como el país con el mayor desarrollo de la doctrina de la perdida de oportunidad sin dejar de lado importantes tratadistas latino Americanos como el Argentino

Teniendo en cuenta lo anterior se muestra la gran importancia de estudiar esta nueva teoría que es importada de Francia para de esta forma dar un mayor entendimiento de su aplicación y desarrollo que nos llevan al cumplimiento de nuestro objetivo general que es determinar la influencia del derecho francés en el derecho Colombiano. A través del desarrollo de nuestros objetivos específicos enmarcados en analizar las causales de responsabilidad médica en Colombia, estudiar los mecanismos jurídicos que proceden como protección contra la mala praxis médica y finalmente analizar la figura de última oportunidad desde su nacimiento hasta nuestros días.

Esta investigación se realizara por medio del método cualitativo a través de su enfoque hermenéutico de análisis bibliográfico que nos brindará gran conocimiento no solo a los futuros

egresados de carreras especializadas en derecho medico sino a toda la academia en general siendo un aporte mas ya que definir en la responsabilidad médica una artículo con una respuesta absoluta y clara sobre el estado del arte es equivocado teniendo en cuenta que estos análisis sobre responsabilidad médica siguen estando a la orden del día a raíz de los latentes debates frente a la teoría aplicable y su acogida a través del derecho comparado. (Deik Acosta, 2010)

## **Capítulo 3. Diseño Metodológico**

La presente investigación es de tipo cualitativo, cuya valoración se funda en el análisis de la responsabilidad médica en Colombia

### **3.1 Tipo de Investigación**

El estudio es de tipo cualitativo, puesto que la información se recopiló a través de herramientas de investigación que permitan una valoración conceptual de los datos obtenidos.

### **3.2 Enfoque de la Investigación**

El enfoque de esta monografía es de carácter descriptivo, por cuanto se realizará una identificación clara y precisa de los elementos conceptuales que configuran el tema del derecho médico a nivel nacional e internacional a partir de la teoría del ultimo chance

### **3.3 Fuentes**

Se emplearán fuentes primarias y secundarias. Dentro de las primarias se encuentran: la legislación colombiana, la Constitución Política y la jurisprudencia. Como fuentes secundarias se tienen: obras bibliográficas, artículos de revistas, documentos de Internet, trabajos de grado, artículos de prensa, entre otros.

### **3.4 Técnicas de recolección de información**

En general, la información se está rastreando a través de un proceso de documentación bibliográfica, jurídica, jurisprudencial y cibergráfica, para luego ser analizada y depurada con el objeto de dar pertinencia a la problemática elegida para este estudio.

### **3.5 Tratamiento de la información**

La información recopilada será sometida a un análisis que dé prelación a los contenidos recientes que tengan que ver con la problemática abordada. De manera sistemática, se irá avanzando en la consecución de un texto que evidencie el logro de los objetivos planteados. De igual manera, se tendrán presentes las sugerencias propuestas por los asesores, director de la investigación y jurados designados por la Universidad Francisco de Paula Santander, una vez finalizado el proceso de investigación

## Capítulo 4. Resultados

La influencia del derecho francés en la responsabilidad médica en Colombia

### 4.1. La Responsabilidad Médica en Francia.

La legislación francesa del primer tercio de siglo estableció claramente que el médico está obligado a un buen tratamiento hacia sus pacientes, como una obligación de medio donde no se garantizaban los resultados, siendo este el primer país en consagrar que las obligaciones de los médicos son de medios y no de resultado posición acogida desde 1936 por la corte de casación francesa en el fallo Mercier del 20 de Mayo de 1936 en el cual se dijo que el vínculo contractual del médico con el paciente no obligaba a curarlo sino a brindarle cuidados, posición que ha seguido Colombia. (Morón & Ramírez García, 2002).

En el fallo mencionado dijo la Corte de Casación de París que (i) en principio el médico está unido a su paciente por un contrato; (ii) que tal contrato pone solamente ante el médico una obligación de dar a su paciente cuidados concienzudos, atentos y conformes a las últimas investigaciones de la ciencia, es decir una obligación de medios y no de resultados ya que el médico no debe comprometerse a sanar a su paciente (Morón & Ramírez García, 2002).

La relación de responsabilidad legal era sencilla entre médico y paciente pero con el paso de los años importantes cambio como la industrialización de la medicina hace que existan un sinnúmero de situaciones involucradas en la relación médico paciente como es el caso de la transmisión de enfermedades durante transfusiones de sangre o la distribución de medicinas defectuosas.

Tal esquema comporta variaciones o excepciones, existen casos excepcionales donde el médico está comprometido en cierta manera a una obligación de resultados como cuando se da el caso de una relación de cuidados que no sea contractual, pero poniendo aparte los casos más excepcionales de la obligación de resultado, está aceptado firmemente y de manera general que en principio la responsabilidad del médico no puede estar comprometida únicamente que si el paciente aporta la prueba de la falta que reprocha al médico del daño que pretende haber sufrido y de la relación de causalidad entre estos dos elementos podemos preguntarnos si este régimen, clásico y con la complacencia con que se le evoca, corresponde hoy en día al derecho positivo. Para dar respuesta a ese planteamiento diremos que el contexto médico contemporáneo es en efecto, profundamente diferente de los tiempos en que la Corte de Casación estableció los esquemas recordados anteriormente.

Estos cambios en el análisis e interpretación del daño han sido analizados en importantes investigaciones como la realizada por Calvo Acosta (2005) donde observa:

a) Una considerable ampliación de los daños indemnizables por ejemplo, daño a la persona, daño a la salud, daño por lesión al Derecho de crédito, daño al proyecto de vida, daño psíquico, daños por competencia desleal, etc.

b) Se admite actualmente el resarcimiento de perjuicios e intereses que históricamente fueron considerados simples y no jurídicos.

c) Se considera procedente en el actual Derecho de daños el resarcimiento de perjuicios ocasionados por accionar lícito, prescindiéndose en tal caso –aparentemente– de la antijurídica como presupuesto autónomo del sistema.

d) Se ha ensanchado el ámbito de legitimados activos a la hora de reclamar daños.

e) Se ha ampliado la noción de daño moral, albergándose en el mismo a perjuicios extra patrimoniales que trascienden el clásico *pretium doloris*. (p.58).

Analizado el anterior contexto se observa un aumento en las medidas de protección que derivan de diferentes clases de daño, que en el tiempo han ampliado su gama pero igualmente este daño para ser resarcible.

## **4.2 Normatividad colombiana entorno a las acciones jurídicas que repercuten a los profesionales de la salud a causa de la responsabilidad médica en Colombia.**

**4.2.1 Noción general de la culpa como base de la responsabilidad.** La base de la responsabilidad médica es la culpa, la cual puede definirse desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche y castigo por parte de la sociedad. (Morón & Ramírez García, 2002). En medicina las causas de culpa son en esencia tres: Impericia, negligencia e imprudencia. Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento. Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño finalmente la imprudencia consiste una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. (Morón & Ramírez García, 2002). Lo cual se traduce en un daño antijurídico que definido por el Consejo de Estado es: El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio

que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (Consejo de Estado, Expediente (19360).

Concordamos con Wilson Ruiz en que al hablar de responsabilidad médica hablamos de responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria. En lo que no estamos de acuerdo es que Ruiz, (2004) Afirma que "Hablar de la responsabilidad del galeno, bien sea civil, penal, administrativa, disciplinaria etc., es referirse inevitablemente a un fenómeno moderno, casi de nuestros días" (p.197). Decir que es de nuestros días es desconocer todo lo concerniente al plano histórico y legal desarrollado en esta investigación que nos permitió analizar diferentes formas de responsabilidad del médico.

**4.2.2 Responsabilidad Médica Ética.** Ética viene del griego Etos que significa costumbre, es el arte del buen vivir, Bioética es una rama de la ética que tiene las mismas funciones pero entra a regular el cómo de la relación del ser humano con otros seres vivos, ósea con otros seres humanos siendo para el tema médico la bioética clínica la relación que se tiene con los enfermos

La ética se convierte en normas jurídicas al recibir el título, recibe el estatuto de deberes, la prueba está en ley 23 del 1981 que regula el ejercicio de la medicina ley 35 de 1989 que regula el ejercicio ético de la profesión de la odontología, ley 911 del 2004 que regula el acto de cuidado y enfermería siendo estas normativas la consagración de la ética en el campo de la medicina.

#### **4.2.3 Deberes Éticos como Normas Jurídicas**

Estos deberes éticos se convierten en normas jurídicas porque cuando el médico esta tratando un paciente está tratando con su vida, dignidad personal, libre personalidad, con los

derechos fundamentales que ameritan protección. (Éste es un fundamento de que hoy en día existan estatutos éticos) en un mismo sentido el médico debe procurar no exponer a sus pacientes a riesgos injustificados (Ley 23 de 1981, Art. 15).

#### **4.2.4 Responsabilidad Penal de los Profesionales de la Salud.**

La Corte Suprema de Justicia ha creado una forma de autoría a partir de la responsabilidad médica y se llama autoría en el delito culposo. Esta figura de Autoría consta está conformada por 3 elementos para imputar en responsabilidad médica:

-posición de garante; riesgo jurídicamente desaprobado; si el riesgo se relaciona con el resultado

El riesgo jurídicamente desaprobado, se ubica en la Tipicidad objetiva, (los 3 elementos de imputación médica se ubican en la Tipicidad Objetiva) en el tipo objetivo están:

a. Hechos constitutivos de la infracción penal

b. Sujeto activo, sujeto pasivo, conducta.

Si en el error de tipo el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Mientras que en el error de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo, pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal que excluye su responsabilidad, en otras palabras cree que le es permitido actuar así, no se representa la ilicitud, como cuando el militar se equivoca sobre el deber jurídico que le corresponde en manera alguna puede catalogarse como un error de

prohibición, porque la posición de garante en el delito de omisión impropia hace parte del tipo objetivo, por ende esa condición está propiamente en el tipo. Caso de mapiripan Rad. (35113)

La posición de garante surge de dos ideas básicas

2 fuentes nacen

1-relaciones jurídicas negativas

2- relación jurídica positiva la solidaridad

La primera idea. Existe posición de garante por ámbito de competencia por organización (parte de la idea de la libertad de organización)

La segunda es el ámbito de competencia institucional (existen instituciones en la sociedad que obligan a tener un ámbito de solidaridad Ej padre e hijo)

Este nace de lo negativo nacen los 3 ámbitos de posición de garante

Son deberes y aseguramientos en el tráfico (son consecuencia de la posibilidad más general que tiene el sujeto de organizar,

2. Asunción

3 injerencias

La norma de cuidado en materia de responsabilidad médica se encuentra establecida en los protocolos. (En esta materia si están bien establecidas las normas de cuidado) en materia penal se aplica la teoría de la imputación del riesgo de Roxin

#### **4.2.5 Formas de autoría e imputación en la Responsabilidad Médica.**

Legalmente existe según el artículo 29 de la ley 599 del 2000 la autoría directa, autor mediato y coautoría, pero jurisprudencial mente. Se ha creado la coautoría imprudente y autor mediato a través de aparatos organizados del poder -teoría utilizada actualmente en procesos de justicia y paz

La teoría que se asume en Colombia es la del dominio del hecho de Roxin, la cual dice que es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento y son coautores quienes teniendo acuerdo previo actúan con división del trabajo criminal teniendo la importancia del aporte donde los 3 elementos de la coautoría son:(i) División de trabajo; (ii) acuerdo común; (iii) aporte necesario.

Nosotros tenemos teorías restrictivas significa que si tenemos 5 personas que producen un delito, hay que examinar a cada una porque responden, ya que hay unos son autores y otros que son determinadores o cómplices.

En Colombia no tenemos autor intelectual lo que se llamaba así hoy en día se llama Determinador.

El autor mediato, realiza la acción a través de un instrumentalizado que realiza el delito, el cual no es culpable porque no sabe que está realizando un delito, entonces el que responde es el hombre de atrás ósea autor mediato en esta figura puede haber autor bajo coacción, ante lo cual no habría responsabilidad y es el autor mediato el responsable.

En Colombia aplicamos la teoría del dominio del hecho Roxin en sus tres acepciones antes referidas pero también tenemos otras formas de autoría a través de la jurisprudencia.

En coautoría está el elemento subjetivo -acuerdo previo- y el elemento objetivo -división de trabajo y aporte-. El aporte es el que define si la persona es coautoría o cómplice.

El Determinador también recibe la misma pena del autor directo y el que responde con menor pena es el cómplice.

#### **4.2.6 La Coautoría y el Derecho Médico.**

Debemos distinguir cuando nos encontremos ante actos dolosos y actos culposos en materia penal tenemos delitos de acción y delitos de omisión -los cuales pueden ser dolosos o culposos- el hecho generador de responsabilidad en la actividad médica es conocidos como ACTO MÉDICO, que puede darse por acción u omisión Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza vega, (1994) lo definen como:

Una forma especial de relación entre personas por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar de acuerdo a sus capacidades y el tipo de enfermedad que el primero presente" (p.10).

Tenemos entonces delitos de omisión propia donde está redactado el tipo penal como por ejemplo omisión de agente retenedor Y delitos de omisión impropia como la posición de garante el cual responde por no haber evitado un resultado.

En la responsabilidad médica los casos dolosos son los más excepcionales pero se puede presentar como en la falsificación de la historia clínica o cuando se realizan maniobras abortivas sobre una paciente. Son excepciones ya que en responsabilidad médica lo que se trabaja son los

delitos culposos hay en donde comenzamos a ver lo que se conoce como injusto imprudente donde tendríamos que casi todos los temas en responsabilidad médica son errores en procedimientos.

### **4.3 Responsabilidad Civil Médica.**

En esta forma de responsabilidad encontramos la Contractual y Extracontractual Morón & Ramírez García, (2002) dice que "la responsabilidad civil supone la existencia de un daño que una persona causa a otra, donde la víctima podrá únicamente pedir reparación de ese daño en particular" (p.10). En la definición de estas formas de responsabilidad el código civil expresa:

Artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.

Esta forma de responsabilidad es definida por Morón & Ramírez García, (2002) como "el incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato y que además genera un daño al acreedor"(p.15). No obstante se ha dicho que lo que actualmente designamos mediante la expresión 'responsabilidad contractual', en el Código de Bello, al igual que el Código civil francés, no consagra en forma expresa un verdadero sistema de responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que se limita a establecer, en su Libro Cuarto (De las obligaciones en general y de los contratos), Título XII (Del efecto de las obligaciones), unas disposiciones que regulan la indemnización del daño emergente y el lucro cesante derivados del incumplimiento de obligaciones convencionales. (Mantilla Espinoza, 2007).

Ahora bien, esto no significa, de ninguna manera, que la responsabilidad contractual no exista, sino sólo que su estructuración se debe al trabajo emprendido por la jurisprudencia y la doctrina a partir del siglo XIX

Artículo 2341: el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Estas dos formas de responsabilidad deben tener como requisito Morón & Ramírez García, (2002) que “el daño sea Cierto, Actual y directo” (p.14). Ya que al hablar de responsabilidad médica hablamos de responsabilidad de medio y no de resultado, doctrina igualmente asumida por Colombia del derecho Francés que tiene como antecedente el fallo de la Corte de Casación Francesa del 20 de Mayo de 1936 donde a la señora Mercier se le realizó un examen de rayos X sin ninguna protección donde por primera vez la corte trata la obligación médica como de medios y no de resultados. (Chacón, 2009). En la definición de obligación de medios se dice que es cuando "el deudor solamente ha de poner estos con diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización el no garantiza" (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2014, p.27). Mientras que es obligación de resultado "cuando la obtención de este queda incluido en el objeto de aquella" (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2014, p.27). Todo ello lleva a las distintas formas de responsabilidad de los profesionales de la salud entendidos como "aquellas personas que frente a la sociedad realizan una actividad habitual, presta y ofrece sus servicios" (Morón & Ramírez García, 2002, p.31).

En las diferentes faltas de responsabilidad civil resalta la falta de información a los pacientes sobre los procedimientos médicos hay nace el concepto de consentimiento informado el cual se establece como derivado de la dignidad humana, el convenio relativo a los derechos

humanos y a la biomedicina, conocido como convenio de ovideó, suscrito el 4 de abril de 1997 establece que "una intervención en el ámbito de la sanidad solo puede darse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento"

#### **4.3.1 Definición Jurisprudencial de la Responsabilidad Civil**

Con el fin de dar una mayor definición de la responsabilidad civil médica, se trae a colación importantes interpretaciones que ha dado a la misma las Altas Cortes, como por ejemplo la Corte Constitucional que frente a la responsabilidad civil contractual y extracontractual expresa:

El artículo 2341 del Código Civil prevé, que aquel que ha cometido con culpa un daño a otro está obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven de ello, estableciendo así el régimen de responsabilidad extracontractual. Por su parte, la responsabilidad civil puede ser considerada contractual o extracontractual dependiendo de: i) la relación jurídica entre las partes de la cual se deriva el daño – si es o no preexistente al daño –, ii) la acción que ejerce el demandante/victima y/o la familia perjudicada, para reclamar la indemnización de perjuicios. Por su parte, la responsabilidad médica deviene de la obligación, en principio contractual, del médico, EPS o IPS de cuidar la integridad corporal del paciente para devolverlo sano y salvo al concluir la relación prestación de un servicio médico, esta relación puede surgir, generalmente, como consecuencia de una convención. (Corte Constitucional, Sentencia T 118A del 2013)

#### **4.4. Teoría de la última oportunidad o último chance, su nacimiento, y definición**

##### **4.4.1 Generalidades de la Teoría de la última de oportunidad**

Ubicados en este capítulo se comenzara el desarrollo del enfoque de la presente investigación de la influencia del derecho Francés en el derecho colombiano a partir del análisis de la Teoría de la Ultima Oportunidad.

#### **4.5 Origen de la teoría de la última oportunidad.**

Para efectos de esta investigación nos apoyaremos en Luis Medina Alcoz quien es uno de los máximos exponentes de la Teoría de Ultimo Chance, igualmente se van a exponer los orígenes de la teoría de la pérdida de oportunidad y ver cómo poco a poco la doctrina que la impulsa se fue desarrollando y expandiendo en los diversos ordenamientos donde existe esta teoría hoy en día.

El origen de la figura es en principio consecuencia de dos fenómenos: el primero tiene que ver con el papel que juega la jurisprudencia y la doctrina de la época, ya que los autores empezaron a guiar y movilizar a los tribunales y le fueron dando forma a esta nueva institución jurídica y segundo una vez que la teoría tuvo acogida y se consolidó en un ordenamiento jurídico que al paso del tiempo emigró a otros territorios.

En un inicio fue en Francia e Inglaterra, en donde por jurisprudencia y doctrina se empezó a perfilar la figura, y migró posteriormente hacia otros países (Medina Alcoz, 2007).

##### **4.5.1 Origen de la figura del Ultimo Chance en Francia**

En Francia el primer caso que trata de la teoría de la última oportunidad fue el 17 de julio de 1889 y tenía que ver con un auxiliar judicial que impide la tramitación de un proceso.

Posteriormente, el caso de la jurisprudencia francesa del jinete que ve lesionado el chance o la probabilidad de ganar una carrera, debido a que el transportista no se presentó con el caballo a tiempo para concursar, se llegó a convertir en el ejemplo clásico en doctrina. Siendo estos los dos casos que marcan como antecedente el nacimiento de la Teoría de último chance. (Medina Alcoz, 2007).

#### **4.5.2 Origen del Último Chance en Inglaterra**

Por su parte el origen de tan mencionado principio en Inglaterra, tiene como antecedente la sentencia que indemnizó la pérdida de un chance se remonta a 1911 y era el caso Chaplin v. Hichs, de la Court of Appeal, que admite la resarcibilidad de la posibilidad frustrada de ganar un concurso de belleza ya que la aspirante no fue citada al evento final, frustrándose así el chance que tenía esta de ganar Medina Alcoz, (2007) opina que: "El caso es muy ilustrativo y resulta interesante en las formas de protección" (p.135).

#### **4.6 Desarrollo de la teoría del último chance en el siglo xx.**

Siguiendo nuevamente la investigación realiza por Medina Alcoz, planteamos tres tendencias que ha sufrido la figura del Último chance en el siglo XX

1. En primer lugar, se puede observar que los países que le dieron nacimiento a la figura, tal es el caso de Francia e Inglaterra, y los que la adoptan posteriormente, Argentina, Italia, Bélgica y Australia, presentan una doctrina perfectamente consolidada, con un ámbito de aplicación bien amplio no limitado a chances de concursos o procedimientos. Donde no es un secreto que Francia es el país con mayor desarrollo doctrinal de la teoría de la última Oportunidad, mientras que Inglaterra no se ha pronunciado con tanta frecuencia sobre el tema

Medina Alcoz, (2007) afirma que “en el desarrollo de estas doctrinas se observa su aplicación a una diversidad de supuestos como el caso Hito del concurso de belleza pasando por la responsabilidad médica hasta llegar a deportes como la Formula 1” (p.135).

2. En segundo lugar se tienen aquellos países que se muestran tímidos en cuanto a la aplicación de la figura; aquí se pueden ubicar Canadá, Holanda y Estados Unidos. Canadá, al tener su jurisprudencia influencia francesa, admite la figura en ciertos supuestos, pero por otro lado los estados anglocanadienses y el propio Tribunal Supremo se muestran bastante reticentes. En Holanda su aplicación es muy limitada a casos excepcionales de responsabilidad de profesionales legales. Y por último, Estados Unidos, que restringe la doctrina de la pérdida de oportunidad exclusivamente al ámbito médico, lo cual parece curioso, ya que en sus inicios la figura encontraba aplicación para casos de concursos y certámenes. Actualmente se podría decir que los Norte Americanos aceptan la Teoría de la Última Oportunidad exclusivamente al campo de la responsabilidad médica (Medina Alcoz, 2007).

3. En tercer lugar, se encuentran aquellos países cuya práctica judicial no ha adoptado la doctrina, negando el resarcimiento de los chances frustrados. Dentro de este grupo se tienen países como Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza.

#### **4.7. La teoría de la última oportunidad desde su interpretación, aplicación, tasación, valoración judicial y probatoria en la responsabilidad médica colombiana.**

##### **4.7.1 Definición del concepto última oportunidad o ultimo chance.**

Si bien ya se había realizado en el marco conceptual una aproximación a la definición de esta figura, en presente capítulo buscara ahondar más en su definición desde diferentes puntos de

vista no sin antes traer a colación como punto de partida la diferencia entre "oportunidad" y "chance" donde Medina Alcoz, (2007) afirma que:

La palabra francesa chance, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda acepción, significa suerte, fortuna; ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible -pero ampliamente admitido-concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de chance es, pues, la pérdida de oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad (p. 61).

La anterior definición guarda concordancia con la definición hecha por el Consejo de Estado que expreso:

Las expresiones 'chance' u 'oportunidad' resultan próximas a otras como 'ocasión', 'probabilidad' o 'expectativa' y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades. (Consejo de Estado, Expediente 34125)

#### **4.7.2 Definición de la pérdida de oportunidad.**

En la definición de perdida de oportunidad Tapia Rodríguez, (2003) afirma que es "la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, es un perjuicio

que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual" (p.22). Desde otro punto de vista Batalla Robles, (2010) citando a Zannoni, (2009) define el último chance así:

La chance es pues sustantiva en sí misma, por cuanto la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja comporta ya, de por sí, implícitamente, un valor económico indiscutible. Siendo por ello que el resarcimiento sólo puede consistir en la pérdida de la propia chance o posibilidad de éxito, en cuanto daño actual resarcible, valorándose en sí misma y con total prescindencia del resultado final incierto, o sea sin ninguna relación con el eventual beneficio o ganancia en juego. (p.45)

No obstante el Consejo de Estado ha entendido la figura de la pérdida de oportunidad como:

La falla en la prestación del servicio de salud que configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría. (Consejo de Estado, Expediente 19360).

Teniendo en esta conducta no solo responsabilidad el profesional de la salud sino también el estado ya que este puede ser declarado responsable patrimonialmente por los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, por lo anterior, se responsabilizó al ISS por pérdida de oportunidad de recuperar la salud. (Consejo de Estado, Expediente 19360).

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza

de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento

Igualmente es importante resaltar la definición dada por la Corte Constitucional al principio de última oportunidad, donde dicha corporación manifestó:

La jurisprudencia del Consejo de Estado, acogida por esta Corporación mediante sentencia T-234 de 2007, ha denominado “perdida de la oportunidad” ante la ocurrencia de un daño cierto, en materia de responsabilidad médica.

Esa pérdida de la oportunidad, que ante el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo desemboca en un juicio de responsabilidad civil extracontractual, frente a la Constitución Política de 1991 y la cláusula general del Estado Social de Derecho se traduce en una (i) violación al derecho fundamental a la vida de la persona que padece ese tipo de enfermedades que, desafortunadamente, le ponen un término de vida muy corto a quien las presenta, verbi gratia, síndrome de feto arlequín, y (ii) en el chance de mitigar la sintomatología dolorosa y penosa que las mismas generan a través de la aplicación inmediata de todos los servicios médicos requeridos. (Corte Constitucional, Sentencia T 901 del 2009).

#### **4.7.3 Procedencia de la indemnización por pérdida de chance.**

Para que opere la indemnización por pérdida de la última oportunidad o último chance es necesario que se den una serie de requisitos como son:

**1. Antijuridicidad de la actuación del dañador:** Este es un requisito básico que lo que viene a establecer es que el individuo que frustra o lesiona una probabilidad o chance de otro, no ocasiona el daño de forma legítima o amparado en una causa de justificación; de ser así nada se debe al damnificado y por ende el chance frustrado no se torna indemnizable. (Mantilla Espinoza, 2002). Analizando lo anterior López Meza, (2008) afirma que:

Quien actuando antijurídicamente corta a otra persona la chance de obtener determinada ganancia o librarse de determinada deuda ha interferido ilegítimamente en el curso de su vida, privándole de asistir o intervenir en el desenlace de sus probabilidades a favor o en contra. De tal suerte, ya no podrá el perjudicado obtener la ventaja a que tenía derecho, lo que en algunos casos configura un daño indemnizable. (p.11)

**2. Legitimidad del Derecho o ventaja cuya concreción se interfiriera antijurídicamente:** Nuevamente se está ante un requisito básico, ya que no se van a resarcir o recompensar las lesiones de probabilidades u oportunidades que tienden a obtener un resultado favorable ilegítimo. A manera de ejemplo, quien compite por vender drogas en una zona exclusiva del país y ve frustrada la probabilidad que tenía de ganar, lógicamente no va a encontrar en el Derecho tutela alguna, puesto que lo que se le lesiona es el chance de obtener una ventaja o beneficio totalmente ilegal.( López Meza, 2008).

**3. Existencia de relación causal adecuada entre la frustración del chance del perjudicado y la actuación del dañador:** Este es un requisito indispensable de todo daño resarcible; es necesario que el daño sea la consecuencia directa e inmediata de la conducta del supuesto responsable. Para que un chance perdido sea resarcible, la relación de causalidad debe existir necesariamente entre la pérdida de oportunidad y la actuación del demandado. Si dicha relación causal intermedia no existe, no puede resarcirse el chance perdido. (Mantilla Espinoza, 2007). En palabras de López Meza, (2008) quien manifiesta que:

Así, la chance resarcible y causalidad adecuada están enlazadas indisolublemente y ambas tienen por eje la noción de probabilidad perdida. La chance resarcible es indemnizable sólo en la medida de la probabilidad ideal de realización que hubiera tenido, si se prescindiera del hecho antijurídico que interfirió en su desenvolvimiento (p.13).

**4. El balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado:** debe arrojar un saldo favorable que demuestre que estadísticamente, o según el curso normal y ordinario de las cosas, era probable que obtuviera esa ganancia o ventaja o evitara una pérdida, de no haber interferido el demandado en el curso de los sucesos: Este es sin duda uno de los aspectos más importantes por considerar para ver si el daño es resarcible o no, ya que al analizar este punto, se logran diferenciar las ilusiones o meras expectativas de las verdaderas probabilidades frustradas que merecen un resarcimiento. (López Meza, 2008).

**5. El chance no se puede lograr por otra operación equivalente:** Para que se configure el daño, la parte demandada no tiene posibilidad de demostrar que igualmente lo que se perdió por frustrarse un chance o una oportunidad se hubiera podido obtener por otros medios.

Al respecto se ha pronunciado Zavala de González, (1990) al decir que: “dicha oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la carrera de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable” (p. 58).

**6. Posibilidad de cuantificación del chance frustrado:** Este es un punto que, como ya se tratará más adelante, presenta sus dificultades. Sin embargo, es necesario que el caso concreto se preste para justipreciar el monto por reparar. No obstante, es importante hacer énfasis sobre un aspecto básico de toda pérdida de chance: se debe tener claro que lo indemnizable es la pérdida de chance misma, la cual se configura como daño cierto, mas no el resultado o beneficio frustrado, que es incierto por su propia naturaleza. (López Meza, 2008).

#### 4.8 Cuantificación del daño por pérdida de la última oportunidad.

De lo expuesto, ha quedado claro que lo que se indemniza no es la pérdida de lo que estaba en juego, sino la frustración de las probabilidades que se tenían para alcanzar el resultado esperado. Ahora es preciso dilucidar como el determinar esa indemnización de probabilidades frustradas es sumamente complejo. Este es usualmente uno de los puntos que más se prestan para discusión y crítica a la hora de analizar la figura, porque el poder traducir las lesiones que ocasiona la frustración de una probabilidad o chance en montos o cifras de dinero concretas, puede prestarse para interpretaciones diversas. La razón se debe a que es un extremo muy difícil de cuantificar y muchas veces requiere, además de los cálculos matemáticos que pueda llevar a cabo un perito, de la aplicación por parte del juez de las reglas de la sana crítica (de la lógica, psicología y la experiencia) y los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, ya que el componente aleatorio al existir solo una posibilidad o probabilidad frustrada viene a reducir el monto del daño o perjuicio total.

Si se piensa en un caso que a primera vista aparenta ser sencillo, como por ejemplo, la clásica carrera de caballos que se ha utilizado desde los inicios para explicar el tema, se puede arribar a la conclusión de que la cuantificación del daño y el determinar el monto indemnizable es una labor difícil de lograr. Hay que pensar en un escenario en donde hay 4 caballos que van a competir y disputar un premio de 8 mil dólares. El transportista que se contrata para llevar al caballo a la línea de salida, olvidó el día de la carrera y no llegó a tiempo; en consecuencia el dueño del caballo pierde su oportunidad de competir por el premio. Para entrar a determinar el monto indemnizable por perder el chance de competir, en un caso de esta naturaleza, es factible creer que con una sencilla fórmula matemática se sacan los números. Son 4 caballos y un premio de 8 mil dólares, cada caballo tenía  $\frac{1}{4}$  de probabilidad de ganar ese premio, por ende, lo que se

puede reclamar por la probabilidad frustrada son solo 2 mil dólares. Esto podría verse así, si se considera que todos los caballos tenían las mismas posibilidades de ganar, pero la realidad claramente no es así, puesto que por ejemplo, si los caballos tenían un historial de carreras, el cálculo podría variar, por cuanto hay caballos con mejores o peores probabilidades de ganar. En definitiva, dependiendo de las variables, el monto indemnizable varía. Entonces queda en evidencia cómo, hasta en un sencillo ejemplo, para determinar el monto indemnizable se requieren considerar un sinnúmero de factores y es por eso que la problemática surge, ya que la vida real presenta casos muchísimos más complejos que el presente. Es preciso tener presente que el mayor o menor grado de probabilidad del chance indemnizable habrá de depender en cada caso de las particulares circunstancias fácticas del mismo (López Meza, 2008).

Dicho lo anterior es indispensable, que el juez en todo reclamo por pérdida de chance deba efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra de la situación del damnificado, y de ese balance surgirá la proporción del resarcimiento, no obstante las anteriores dificultades concordamos con Piedecabras, (2008) en las afirmaciones realizadas para enfrentar el problema de la cuantificación; donde ha dicho que:

- a) No es la ganancia dejada de percibir.
- b) Pero guarda relación con la posibilidad de obtenerla.
- c) Demostrando la probabilidad de que ello ocurra. De manera tal que: (i) Incide el monto de la posible y probable ganancia frustrada; (ii) Incide la mayor o menor posibilidad; (iii) Incide el mayor o menor grado de probabilidad (p. 179)

Finalmente podemos decir que para determinar el valor a resarcir en la cuantificación del daño debe ser ejercicio forzoso como primer paso, lo que se requiere es identificar y estimar los

daños y perjuicios que ha sufrido la víctima como si los hubiera padecido efectivamente, de conformidad con principios y técnicas propias del Derecho común.

La segunda fase del cálculo de la indemnización consiste en calcular y descontar el porcentaje aleatorio, es decir, el riesgo preexistente de no realización de la oportunidad. Este paso es necesario para reforzar el principio de certeza ya que lo que se indemniza es, propiamente, la pérdida de una probabilidad cierta, no una aleatoria siendo necesario entonces, castigar el quantum al que se arribó en la primera fase, mediante la aplicación de una tasa de descuento representativa. Por lo demás, el descuento del factor aleatorio permite excluir la indemnización de oportunidades poco serias (Piedecabras, 2008).

Si el perjuicio consiste en la pérdida de un chance de supervivencia o curación, el juez no tiene la facultad de condenar al médico a soportar una indemnización igual a la que debería si hubiese fallecido el paciente, pues el monto por pagar lo determina el chance mismo, que será apreciado y valorado por el juez según el mayor o menor grado de convertirse en cierto. Sin embargo, como ya se dijo anteriormente en el capítulo segundo, lo que resulta bastante difícil es valorar económicamente la oportunidad perdida. La labor de valoración del chance perdido es una labor compleja, y es mucho más compleja para el caso de pacientes y sus probabilidades de supervivencia o mejoría, porque implica el imaginar escenarios hipotéticos de no haber mediado la culpa médica, y hay que recurrir a la prueba estadística o más precisamente al cálculo de probabilidades, basado especialmente en los dictámenes periciales. (Lopez Meza 2008). Hay que aclarar el esfuerzo de la doctrina en la cuantificación del daño en la tasación de la última oportunidad buscando darle mayor contexto a la posición que el juez debe darle al problema ya que según López Meza, (2008):

Si la estimación será realizada según el tipo de perjuicio final de cada caso. Si el evento es la muerte, la probabilidad deberá cuantificarse con referencia a las probabilidades de sobrevivir;

y si es la imposibilidad de cura (p.ej., en caso de diagnóstico tardío), en atención a las probabilidades de cura, y si es empeoramiento, se tendrán en cuenta las probabilidades de mejor calidad de vida si hubiera recibido una terapia idónea. Por consiguiente, el procedimiento de liquidación comienza por calcular el perjuicio final (p.ej., el causado por la muerte), en cuya operación rige el Derecho común (daño moral y patrimonial), luego, en una segunda etapa se determina el valor de la probabilidad perdida, y ésta es fijada en un porcentaje del perjuicio final.(p.30).

Es necesario entonces estudiar todas las circunstancias del caso concreto a la hora de cuantificar el daño, siempre tomando como principal parámetro el grado de probabilidad en obtener éxito o evitar una pérdida; por ultimo no existen fórmulas matemáticas, por lo que se reitera la necesidad de llevar a cabo un análisis casuístico en el que el juez entra prudentemente a valorar -en caso de que estén disponibles- los dictámenes periciales y estadísticas junto a las reglas de la sana crítica (lógica, ciencia y la experiencia) y los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad para determinar un monto ya que el perjuicio indemnizable no es la pérdida de lo que estaba en juego, sino la frustración de los chances o las probabilidades que se tenían para alcanzar el resultado esperado. (Batalla Robles, 2010). Esta posición en cuanto a la cuantificación del daño no es absoluta ya que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – como se desarrollara más adelante- no se aplican parámetros racionales de medición, porque lo que fijan es una indemnización global, sin que se especifique cuál parte corresponde al daño por chance frustrado ni se expliquen o fundamenten los motivos de este rubro (Medina Alcoz, 2007).

#### **4.9 Aspectos generales de la cuantificación de la pérdida de chance en la jurisprudencia.**

Para el caso de América Latina, Argentina goza de un rico desarrollo doctrinario, así como también Colombia, pero en menor medida comparada con aquella, y se ha dicho que existe plena

armonía entre la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de la resarcibilidad de los chances. En estos países también se admite una variada gama de supuestos de aplicación de la doctrina. Argentina sobre todo, se ha pronunciado en todo tipo de casos para lo cual se analizara la revista de jurisprudencia Argentina sobre el derecho de daños que en el 2008 analizo la pérdida de chance en la jurisprudencia de dicho país encontrando que:

1. La chance es la posibilidad de un beneficio probable y futuro que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privarlo de ella conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida del mismo, porque lo perdido, lo frustrado, es en realidad el chance y no el beneficio esperado como tal. (p.390).
2. La chance representa en cierta manera la existencia de una oportunidad u ocasión propicia, con visos de razonabilidad de lograr una ventaja y lo indemnizable no es el beneficio mismo sino la probabilidad de lograrlo, habida cuenta no ser posible saber si el mismo se hubiera llegado a lograr. (p.391)
3. Lo resarcible es la chance misma, que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de convertirse en cierta, atendiendo a las circunstancias particulares de la víctima: edad, tarea que desarrollaba, grupo familiar al que aportaba su trabajo
4. La indemnización de la chance no se identifica con la posible utilidad dejada de percibir sino que lo resarcible es la chance misma, debiendo ésta ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, no pudiendo identificarse nunca con el eventual beneficio perdido.
5. Aun cuando pueda ser dificultoso estimar la entidad de la chance, su pérdida configura un daño actual-no hipotético- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable y puede ser valorada

- en sí misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad, convirtiéndose así en un daño actual resarcible
6. Aun cuando pueda ser dificultoso estimar la entidad de la chance, su pérdida configura un daño actual-no hipotético- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable y puede ser valorada en sí misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad, convirtiéndose así en un daño actual resarcible.
  7. No siendo sencillo determinar cuál es el monto que se debe condenar a pagar para reparar la pérdida de chance, la dificultad proviene en este caso de que es preciso indagar el valor de dicha oportunidad, lo que naturalmente presenta serios inconvenientes
  8. En el caso de la chance no es posible evaluar concretamente el daño causado toda vez que no existe ninguna relación causal con relación a la no realización de una ventaja esperada, por lo que corresponde establecer un resarcimiento menor en comparación con el que cabría en el supuesto de daños ciertos y se penetra en el ámbito del prudente arbitrio judicial
  9. Si el procedimiento de valuación de la pérdida de chance es arbitrario y está librado al poder soberano de los jueces, esta incertidumbre no excluye que los tribunales se esfuercen en obtener una apreciación lo más precisa posible considerando la importancia de las chances a fin de lograr determinar una indemnización equitativa
  10. Dado que la chance no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, el alcance de la indemnización a acordar por tal concepto es problemático y, al igual que el caso del daño moral, entronca bastante con el prudente arbitrio judicial.

#### **4.9.1 Jurisprudencia de la unión europea en torno a la última oportunidad.**

La Unión Europea ha obligado a los Estados miembros a garantizar la indemnización de los daños que deriven de la violación de las normas procedimentales de contratación pública estableciendo que ese derecho resarcitorio surge aunque la víctima hubiera tenido solo posibilidades reales de victoria. Al respecto se han creado directivas, en las que se refleja el principio de la pérdida de posibilidades reales, como el principio de un mayor grado de concreción como (Unión Europea, Directiva 92 del 2013). Al respecto ha manifestado Medina Alcoz, (2007) que:

Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad real que se ha visto comprometida debido a su violación. (p.149)

Es decir que La Directiva establece así la necesidad de garantizar un resarcimiento siempre que el interesado tuviera una posibilidad real de obtener el contrato y que esta se viera comprometida por la violación del derecho en materia de adjudicación de contratos (Medina Alcoz, 2007).

#### **4.9.2 Ultima Oportunidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Generalidades: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta y aplica el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como sus diversos protocolos, el Tribunal se

inspira en parte en la técnica de la comparación jurídica, por lo que adopta nociones de ciertos Estados, para buscar soluciones que expresen el consenso entre los diversos ordenamientos.

Reconocimiento: El Tribunal ha reconocido la figura de la pérdida de oportunidad; sin embargo, en sus fallos: "... el Tribunal no suele examinar la concreta consistencia de las probabilidades de éxito de que habría dispuesto la víctima. No efectúa, por tanto, la afirmación entitativa que deriva de la realización de un cálculo del porcentaje de probabilidades de éxito ni, consecuentemente, utiliza con rigor técnico la figura estricta de la chance (Medina Alcoz, 2007). Es innegable la influencia que ha tenido el Tribunal en diversos países, ya que reconoce a fin de cuentas la pérdida de oportunidad, aunque sin especificar en qué consiste el daño en detalle.

Sobre la importancia del tribunal europeo se ha dicho que en Europa ha sido creada una serie de documentos redactados por técnicos y especialistas en su mayoría profesores universitarios, que al trabajar mediante una labor interdisciplinaria para diversas organizaciones, buscan promover la armonización o unificación de determinados sectores del Derecho Privado Europeo e Internacional. Medina Alcoz, (2007) se refiere a estos textos diciendo que:

Se trata de textos articulados que, bajo el rótulo de Códigos o Principios, recogen normas compartidas por los diversos sistemas europeos o establecen reglas, que sin estar aceptadas en cada uno de los Estados, se consideran idóneas como regulación del comercio internacional, los contratos o la responsabilidad civil (p.167).

#### **4.9.3 Disposiciones del Último Chance en el UNIDROIT.**

Aspectos generales: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo (UNIDROIT, acrónimo francés), es una organización intergubernamental, integrada por 59 Estados -incluidos todos los de la UE-, que fue constituida en 1940 con el fin de analizar las

maneras de armonizar y coordinar el Derecho Privado de los Estados o de grupos de Estados; y favorecer las condiciones que permitieran una progresiva armonización Medina Alcoz, (2007) manifiesta que:

Sus Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales aprobados en 1994, traen causa del encargo realizado a una comisión, compuesta por prestigiosos profesores. Se trata de un texto articulado nacido, no tanto como instrumento preparatorio de un Derecho Privado uniformado, sino, como Derecho aplicable en materia de comercio internacional, cuando así lo declaren las partes de un contrato; y como herramienta de apoyo, de un lado, de los operadores jurídicos, en la interpretación de los textos internacionales y nacionales vigentes y, de otro, de los legisladores nacionales e internacionales, sobre todo en la regulación de relaciones jurídicas nacidas del comercio exterior (p.168)

Principio de UNIDROIT, Específicamente sobre la pérdida de un chance, los Principios de UNIDROIT están teniendo mucho éxito en la resolución extrajudicial de conflictos, y son también utilizados por jueces, abogados y académicos en sus argumentos y estudios. Dentro de los principios, la teoría de la pérdida de oportunidad se contempla claramente en la Sección 4 referente a la reparación, en el inciso 2 del artículo 7.4.3, el cual establece:

#### ARTÍCULO 7.4.3 (Certeza del daño)

(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.

(2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

#### **4.9.4 Jurisprudencia del Último Chance en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

**Definición:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma que aplica e interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La CADH ha sido ratificada por once estados miembros de la Organización de Estados Americanos y otros tratados de Derechos Humanos.

Esta institución cumple funciones consultivas y jurisdiccionales, y ve causas por violación de la Convención de San José, siempre que los Estados que se vean sometidos hayan reconocido su competencia.

Ultima Oportunidad en la Corte Interamericana: la idea de la pérdida de oportunidad, como se comprueba en el caso que se comenta a continuación. En éste, si bien no se otorgó una indemnización por dicho concepto, no es porque no se le reconoce, sino porque en el caso específico, la figura no se veía justificada y el rechazo se reduce a un problema de falta de prueba. El caso en el que se discute la teoría es el denominado Castillo Páez, el cual aporta un criterio que sin duda contribuirá en el futuro a consolidarla.

El caso Castillo Páez, trata sobre un muchacho de 22 años del Perú, que fue detenido por agentes de la policía judicial el 21 de octubre de 1990. Según testigos presenciales, al muchacho lo despojaron de sus pertenencias, lo golpearon y lo metieron en el maletero de un vehículo policial que partió con destino desconocido. Los padres y la hermana de la víctima llevaron a cabo todos los esfuerzos para localizarlo, pero no fue posible. Al final, los familiares obtuvieron

refugio político y asilo humanitario en Holanda. El asunto se sometió a la Corte Interamericana y se resolvió mediante sentencia de 3 de noviembre de 1997, que el Estado de Perú violó, en perjuicio de Ernesto Castillo Páez, una serie de derechos consagrados en la Convención y que dicho Estado estaba obligado a reparar las consecuencias de las violaciones apreciadas y a indemnizar a los familiares de la víctima.

Dentro del proceso de reparación se concedió un daño material, lucro cesante y daño moral, y se tomó en cuenta para determinar los rubros que el muchacho tenía 22 años y era profesor de matemática y estudiante de sociología en el momento de los hechos. Y en lo que interesa, la Corte se plantea o maneja el concepto de pérdida de oportunidad, pero no considera que tenga aplicación en el presente caso. (Corte Interamericana, sentencia • de Noviembre de 1997, Caso Castillo Paez Vs Peru).

Este fallo ha sido comentado por Medina Alcoz, (2007) donde afirma que:

La sentencia maneja el concepto de chance cierta, entendida como posibilidad razonable de obtener una ventaja o evitar un perjuicio. La Corte se plantea si el desaparecido perdió la oportunidad de convertirse en sociólogo y desempeñar como tal una actividad profesional, con el incremento de sus ingresos laborales. En términos algo confusos, la Corte estima que las probabilidades de que la víctima accediera a esos ingresos eran nulas o despreciables y, aunque no explicita claramente por qué, pudo pesar el dato alegado por el Gobierno del Perú de que la víctima había obtenido malas calificaciones durante sus inacabados estudios. (p.179)

La Corte que si bien no les concede a los familiares de la víctima una indemnización por pérdida de oportunidad, sí se reconoce y se cuestiona la aplicación de la misma, pero por las particularidades del caso no prospera. Lo anterior nuevamente viene a demostrar la presencia de la teoría a nivel de una institución como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el eco o la influencia que esto puede ejercer en los países que tienen acceso a ella. (Medina Alcoz, 2007).

#### 4.9.5 Cuantificación del daño en Colombia

A lo que respecta a la cuantificación del daño bajo la doctrina del último chance a dicho el Consejo de Estado que:

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida. Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la probabilidad matemática -a partir de la denominada Ley de Laplace, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles-, la probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori -la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares-, la probabilidad bayesiana -alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada-, la probabilidad lógica -que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia-, entre otras. Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado. (Consejo de Estado, Expediente 18593).

Finalmente podemos decir que para cuantificar el daño, es necesario que el juez aplique un análisis estadístico a la valoración del material probatorio, ante la imposibilidad de atribuirle al causante del perjuicio toda la responsabilidad por la afectación que sufra el accionante.

#### **4.10 La prueba en la Teoría de la Ultima Oportunidad.**

No pocas oportunidades, ni el paciente tiene la oportunidad de demostrar la culpa del médico, ni el médico tiene la posibilidad de explicar cómo ocurrieron los daños del paciente, en que consistieron estos, ni cuál fue la diligencia o el cuidado que él tuvo en las atenciones dadas al paciente. La teoría de la pérdida de una oportunidad que como habíamos mencionado anteriormente se aplica como una técnica de facilitación probatoria, al respecto se manifestó que la pérdida de oportunidad debe ser resarcida como un perjuicio autónomo e independiente del daño final. (Garzón Rodríguez, 2015).

En similar sentido ha dicho Luna Yerga, (2005) que:

Es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, motivada por la multiplicidad de causas y causantes que puede obedecer el daño sufrido por el paciente que, además, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos llamar daños pasivos esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo (daños iatrogénicos) sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados. (p.25).

Lo anterior demuestra que la carga de la prueba de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una

probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada.

## Conclusiones

Es imprescindible que en países más avanzados tanto en la parte histórica como en la legislativa hay sentencias que tienen precedente jurídico para la sociedad y los pueblos, de esta manera nuestras altas cortes, son la última instancia en la revisión de las sentencias proferidas por los tribunales de distritos judiciales territoriales por competencia los fallos de casación que profieren las altas cortes, como en el caso que nos ocupa la corte suprema de justicia sala civil, es donde se dirime los yerros o aciertos de los magistrados de tribunal departamental o de distrito judicial, esta investigación es si estas corte tiene o no influencia del derecho francés en sus sentencias, de la investigación se desprende que si hay influencia desde el derecho romano y hasta nuestro tiempos, pues no son hechos aislados si no son hechos que integran al ser humano y desde este solo hecho, nace el derecho fundamentales de la humanidad y la proclamación de los mismos, donde para el caso que nos ocupa es la salud como derecho fundamental, con conexidad a la vida, que no choca ni interfiere con la legislación interna de nuestro país porque es un derecho universal consagrado en todos los tratados internacionales, dicha influencia se encuentra marcada más aun cuando los magistrados de la salas tienen su formación en Europa, donde hay sentencias en derecho sanitario con resarcimiento de daños que en las legislaciones internas de nuestro país no se tenían en cuenta al momento de proferir sentencia como son el daño a la vida de relación, la pérdida del chance o la oportunidad

De esta forma se pudo estudiar como al ampliarse el concepto de daño resarcible y entendiendo este como una causa de responsabilidad medica que reposa bajo la necesidad que se den diferentes factores que permitan lograr declarar la responsabilidad los profesionales de la salud mediante los mecanismos jurídicos como el tribunal de ética médica, el derecho penal, el

derecho civil, o el derecho administrativo ya que como se pudo observar, el eco de la jurisprudencia francesa en Colombia nuevamente ha traído la incorporación de una interpretación transcendental como lo es el Principio de ultima Oportunidad el cual fue desarrollado a cabalidad en la presente investigación en un análisis no solo a nivel nacional sino también internacional, pasando por su interpretación, cuantificación, y posición en cuanto a la carga de la prueba.

Finalmente, Sin temor a equivocarnos ni contradecir nuestro punto de vista hasta aquí sustentado, y a la luz de estos aportes doctrinarios de notable excelencia, podemos decir que el concepto de daño resarcible puede delinarse como la lesión a un interés jurídico, patrimonial o extra patrimonial, que provoca consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales, respectivamente.

## Referencias

- Asua Gonzalez, C. (2008). Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. *Cuadernos de Aranzadi civil*, 31, 235.
- Batalla Robles, R. A. (2010). La Teoría de la Pérdida del Chance o de Oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica. *Universidad de Costa Rica*.
- Brito Malgarejo, R. (Abril de 2010). El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo. *InDret*, 2-22.
- Calcerrada Martinez, L. (1999). *Responsabilidad Civil Profesional*. Madrid: Colex.
- Calvo Acosta, C. (2005). *Daño resarcible*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Chacon, M. d. (2009). *Responsabilidad medica en la NEUROGIRUGÍA*. Bogota: Universidad del Rosario.
- Consejo de estado . (s.f.). expediente 25869.
- Consejo de estado. (s.f.).
- Constitucion, C. (s.f.). Sentencia C-816/11.
- Corte constitucional . (s.f.). *sentencia T 360 del 2014*.
- Corte Inter Americana. (1997). *Caso Castillo Paez vs. Peru* .
- Deik Acosta, C. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de derecho privado*, 1-26.

Duran Trujillo, R. (1957). *Nociones de responsabilidad civil: contractual y delictuosa*. Bogota: Temis.

estado, C. d. (s.f.).

Garzòn Rodríguez, N. Y. (2015). *Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica administrativa obstétrica: en torno a la carga de la prueba*. bogota: Universidad nueva granada.

Gerhard, M. (2011). *The Power Of Precedent*. New York: Oxford.

Gusman, F. (s.f). *El acto médico Implicaciones éticas y legales*. Obtenido de [http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El\\_acto\\_medico.pdf](http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf).

Kvitko, L. A. (s.f.). *Primer caso de responsabilidad medica en America*. Buenos Aires.

Lezama, J. (Junio de 2007). Responsabilidad y tecnología según Hans Jonas. *Apuntes Filosóficos*, 16(30).

Lopez Meza, M. (2008). *Responsabilidad civil medica y perdida de chance de curacion*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Lopez Meza, M. (2008). *Tratado de responsabilidad médica*. Buenos Aires: Trix.

Madrid, M. (1994). *Diccionario basico de terminos juridicos*. Bogota: Legis.

Mantilla Espinosa, F. (2007). El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado. *Derecho privado*, 6(11).

Mantilla Espinoza, F. (1995). *La influencia de Code Civil y la Doctrina Francesa*. Bogota: Temis.

- Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Madrid, España: Aranzadi.
- Moron, M. E., & Ramirez Garcia, M. F. (2002). *Contrato de seguro de responsabilidad civil medica*. Bogota: Javeriana.
- Namen Baquero, J. (1997). Obligacion de informacion del medico en el derecho frances. *Revista de derecho privado*.
- Nuñez Paz, M. (1996). *La responsabilidad de los medicos en el derecho Romano*. Giron: Graficas Apel.
- ONU. (1992). Directiva. 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/dir1992-13-cee.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dir1992-13-cee.html).
- Ospina Fernandez, G. (1988). *Regimen general de las obligaciones*. Bogota: Temis.
- Piedecabras, M. (2008). La pérdida de chances en la csjn. *Revista de daños*.
- Revista de derecho de daños. (2008). *Jurisprudencia diferentes provincias de Argentina*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Rodriguez, P. (s.f). Daño resarcible en la responsabilidad del abogado.
- Roxin, C. (1998). *Derecho penal general*. Berlin: Yuper.
- Ruiz, W. (2004). *La responsabilidad medica en Colombia*. Cali.
- Ruiz, W. (s.f.). *l*.
- Tapia Rodríguez, M. (Diciembre de 2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de derecho (Valdivia)*, 75-111.

Taracena Coyado, M. (2005). Necesidad de dar participación a la ciudadanía en la formación, reforma y derogación de leyes . Guatemala: Universidad de San Carlos.

unidroit. (2010). Principios unidroit sobre los contratos.  
<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

Usme Camargo, M. (2013). Análisis jurisprudencial de la corte constitucional respecto al recurso de unificación de jurisprudencia, ley 1437 de 2011. Bogota: Universidad Católica.

Vidal Perdomo, J. (1987). *Derecho administrativo* (9 ed.). Bogota: Temis.

Yong, S., & Rodriguez Yong, A. (2011). Perdida de oportunidad.

Zavala de Gonzalez, M. (1990). *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Trota