

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Requisitos / PRUEBA TRASLADADA - Documentos / DOCUMENTOS - Apreciación probatoria

El Código Contencioso Administrativo dispone, en materia de pruebas, que en los procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (artículo 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas serían apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. La Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de indicar que aquellas pruebas trasladadas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso. No obstante lo anterior, la Sala también ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes o la entidad contra la cual se pretende hacer valer dicha prueba trasladada hubiere aceptado o hubiere adherido a las pruebas solicitadas por su contraparte, habrá lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. (...) En el caso que ahora se examina ocurre que las pruebas trasladadas antes mencionadas no cumplen con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, referente al traslado de pruebas, por lo cual de los medios de acreditación que allí reposan sólo podrán valorarse en este juicio las pruebas documentales, puesto que si bien frente a éstas no se surtió el traslado respectivo para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la cual se aducen, tal omisión fue convalidada, según lo normado en el parágrafo del artículo 140 del C. de P. C.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 140 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

NOTA DE RELATORIA: En relación con las pruebas trasladadas, ver sentencias del Consejo de Estado, de julio 7 de 2005, exp. 20300 y de febrero 21 de 2002, exp. 12789.

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de recluso por sepsis / DAÑO ANTIJURIDICO - No resulta imputable a la Policía Nacional / LESIONES PROVOCADAS EN LA CAPTURA - No constituye agresión desproporcionada de la fuerza pública

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Subsección encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por los actores, consistente en la muerte del señor Pedro Nel Parra Jiménez, acaecida el día 13 de noviembre de 1996, como consecuencia de una sepsis mientras se encontraba interno en el

Hospital San Juan de Dios de la ciudad de Bogotá, previa remisión que a ese centro asistencial efectuó la Cárcel La Modelo el día 29 de octubre de ese mismo año, habida cuenta que sobre el paciente pesaba una medida de aseguramiento dispuesta por el Fiscal que adelantaba una investigación penal en su contra. Ahora bien, a juicio de la Sala, el acervo probatorio impone concluir que el daño padecido por los demandantes no le resulta atribuible a la Policía Nacional, por cuanto se acreditó que el deceso del señor Parra Jiménez no fue consecuencia directa de la actuación desplegada por los agentes de esa entidad el 12 de septiembre de 1996, fecha en la cual la víctima fue capturada en el Municipio de Fusagasugá por cometer, en flagrancia, varios hechos punibles de manera simultánea. En efecto, de acuerdo con el oficio 1660 de septiembre 12 de 1996, el Comando Noveno del Distrito de Policía de Fusagasugá dejó a disposición de la Coordinación de Fiscalías de ese municipio 3 personas que habían sido detenidas por la comisión de varios delitos; sin embargo, también existía una cuarta persona que por resultar herida, al parecer en la confrontación armada producida al momento de su captura por parte de los uniformados, fue remitida al Hospital San Rafael de Fusagasugá y que corresponde, de manera clara, al señor Pedro Nel Parra Jiménez, quien fue judicializado posteriormente por la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de ese municipio. Los elementos de convicción antes reseñados y que consisten en aquellos cuya valoración en este litigio resulta procedente, no arrojan información alguna que permita establecer la supuesta agresión, desproporcionada y deliberada, que habría existido por parte de la Fuerza Pública hacia la víctima y muchos menos que el señor Parra Jiménez hubiere sido torturado, tal como lo ha planteado la parte actora.

DAÑO ANTIJURIDICO - No resulta imputable a la Policía Nacional / DEFICIENTE PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD A RECLUSO - Responsabilidad imputable al INPEC / DAÑO ANTIJURIDICO - Pérdida de la oportunidad del recluso de recuperar su salud / PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE RECUPERAR LA SALUD - Omisión en la práctica del procedimiento quirúrgico de cierre de la colostomía

Carece de todo fundamento y además de veracidad el argumento planteado por la parte actora en el sentido de que la víctima no habría sido conducida de manera inmediata a un centro hospitalario el día en que resultó herido sino que, al igual que sus compañeros, habría sido presentado ante la Fiscalía General de la Nación y después de ello sí se habría dispuesto su remisión a un centro asistencial. Así las cosas, la Subsección estima que las imputaciones efectuadas en contra de la Policía Nacional no están llamadas a prosperar y, en esa medida, no le asiste responsabilidad alguna por el daño causado a los actores. En cuanto a la responsabilidad que se demandó respecto del INPEC, derivada de la deficiente prestación del servicio de salud a favor del señor Parra Jiménez, la Sala estima que dicho ente sí está llamado a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte de dicha persona sino por la pérdida de la oportunidad en recuperar su salud.(...) la Corporación encuentra que el recluso, desde su ingreso a la cárcel La Modelo, fue objeto de la respectiva valoración médica y se dispuso su hospitalización a partir de tal día –20 de septiembre de 1996– y asimismo recibió la atención por parte del personal médico y de enfermería del centro carcelario durante casi dos (2) meses, pero lo cierto es que el señor Parra Jiménez no recobró su salud. Ciertamente, a la Sala no le queda el menor asomo de duda de que el recluso recibió un tratamiento médico continuo, pues el historial clínico aportado por el INPEC así lo demuestra; sin embargo, nótese cómo en el oficio 245 de octubre 8 de 1996, el médico jefe del centro penitenciario informó acerca de la necesidad de practicarle una cirugía a la víctima, consistente en el

cierre de la colostomía que le fue practicada en el Hospital San Rafael de Fusagasugá, sin que en el proceso obren pruebas que determinen que tal procedimiento se efectuó y mucho menos de que el requerimiento elevado hubiere sido respondido por parte del personal directivo o jurídico de la cárcel La Modelo de Bogotá. La Sala estima que de haberse realizado la cirugía advertida por el personal médico del INPEC, la cual, según lo anotado por el médico jefe de la institución dentro del aludido oficio 245 de 1996, el cierre de la colostomía se habría podido efectuar de acuerdo con la programación que tenía dispuesta la Sección Médica de la cárcel La Modelo; sin embargo, ello no se produjo, pues, se insiste, en el proceso no obran pruebas que determinen que tal procedimiento se realizó y mucho menos de que el requerimiento elevado hubiere sido respondido por parte del personal directivo o jurídico de la cárcel La Modelo de Bogotá, por lo cual se le privó a la víctima de poder recobrar su salud a través de la remisión oportuna a un centro hospitalario para tal efecto, pero ello sólo se produjo un mes y nueve días después de haber ingresado a la penitenciaría y no obstante que casi durante todo ese tiempo el recluso estuvo en la unidad de sanidad de la cárcel La Modelo, sin recuperar su salud.

DERECHO A LA SALUD - Recluso / DERECHO A LA SALUD DE PERSONA RECLUIDA - Deber del Estado / TRASLADO DE RECLUSO A CENTRO ASISTENCIAL - Normatividad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL INPEC - Pérdida de la oportunidad del recluso de recuperar su salud / PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE RECUPERAR LA SALUD - Omisión en la práctica del procedimiento quirúrgico de cierre de la colostomía

La Sala ha precisado <<que es deber del Estado procurar atención en salud a quien se encuentre privado de la libertad, en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación>>, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la falta de recuperación de la salud del interno Parra Jiménez, la entidad demandada debió disponer su traslado a un centro asistencial antes de que su estado empeorare, lo cual precisamente no ocurrió, máxime cuando el ordenamiento jurídico vigente para la época de los hechos permitía tal actuación, según lo normado en el inciso tercero del artículo 106 de la Ley 65 de 1993 -Régimen Penitenciario y Carcelario-, según el cual: “El director del establecimiento de reclusión queda autorizado, previo concepto del médico de planta, a ordenar el traslado de un interno a un centro hospitalario en los casos de enfermedad grave o intervención quirúrgica, bajo las medidas de seguridad que cada caso amerite”. La situación que se ha advertido, precisa la Sala, no puede catalogarse como constitutiva de la causa directa del daño, toda vez que no existe certeza alguna en el proceso de que a través de un tratamiento distinto al suministrado por el INPEC o mediante la remisión oportuna al centro asistencial, antes de la agravación del estado de salud del interno, se hubiere logrado salvar su vida; sin embargo, no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, pues como se dejó indicado anteriormente, dicha responsabilidad resulta comprometida, con fundamento en la figura denominada como pérdida de oportunidad o de chance.

FUENTE FORMAL: LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 106

NOTA DE RELATORIA: En relación con el deber del Estado de procurar al recluso una atención en salud de calidad y eficiencia, consultar sentencia de agosto 10 de 2001, exp. 12947, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sobre la pérdida de la oportunidad, ver sentencias de la misma Corporación, exp. 20139; y exp. 18593.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción. Definición. Concepto / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Definición jurisprudencial / PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Autónomo

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la pérdida de oportunidad como un perjuicio de naturaleza autónoma, en los siguientes términos: <<(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño - sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente>>.

NOTA DE RELATORIA: Acerca del concepto de pérdida de la oportunidad, ver sentencias del Consejo de Estado, de abril 27 de 2011, exp. 18714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez; y de junio 8 de 2011, exp. 19360. M.P. Hernán Andrade Rincón.

DEFICIENTE PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD A RECLUSO - Responsabilidad imputable al INPEC / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL INPEC - Pérdida de la oportunidad del recluso de recuperar su salud / PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE RECUPERAR LA SALUD - Omisión en la práctica del procedimiento quirúrgico de cierre de la colostomía

La omisión de la entidad demandada en disponer el traslado del interno a un centro asistencial antes de que su estado de salud empeorare y mucho menos de que la atención médica concedida por el centro penitenciario al recluso hubiere sido indebida o inadecuada y, por ende, que esos aspectos pudieren erigirse en la causa determinante del deceso del señor Parra Jiménez, no es menos cierto que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público, puesto que no obstante que se trataba de un recluso, tal servicio debía tratar de <<prestarse en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación>>. Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima hubiere recuperado su salud, lo cierto es que si el centro carcelario hubiese obrado de esa manera, no le habría hecho perder al interno el chance o la oportunidad de recuperarse dentro del centro hospitalario respectivo. Así las cosas, dado que la actuación de la entidad le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, porque no obstante que su propio personal médico advirtió la necesidad de practicarle una cirugía –cierre de colostomía– y que para ello contaban con la programación respectiva, lo cierto es que tal requerimiento no fue atendido en su debida oportunidad y cuando se remitió el paciente-recluso al centro hospitalario, éste no pudo recobrar su salud y falleció días después; por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del INPEC por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual sí tiene nexo directo con la actuación de dicha entidad.

PERJUICIOS - Valoración en equidad / EQUIDAD - Principio / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Equidad / DERECHO DE DAÑOS - principio pro damnato

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del

daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudirse, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, puesto que resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

DAÑO ANTIJURIDICO - Pérdida de la oportunidad del recluso de recuperar la salud / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Aplicación

El daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Parra Jiménez, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al petitum de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de esa persona, sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería del INPEC que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica correspondiente, inacción que, precisamente, equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., agosto veinticinco (25) de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718)

Demandante: CARMEN ELISA FORERO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL Y OTRO

Referencia: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Descongestión - Sección Tercera - Sede Bogotá, el día 23 de noviembre de 2000, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 13 de mayo de 1997 (fl. 31 vto. c 1), la señora Carmen Elisa Forero Rodríguez, en nombre propio y en el de sus menores hijas Paola Andrea y Claudia Marcela Parra Forero; los ciudadanos María Adelina Jiménez, Jasbleidy Parra Jiménez, Luis Alejandro Parra Jiménez y José Arnulfo Parra Jiménez, a través de apoderada judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), con el fin de que se les declare administrativamente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales a ellos ocasionados, como consecuencia de la muerte del señor Pedro Nel Parra Jiménez, acaecida el día 13 de noviembre de 1996, mientras se hallaba recluido en la Cárcel la Modelo de Bogotá (fls. 5 a 31 c 1).

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que el día 13 de noviembre de 1996, el señor Pedro Nel Parra Jiménez fue aprehendido por una patrulla de la Policía Nacional en el Municipio de Fusagasugá; la víctima portaba un arma de fuego y al notar la presencia de los uniformados, *<<tiró la pistola al piso, levantó los brazos en señal de rendición y les manifestó que no lo fueran a matar que él se entregaba>>*.

Agregó que

“Acto seguido, el Policía compañero de AYALA PEDRO ANTONIO, recogió la pistola e introdujo la punta del cañón o boca de fuego en la boca de PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, a la vez que le decía ‘esta pistola va a servir para matarte’. Seguidamente disparó contra él en 3

ocasiones, sin que se haya podido establecer hasta el momento por parte de mis poderdantes o del suscrito apoderado, si los disparos fueron hechos con la pistola que portaba el civil o con el arma de Dotación Oficial del Policía, pero lo cierto es que en ese momento, PEDRO NEL PARRA JIMENEZ estaba en estado de indefensión, rendido, capturado y el arma que él portaba ya estaba en poder de la autoridad.

El agente de policía que disparó por tres ocasiones, quiso seguirle disparando para matarlo, pero de inmediato el agente AYALA PEDRO ANTONIO, quien conducía el vehículo, intervino diciéndole a su compañero que no lo fuera a rematar, que él conocía a PEDRO NEL PARRA que tenía dos niñas y que si lo mataba ellas quedaban desamparadas.

PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, herido fue dejado a disposición de la Fiscalía de Fusagasugá y por su pésimo estado de salud, a consecuencia de las heridas de bala que le propinó el policía, el Fiscal decidió remitirlo a la Cárcel del Distrito Judicial Modelo de Bogotá, para que fuera atendido por los médicos de la sanidad carcelaria.

El herido PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, fue recibido en la Cárcel del Distrito Judicial Modelo de Santafé de Bogotá y no se le dio el tratamiento, que como humano debió recibir en las condiciones de herido en que fue dado de alta en dicha prisión. Ni siquiera se le asignó una celda donde pudiera descansar y menos, fue llevado a la enfermería (...).

Ni los médicos de la sanidad, ni el capellán, ni la trabajadora social, ni el propio Director, haciendo gala de la insolidaridad, falta de profesionalismo y responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes, lo abandonaron y cuando ya lo vieron casi agonizante, ahí sí decidieron trasladarlo al Hospital San Juan de Dios (Hortúa) y el Médico que allí lo atendió, le manifestó a la esposa de él, CARMEN ELISA FORERO, que al paciente lo habían descuidado desde el principio, siendo que por las lesiones que presentaba debió ser hospitalizado desde el comienzo, es decir, desde cuando fue lesionado.

PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, falleció el 13 de Noviembre de 1996, por SEPSIS según certificó el Médico Dr. DOMINGO E. PEREZ Licencia No. 8617”.

3.- Contestación de la demanda.

3.1.- Notificada del auto admisorio, la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, actuando a través de apoderado judicial, contestó la demanda y señaló que le corresponde a la parte actora acreditar los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado, a lo cual agregó que carece de legitimación en la causa por pasiva, <<toda vez que según lo narrado en la demanda ... la muerte del señor PARRA JIMENEZ, se produjo por falta de

atención médica después de dos meses de ser aprehendido y supuestamente lesionado por la autoridad policial>>. (fls. 49 a 51 c 1).

3.2.- El INPEC no contestó la demanda, no obstante que le fue notificado, de manera personal, el auto admisorio de la misma (fl. 48 c 1).

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- La Policía Nacional sostuvo en esta ocasión que dentro del proceso no se acreditó falla alguna en el servicio, pues se probó que la víctima fue retenida por agentes de la entidad pero se dejó a disposición de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual no existe actuación alguna que le resulte atribuible porque el deceso del señor Parra Jiménez se produjo dos meses después, cuando estaba recluido en la Cárcel La Modelo, por disposición del Fiscal competente.

Finalmente, esta entidad demandada rebatió los perjuicios solicitados en el libelo introductorio (fls. 87 a 89 c 1).

4.2.- De otra parte, el Ministerio Público solicitó denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto estimó que no se cumplen en este caso los presupuestos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado (fls. 91 a 101 c 1).

4.3.- A su turno, el INPEC señaló que si bien es cierto que el señor Parra Jiménez falleció en el Hospital San Juan de Dios, previa remisión que se hizo a ese centro hospitalario por parte de la Cárcel La Modelo, también lo es que recién se produjo su ingreso a dicha penitenciaría, se le practicó la valoración médica respectiva y se logró determinar que había sido objeto de una cirugía reciente –colostomía– a causa de unas heridas que le propinaron con un arma de fuego y a lo largo de su permanencia en el centro carcelario, se le brindó la atención médica necesaria y también se le suministraron los medicamentos a que hubo lugar.

Sostuvo que los hechos expuestos en la demanda carecen de veracidad, por cuanto el deceso de la víctima se produjo *<<por empeoramiento de su cuadro clínico y no respuesta al tratamiento ordenado en la sección de sanidad de la Cárcel La Modelo>>*.

Y añadió que

“(…) a pesar de que el Estado [debe] guardar el cuidado y la protección debidas que le permite su condición de administrador pobre (sic), la muerte de PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, no es responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, fue una situación que se presentó y oportunamente atendida. Culpar al INPEC, por el fallecimiento del mencionado interno, sería igualmente fácil imputarle la responsabilidad penal a todos aquellos que de una u otra manera tuvieron que ver con el fatal deceso.

No se puede convertir, estos casos sencillamente en una responsabilidad objetiva, que por el solo hecho de estar detenido o condenado en un centro carcelario y suceda cualquier acto como el presente, se tenga necesariamente una responsabilidad ‘automática’ de la administración, por cuanto ello conllevaría o se prestaría, para que los mismos reclusos y familiares de éstos, se ocasionen lesiones en su integridad física o hasta el punto de matar, para posteriormente, exigir del Estado, jugosas indemnizaciones”. (fls. 102 a 107 c 1).

4.4.- La parte actora, finalmente, solicitó declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, por cuanto en el proceso se demostró que la víctima se hallaba cometiendo un ilícito al momento de ser sorprendido por las autoridades policiales y resultó herido pero no se le prestó la atención médica de manera inmediata, dado que los uniformados optaron por trasladarlo a la Fiscalía y no a un centro asistencial dejándolo allí por más de dos horas.

Señaló que más adelante fue conducido a un hospital en el Municipio de Fusagasugá y luego recluido en un centro carcelario de esa misma municipalidad; posteriormente fue remitido a la cárcel La Modelo de Bogotá debido a su estado de salud, sin embargo, allí tampoco se le suministró el cuidado y la atención necesaria y cuando su salud se hallaba bastante deteriorada fue remitido al Hospital San Juan de Dios, en el cual falleció.

Indicó, además, lo siguiente:

“Nos encontramos frente a un abuso de autoridad, torturas y lesiones personales, donde son sindicados miembros de la Policía Nacional pertenecientes al Noveno Distrito de Fusagasugá ... si bien es cierto que en cumplimiento de las funciones propias del servicio, se hicieron presente en el sitio donde PEDRO NEL PARRA JIMENEZ y sus compañeros procedían a violar un domicilio, hurtar objetos y valores a mano armada, no es menos cierto, que los asaltantes se rindieron, fueron desarmados, se les redujo a la impotencia; y en forma inexplicable hubo disparos de arma de fuego. La Policía rindió su informe

sobre los hechos en forma amañada. Es decir, manifestando hechos que nunca ocurrieron, ello con el fin de justificar sus excesos en el procedimiento, donde hirieron con arma de fuego a PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, le torturaron psicológica y físicamente, obligándolo a delatar a sus compañeros y demorando injustificadamente la atención médica que requería él con urgencia.

“.....

En lo que respecta al ... INPEC ... omitió prestarle adecuada y oportunamente la atención médica que requería ... con la pasividad de los funcionarios administrativos del INPEC y la falta de profesionalismo y ética médica de los galenos y paramédicos, se dio lugar a que la herida que presentaba en el estómago PEDRO NEL PARRA JIMENEZ se infectara ... hasta llegar al punto de producir septicemia y a la postre su muerte. Prácticamente con el descuido vale decir, la nula prestación del servicio de sanidad en las instalaciones de la Cárcel Modelo, que permitió que la infección avanzara; y cuando esto ya había ocurrido dispusieron su traslado al Hospital pero ya no había nada que hacer (...)”
- (fls. 114 a 125 c 1).

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Descongestión - Sección Tercera - Sede Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de noviembre de 2000, denegó las pretensiones de la demanda (fls. 126 a 142 c ppal), porque consideró que

<<Los demandantes pretenden una indemnización respecto de hechos de los cuales no podía generarse responsabilidad administrativa, es decir, están solicitando una reparación por daño no imputable a las entidades demandadas, acudiendo para ello a formas impropias de ejercer las acciones judiciales, pues basaron sus pretensiones en hechos que no son ciertos>>.

En relación con la responsabilidad deprecada frente a la Policía Nacional, el Tribunal Administrativo a quo sostuvo:

“(...) la conducta desarrollada por los agentes de la Policía Nacional el 12 de septiembre de 1996, quienes se desplazaron hasta las inmediaciones de la finca objeto de la acción delictiva, y una vez dentro del perímetro de la misma, los delincuentes quisieron enfrentarlos ... debiendo entonces repeler el ataque, accionar en el cual resultó herido el señor PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, conducta que no merece reproche, pues la ejecutaron en cumplimiento de un deber Constitucional y legal, dentro de su jurisdicción y en forma proporcional a la agresión recibida.

Lo anterior aleja entonces la posibilidad de situar la muerte de PEDRO NEL PARRA como daño antijurídico y por ende exonerar a la Policía Nacional de cualquier compromiso de responsabilidad por posterior muerte de PARRA JIMENEZ, ocurrida el 13 de noviembre de 1996.

No debe sin embargo darse pie para deducir que siempre que una persona sea sorprendida por agentes del Estado cometiendo algún delito, éstos puedan dispararle, herirla o dañarla de algún modo, pues dentro de la obligación del agente estatal está la de proteger la integridad y la vida de todos, incluso al delincuente, quien en caso de ser atacado por los miembros de la fuerza pública tal proceder debe ser proporcional con la agresión recibida y siempre en busca de hacer el menor daño posible”.

Respecto de la responsabilidad atribuida al INPEC por la parte actora, el Tribunal de primera instancia, señaló:

“EL INPEC probó haber brindado al paciente-interno, la atención requerida, en forma constante, hasta cuando por recomendación de uno de sus médicos, fue trasladado a otra institución (hospital la Hortúa) donde podía obtener un servicio más integral, demostrando con ello interés en la mejoría y curación del mismo”.

6.- La apelación.

Inconforme con la referida sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 151 a 157 c ppal), con el propósito de obtener su revocatoria y, por consiguiente, acceder a las pretensiones de la demanda.

Señaló que la Policía Nacional incurrió en un exceso de fuerza al efectuar la captura de la víctima, dado que si bien el señor Parra Jiménez portaba un arma de fuego, lo cierto es que nunca la accionó, pues por el contrario la depuso y se sometió a las autoridades, por lo cual resultaba innecesario el despliegue de la fuerza realizado en el sentido de torturar, física y psicológicamente, a la víctima, máxime cuando los uniformados superaban en número a quienes fueron hallados en la comisión del ilícito.

Adicionó a lo anterior que

“La Policía Nacional se apartó de la misión que le confiere la Constitución Nacional, de actuar en forma preventiva para evitar la comisión de delitos, sino que al ser informado el Comandante de Policía de Fusagasugá, que en la casa quinta de marras, se iba a efectuar un hurto, se abrogó el derecho de actuar en forma represiva. No se tomaron las medidas preventivas para que los individuos fueran aprehendidos y decomisada el arma que portaba PEDRO NEL PARRA JIMENEZ. Luego dejarlos capturados y el arma a disposición de la autoridad competente

para que los judicializara y actuara de acuerdo a las normas procedimentales”.

Indicó, además, que el Tribunal Administrativo *a quo* no tuvo en cuenta unas declaraciones rendidas por personas ajenas a la Policía Nacional y que tuvieron conocimiento directo de los hechos, a lo cual agregó que la circunstancia de que una persona resulte sorprendida en la comisión de un delito no autoriza, de manera alguna, a la Fuerza Pública a *<<dispararle, torturarlo y demorar injustificadamente su traslado al Hospital para que recibiera la atención médica de urgencia>>*.

También sostuvo:

“En lo que respecta a la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Policía Nacional en el caso sub examine, está probada con el exceso que desplegaron al capturar a PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, y sus acompañantes, disparando contra él sin ser necesario, porque ni en la investigación disciplinaria que adelantó la propia entidad demandada, ni en la penal que adelantó la Fiscalía de Fusagasugá, se ha dicho que el extinto haya disparado el arma de fuego que portaba, contra los miembros de la Policía, entonces no se puede exculpar en forma olímpica a la demandada, pasando por alto las probanzas que hacen parte del plenario.

“

El nexo causal está probado en forma tal que si los miembros de la Policía Nacional no hubiesen disparado sin justa causa sus armas de fuego de dotación oficial, no se habrían causado las lesiones que ocasionaron la muerte de PEDRO NEL PARRA JIMENEZ (...).”

En relación con la responsabilidad atribuida al INPEC, la parte impugnante manifestó:

“(...) aunque aparezcan las historias clínicas como una minuta perfecta de la forma como según esa Entidad, atendió al lesionado, mejor que en cualquier centro piloto del país y es de conocimiento público que el servicio médico en las cárceles y especialmente en la Modelo de Bogotá, no son precisamente los más eficientes, pero, sin pecar de suspicacia, son agentes presuntamente inculcados de la falla, quienes elaboran las historias clínicas y éstas quedaron en su poder desde la muerte de PARRA JIMENEZ, hasta cuando fueron enviadas al Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Pero no por ello se puede dejar de aplicar la tesis de la falla presunta en la prestación de los servicios médicos.

Además fuera de las historias no hay otra prueba que merezca exculpación de responsabilidad administrativa y patrimonial del INPEC”.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1.- La Policía Nacional, en esta ocasión, insistió en la ausencia de nexo causal entre la muerte del señor Parra Jiménez y la actuación de la entidad, por cuanto su actuación radicó en el ejercicio de *<<su actividad legal de detención sobre un ciudadano y dejarlo a disposición de la autoridad competente que ordenó su reclusión en el penal>>*.

Señaló que los actores sólo lograron demostrar la muerte de su familiar y no la responsabilidad de la parte demandada frente a ese hecho, por manera que no se configuran en este caso dos de los presupuestos exigidos para que opere la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado (fls. 162 y 163 c ppal).

7.2.- Finalmente, la parte actora se refirió a los argumentos expuestos en el recurso de alzada y solicitó revocar la sentencia apelada y acceder a la indemnización de perjuicios en un 70%, habida cuenta de la participación que habría tenido la víctima en la producción del daño, a causa de la comisión del ilícito que perpetraba cuando fue detenido (fls. 164 a 166 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión - Sección Tercera - Sede Bogotá, el día 23 de noviembre de 2000, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

1.- El caudal probatorio obrante en el expediente.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales, se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

1.1.- Copia autenticada del registro civil de defunción del señor Pedro Nel Parra Jiménez, quien según dicho documento falleció el día 13 de noviembre de 1996, a causa de una *<<SEPSIS>>*, en la ciudad de Bogotá D.C. (fl. 13 c 2).

1.2.- También se allegó copia autenticada (fl. 55 c 2) del proceso disciplinario No. 034-020/97, adelantado por la Procuraduría Provincial de Fusagasugá por las heridas causadas al señor Pedro Nel Parra Jiménez. La anterior prueba trasladada fue solicitada en el libelo introductorio (fl. 22 c 1) y su práctica se dispuso a través del auto fechado en abril 15 de 1998 (fl. 53 c 1), para lo cual la Secretaría del Tribunal *a quo* libró el oficio correspondiente No. 99-365-2 de abril 15 de 1999 (fl. 79 c 1). La entidad requerida, mediante oficio 034-673 de mayo 31 de 1999 (fl. 55 c 2), remitió copia autenticada del referido proceso (fls. 56 a 262 c 2).

Al respecto, el Código Contencioso Administrativo dispone, en materia de pruebas, que en los procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (artículo 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas serían apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

La Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de indicar que aquellas pruebas trasladadas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso¹.

No obstante lo anterior, la Sala también ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes o la entidad contra la cual se pretende hacer valer dicha prueba trasladada hubiere aceptado o hubiere adherido a las pruebas solicitadas por su contraparte, habrá lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar

¹ Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300, entre muchas otras providencias.

desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión².

Sobre este mismo tema, la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido que³:

“De no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto ya precisado por la Sala en los siguientes términos⁴:

‘... el artículo 229 del mismo código dispone:

‘Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”. (Se subraya).

Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.

En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta,

² Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789, entre otras.

³ Sentencia de febrero 4 de 2010, exp. 18.320, reiterada por esta Subsección en sentencias de julio 7 de 2011, expedientes 16.590 y 19.496.

⁴ Sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11.898.

adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

Sobre los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil establece que deberán ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir su complementación o aclaración, de manera que, una vez trasladados a un proceso administrativo, deberá surtirse este trámite para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la que se pretenden hacer valer.

Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso.”

Aplicando estos criterios al caso presente, se tiene que las pruebas en el proceso primitivo (penal) no fueron solicitadas ni practicadas a petición de la parte contra quien se aducen ni con su audiencia; su traslado tampoco fue solicitado a éste proceso de manera conjunta por las partes, ni la entidad demanda se allanó a la petición probatoria elevada por la parte demandante en el sentido de que se allegare a este proceso la respectiva investigación penal por la muerte del soldado Ardila Lozano.

Aun cuando ésta prueba fue decretada por el Tribunal y para cuyo efecto se libró el oficio No. 0206-00 de marzo 18 de 1999 solicitando el traslado en copia auténtica del correspondiente proceso penal, lo cierto es que no se agotaron las formalidades del traslado que cada medio de prueba exige y en cuanto se refiere específicamente a las pruebas documentales antes descritas⁵ no se surtió el traslado de los mismos para garantizar el derecho de contradicción de la contraparte contra la cual se aducen.

*No obstante lo anterior, **para el específico caso de las pruebas documentales advierte la Sala que si bien se incurrió en una irregularidad al haberse omitido dicho traslado, la misma no configura vicio de nulidad alguno a la luz del artículo 140 del C. de P. C., razón por la cual resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en el párrafo de dicho artículo, según el cual las irregularidades no constitutivas de nulidad procesal ‘se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece’, solución claramente aplicable en este caso. Ciertamente, se advierte que durante la etapa probatoria ninguna de las partes se pronunció al respecto y que dentro del traslado para alegar de conclusión el apoderado de la entidad pública demandada no hizo señalamiento alguno en relación con dicho asunto⁶***. (Subrayas del original, negrillas de la Sala en esta oportunidad).

En el caso que ahora se examina ocurre que las pruebas trasladadas antes mencionadas no cumplen con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, referente al traslado de pruebas, por lo cual de los medios de acreditación que allí reposan sólo podrán valorarse en este juicio las pruebas documentales, puesto que si bien frente a éstas no se surtió el traslado respectivo para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la cual se aducen, tal omisión fue convalidada, según lo normado en el párrafo del artículo 140 del C. de P. C., tema que fue explicado dentro de la sentencia antes transcrita.

Ahora bien, en dicha prueba trasladada responsan los siguientes documentos:

- Historia clínica del señor Pedro Nel Parra Jiménez, expedida por el Hospital San Rafael de Fusagasugá, según la cual dicha persona permaneció hospitalizada en

⁵ *Diligencia de inspección al cadáver de la víctima No. 1582-0657; Informe emitido por el Cabo Primero Carlos Muñoz Sierra – Suboficial de Administración del Ejército Nacional; Informe emitido por el soldado Oscar Vidales Benítez; Decisión proferida el 1° de octubre de 1997 por la Oficina de Instrucción Penal Militar de la Décima Sexta Brigada del Ejército, mediante la cual se ordenó la cesación del procedimiento adelantado en contra del soldado Oscar Vidales Benítez por el homicidio del señor Luis Fernando Lozano Ardila; Providencia dictada el 12 de noviembre de 1997 por el Tribunal Superior Militar, a través de la cual se confirmó la anterior decisión.*

⁶ *En ese sentido se pronunció la Sala en sentencia de junio 5 de 2008, exp. 16.589.*

ese centro asistencial del 12 al 20 de septiembre de 1996 (fls. 69 a 72 c 2); de su contenido sólo se extrae:

<<Pcte traído por la Policía al servicio de urgencias. Consciente con HAF #1 Abdomen, #1 Glúteo izq. #1 Muslo izq.>>.

- Oficio No. 2701, emitido por el INPEC el 29 de mayo 29 de 1997 (fl. 93 c 2), según el cual:

*“(...) revisado el archivo de Bajas de este establecimiento se encontró que el Señor PARRA JIMENEZ PEDRO ... **ingresó el 20 de septiembre de 1.996** y en **Noviembre 19 de 1.996**, con oficio 7970 se da de Baja por **Fallecimiento hechos ocurridos el 13 de noviembre**; fue atendido en el **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (...)**”. (Se deja destacado en negrillas).*

- Oficio No. 1660 de septiembre 12 de 1996 (fls. 100 a 102 c 2), mediante el cual el Comando Noveno del Distrito de Policía de Fusagasugá dejó a disposición de la Coordinación de Fiscalías de ese municipio a tres (3) personas retenidas por la comisión de algunos delitos, a saber: porte ilegal de armas y hurto dentro de un bien inmueble denominado la ‘Ilusión’.

Las personas dejadas a disposición de la Fiscalía General de la Nación fueron los señores Carlos Enrique Jiménez, Mario Sanabria Prieto y Alfonso Góngora Guevara; en dicho oficio se aludió a una cuarta persona, esto es la víctima Pedro Nel Parra Jiménez, quien según la autoridad policial *<<se encuentra recluido en el Hospital de esta localidad>>* (fl. 100 c 2).

En dicho informe se indicó:

“Los antes mencionados fueron capturados en la finca la Ilusión, vereda Cucharal baja Municipio de Fusagasugá de propiedad de la señora FABIOLA SANDOVAL, residente de Santa Fe de Bogotá, cuando efectuaban un atraco a la mencionada finca.

Una vez la Policía tuvo información mediante una llamada telefónica de una persona que no se identificó donde manifestó de que en la finca la ilusión aproximadamente cinco sujetos se encontraban atracando a la finca, se procedió a montar un operativo llegando hasta el sitio encontrando que estos sujetos en una habitación de la casa del Mayordomo tenían encerradas a la señora GRACIELA MELO, JULIO HERNANDEZ, MANUEL ALFONSO AMAYA, ISABEL MONTENEGRO DE MAYA, y el menor RAFAEL HERNANDEZ, procediendo de inmediato a efectuar las capturas de estos individuos produciéndose un intercambio de disparos con estos delincuentes quedando herido el sujeto PEDRO NEL PARRA JIMENEZ alias ‘RAMBO’”.

- Actas de notificación de derechos de los detenidos Mario Sanabria Prieto, Alfonso Góngora Guevara y Carlos Enrique Jiménez (fls. 106 a 108 c 2).

- Actas de incautación de armas, municiones y explosivos, dentro de las cuales se hallaba la pistola marca Browin, calibre 7.65 y un proveedor, retenida al señor Pedro Nel Parra Jiménez (fl. 109 c 2).

- Boletas de encarcelación de los señores Mario Sanabria Prieto, Alfonso Góngora Guevara y Carlos Enrique Jiménez en la cárcel del circuito de Fusagasugá, fechadas en septiembre 13 de 1996, por orden del Fiscal Primero Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de ese municipio (fls. 122 a 124 c 2).

- Oficio No. 3398 de septiembre 13 de 1996, a través del cual el Fiscal 1° Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá le solicitó al Comandante de la Policía de dicho municipio *<<ordenar a quien o quienes corresponda, presten vigilancia al detenido PEDRO NEL PARRA JIMENEZ quien [se] encuentra detenido en el Hospital de esta localidad>>* (fl. 142 c 2).

- Oficio No. 403 de septiembre 17 de 1996, por medio del cual el INPEC –Cárcel del Circuito Judicial de Fusagasugá– certificó que el señor Pedro Nel Parra Jiménez tenía antecedentes en dicho centro penitenciario por el delito de porte ilegal de armas, cuyo ingreso se produjo el 20 de agosto de 1996 y quedó en libertad el 28 de agosto siguiente (fl. 152 c 2).

- Auto proferido el 19 de septiembre de 1996, mediante el cual el Fiscal de la causa le impuso a la víctima, y a las demás personas detenidas, medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de hurto calificado y agravado, secuestro simple y porte ilegal de armas (fls. 161 a 166 c 2).

- Oficio fechado en septiembre 20 de 1996, a través del cual la Fiscalía encargada de adelantar la investigación, le solicitó al Comandante de la Policía de Fusagasugá disponer el traslado del señor Pedro Nel Parra Jiménez desde el Hospital San Rafael hasta la cárcel del circuito de dicho municipio *<<toda vez que en su contra pesa medida de aseguramiento>>* (fl. 167 c 2).

- Boleta de encarcelación No. 059 de septiembre 20 de 1996 del señor Pedro Nel Parra Jiménez en la cárcel del Circuito de Fusagasugá (fl. 168 c 2).

- Oficio No. 3204 de septiembre 20 de 1996, mediante el cual la Fiscalía encargada de adelantar la investigación le comunicó al Director de la cárcel La Modelo de Bogotá que, a partir de ese día, el señor Pedro Nel Parra Jiménez <<quedó recluido en ese centro carcelario, a disposición de la FISCALIA SECCIONAL 02 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO de Fusagasugá>> (fl. 216 c 2).

- Boleta de encarcelación No. 117 de septiembre 20 de 1996 del señor Pedro Nel Parra Jiménez en la cárcel Nacional La Modelo de Bogotá (fl. 217 c 2).

- Oficio No. 245 de octubre 8 de 1996, emitido por el médico jefe de la cárcel Nacional La Modelo de Bogotá, por medio del cual le informó al asesor jurídico de dicho centro penitenciario que el señor Pedro Nel Parra Jiménez, <<quien ingresó procedente del centro carcelario de Fusagasugá para tratamiento médico, tiene pendiente que se le practique cirugía (CIERRE DE COLOSTOMÍA) procedimiento que se puede realizar de acuerdo a la programación que se lleva en esta sección o remitirse a su lugar de origen para que sea realizada en el centro hospitalario de la localidad>> (fl. 219 c 2).

- Oficio No. 4008 fechado en octubre 23 de 1996, remitido por el Fiscal Quinto - Unidad Seccional de Fusagasugá al Director de la Cárcel Nacional La Modelo de Bogotá, por medio del cual le solicitó trasladar "... a la cárcel del Circuito de esta ciudad al señor PEDRO NEL PARRA JIMENEZ ... quien fue recluido en ese centro carcelario el día 20 de septiembre de 1996 (...)" (fl. 220 c 2).

- Resumen del historial clínico de la víctima, elaborado por el Hospital San Juan de Dios –Departamento de Informática y Admisiones–, el cual contiene la siguiente información:

- Fecha de ingreso: 29 de octubre de 1996.
- Fecha de egreso: 13 de noviembre de 1996.
- Causa de egreso: muerte.
- Ingreso: por urgencias.

- hora de ingreso: 19:10.

Allí también se consignó:

*(...) Paciente procedente de la cárcel Modelo quien recibió hace dos meses herida por arma de fuego, intervenido quirúrgicamente en el Hospital de Fusagasugá donde le realizaron Colostomía. **Hace una semana presenta dolor abdominal en hipocondrio derecho, fiebre no calificada y escalofrío.***

Al examen de ingreso se encontró: Paciente en mal estado en general elevación de los nitrogenados, colostomía funcional, secreción fétida y eritema en zona de colostomía, abdomen doloroso a la palpación, aunque sin signos de irritación peritoneal, resto de examen dentro de los límites normales.

*El Diagnóstico inicial fue: Dolor abdominal a estudio
Obstrucción intestinal parcial*

“.....

*A continuación se presenta un resumen de su evaluación: Paciente presenta orinas oscuras, **hace un mes anorexias**, 5 días de secreción fétida amarilla por colostomía, **dificultada para pronunciación desde hace mes y medio.***

*Se da manejo por la Unidad Renal por sospecha de insuficiencia renal aguda, se da manejo médico **pero el paciente está en pésimo estado general**, estupuroso.*

Se solicita cama en Unidad de Cuidados Intensivos; pero el 13 de Noviembre de 1996 a las 6:05 horas presenta paro cardiorespiratorio que no responde a maniobras de reanimación y FALLECE”. (fls. 252 y 253 c 2). (Destaca la Subsección).

1.3.- Respuesta –oficio 7028– dada por el Hospital San Juan de Dios al requerimiento hecho por el Tribunal Administrativo *a quo*, en relación con el resumen del historial clínico de la víctima (fls. 269 a 270 c 2); dentro de ese documento se indicó:

“Motivo de ingreso.

*Paciente con antecedente de colostomía por antecedente de herida por arma de fuego hace dos meses, refiere de **15 días de evolución dolor en área de colostomía, tos seca, fiebre, diuresis, hematuria, vómito en cuatro ocasiones. Cuadro de 4 días de anorexia.***

Al examen de ingreso se encontró.

***Deshidratación grado II**, colostomía permeable con antecedente de herida por arma de fuego hace dos meses, intervenido quirúrgicamente*

en el hospital de Fusagasugá donde le realizan colostomía. Se encuentra colostomía en flanco derecho drenando material amarillento líquido, eritema, dolor, y edema en flanco, ruidos intestinales disminuidos, dolor a la palpación generalizada de oredinino hemiabdomen derecho". (Negrillas adicionales).

1.4.- Copia auténtica de la historia clínica del señor Pedro Nel Parra Jiménez, remitida al proceso por el INPEC, la cual contiene el registro de la atención médica y asistencial suministrada al recluso durante el tiempo de permanencia en el centro carcelario La Modelo de Bogotá (fls. 454 a 479 c 2).

En cuanto a las anotaciones elaboradas por el personal de enfermería, se lee lo siguiente:

- Fecha: septiembre 2 de 1996; hora: 7:00 P.M.; <<recibo pte que viene de la jaula primaria con laparotomía exploratoria y colostomía. Manifiesta dolor, se le administra buscapina tbl. P/ Laboratorios y Val x cx>>; <<a las 19:00 Recibo Pte en la unidad en regular estado (ilegible) colostomía pendiente. Laboratorios valoración por cirugía>> (fl. 458 c 2);

- Fecha: septiembre 21 de 1996; hora: 8:00 A.M.; <<paciente en la unidad cama 7 = con colostomía de hace 8 días funcionando bien, asepsia y curación, **no hay la ampicilina formulada en hospitalizados**>> (se destaca); <<1 pm. Recibo turno con pte en la unidad estable p/ **pedir ampicilina en farmacia**. Manifiesta dolor, se le administra acetaminofén>>; <<19:00 = Recibo turno con paciente en la unidad en igual estado general>> (fl. 458 c 2).

- Fecha: septiembre 22 de 1996; hora: 7:00 A.M. <<recibo pte en unidad con colostomía en = estado general>>; <<1 pm. Recibo turno con pte en la unidad en buen estado genera. **P/ ampicilina en la farmacia y Val x cx. P/ Laboratorios**>>; <<19:00, recibo pte en la unidad en buen estado general, **pendiente pedir ampicilina en la farmacia y valoración médica por cumplir** y laboratorios>> (Se destaca) - (fl. 458 c 2).

- Fecha: septiembre 23 de 1996; hora: 7:00 A.M. <<pte alerta (ilegible) no presenta cambios>>; <<1 pm pte en iguales condiciones generales>>; <<19:00 = Recibo turno con paciente en la unidad en igual estado general>> (fl. 458 vto. c 2).

- Fecha: septiembre 24 de 1996; hora: 7:00 A.M. (ilegible); <<1 pm Recibo turno con pte en la unidad en aceptables condiciones generales>> (fl. 458 vto. c 2).

- Fecha: septiembre 25 de 1996; hora: 7:00 A.M. (ilegible); <<1 pm Recibo turno con pte en buen estado general>>; <<19:00. Recibo turno con paciente en la unidad en igual estado en general>> (fl. 458 vto. c 2).

- Fecha: septiembre 26 de 1996; hora: 7:00 A.M. <<pte no presenta cambios en cuadro clínico>>; <<1 pm Recibo turno con pte en la unidad en aceptables condiciones generales>>; <<19:00 Recibo pte en la unidad en aceptables condiciones generales (fl. 458 vto. c 2).

- Fecha: septiembre 27 de 1996; hora: 7:00 A.M. (ilegible); <<1 pm Recibo turno con pte en la unidad en buen estado general. Se retiran puntos intermedios>>; <<19:00. Recibo turno con paciente en la unidad en igual estado general>> (fls. 458 vto. y 459 c 2).

- Fecha: septiembre 28 de 1996; hora: 7:00 A.M. <<pte no presenta cambios, mejor estado gral>>; <<1 pm Recibo pte en la unidad en mejor estado. Se retiran puntos intermedios>>; <<19:00. Recibo Pte en la unidad en mejor estado general>> (fl. 459 c 2).

En similares condiciones a las anotadas y sin sufrir alteración alguna en su cuadro clínico, el paciente se mantuvo hasta el día 13 de octubre de 1996, día que, según la nota de enfermería registrada a las 2:00 P.M., presentó un desmayo (fl. 461 c 2) y se le aplicó complejo B.

No obstante lo anterior, las anotaciones de enfermería que a partir de ese día fueron registradas en la historia clínica del recluso no evidencian alteración o complicación alguna y se mantienen concordantes en relación con lo que habría sido el buen estado de salud del paciente hasta el día 16 de octubre siguiente, fecha en la cual se dispuso su salida al patio, a las 4 P.M. (fl. 461 vto. c 2).

El día 21 de octubre de 1996, aparece un nuevo registro de enfermería en relación con la atención suministrada a la víctima dentro del centro penitenciario; debió ser de nuevo hospitalizado hasta el 23 de octubre siguiente, fecha en la cual se dispuso otra vez su salida al patio a las 8: 00 A.M (fl. 465 c 2); sin embargo, dos días más tarde ingresó a las 3:30 P.M., por presentar deshidratación, diarrea,

vómito, frente a lo cual se le aplicaron unos medicamentos y se ordenó la práctica de exámenes de laboratorio (fl. 466 c 2).

Obra igualmente dentro del referido historial clínico, la práctica de diferentes exámenes de laboratorio de fecha 23 de septiembre de 1996 (fl. 456 c 2); reposa también el control de medicamentos suministrados al paciente-recluso Parra Jiménez, desde el día 20 de septiembre de 1996 hasta el 28 de octubre de ese año (fl. 457 c 2);

Finalmente, el 29 de octubre de 1996 se dispuso el traslado del señor Parra Jiménez al Hospital San Juan de Dios (fl. 461 vto. c 2).

2.- Responsabilidad de las entidades demandadas.

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Subsección encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por los actores, consistente en la muerte del señor Pedro Nel Parra Jiménez, acaecida el día 13 de noviembre de 1996, como consecuencia de una sepsis⁷ mientras se encontraba interno en el Hospital San Juan de Dios de la ciudad de Bogotá, previa remisión que a ese centro asistencial efectuó la Cárcel La Modelo el día 29 de octubre de ese mismo año, habida cuenta que sobre el paciente pesaba una medida de aseguramiento dispuesta por el Fiscal que adelantaba una investigación penal en su contra.

Ahora bien, a juicio de la Sala, el acervo probatorio impone concluir que el daño padecido por los demandantes no le resulta atribuible a la Policía Nacional, por cuanto se acreditó que el deceso del señor Parra Jiménez no fue consecuencia directa de la actuación desplegada por los agentes de esa entidad el 12 de septiembre de 1996, fecha en la cual la víctima fue capturada en el Municipio de Fusagasugá por cometer, en flagrancia, varios hechos punibles de manera simultánea.

En efecto, de acuerdo con el oficio 1660 de septiembre 12 de 1996 (fls. 100 a 102 c 2), el Comando Noveno del Distrito de Policía de Fusagasugá dejó a disposición

⁷ *“En medicina, se entiende por sepsis al síndrome de respuesta inflamatoria sistémica (SRIS) provocado por una infección, altamente sospechada o documentada y caracterizada por lesión generalizada del endotelio vascular (el endotelio se encuentra tapizando el interior de los vasos sanguíneos). Esta grave respuesta del organismo frente al daño endotelial se desarrolla como respuesta a microbios en la sangre, orina, pulmón, piel u otros tejidos (...).”* <http://es.wikipedia.org>

de la Coordinación de Fiscalías de ese municipio 3 personas que habían sido detenidas por la comisión de varios delitos; sin embargo, también existía una cuarta persona que por resultar herida, al parecer en la confrontación armada producida al momento de su captura por parte de los uniformados, fue remitida al Hospital San Rafael de Fusagasugá y que corresponde, de manera clara, al señor Pedro Nel Parra Jiménez, quien fue judicializado posteriormente por la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de ese municipio.

Los elementos de convicción antes reseñados y que consisten en aquellos cuya valoración en este litigio resulta procedente, no arrojan información alguna que permita establecer la supuesta agresión, desproporcionada y deliberada, que habría existido por parte de la Fuerza Pública hacia la víctima y muchos menos que el señor Parra Jiménez hubiere sido torturado, tal como lo ha planteado la parte actora.

En el proceso se acreditó, sin dubitación alguna, que la víctima resultó herida el 12 de septiembre de 1996 al ser sorprendido por agentes de la Policía al cometer varios delitos; no obstante, en el proceso no se halla completamente claro que las heridas le hubieren sido causadas con las armas de fuego de los uniformados que participaron en el operativo y, en el evento en que ello hubiere sido así, debe precisarse que tal hecho no se erige en este caso como la causa determinante o eficiente del daño⁸, dado que la víctima falleció dos meses después, a lo cual conviene agregar que una vez el señor Pedro Nel Parra Jiménez resultó herido, se dispuso su remisión a un centro hospitalario, en el cual le fue practicada una colostomía y permaneció interno en dicho lugar hasta el día 20 de septiembre de 1996, según se dejó consignado en el respectivo historial clínico, expedido por el Hospital San Rafael de Fusagasugá (fls. 69 a 72 c 2).

De allí que la víctima no hubiere sido presentado el mismo 12 de septiembre de 1996 ante la autoridad competente junto con las demás personas capturadas y, por supuesto, que su reclusión en el centro carcelario del circuito de Fusagasugá se hubiere producido el mismo día que salió del referido hospital, esto es el 20 de septiembre de 1996, según lo demuestran de manera clara *i)* el oficio fechado ese día, a través del cual la Fiscalía encargada de adelantar la investigación, le solicitó

⁸ "... conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata". Sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17.957.

al Comandante de la Policía de Fusagasugá disponer el traslado del señor Pedro Nel Parra Jiménez desde el Hospital San Rafael hasta la cárcel del circuito de dicho municipio <<*toda vez que en su contra pesa medida de aseguramiento*>> (fl. 167 c 2) y *ii*) la consiguiente boleta de encarcelación No. 059 (fl. 168 c 2).

Por consiguiente, carece de todo fundamento y además de veracidad el argumento planteado por la parte actora en el sentido de que la víctima no habría sido conducida de manera inmediata a un centro hospitalario el día en que resultó herido sino que, al igual que sus compañeros, habría sido presentado ante la Fiscalía General de la Nación y después de ello sí se habría dispuesto su remisión a un centro asistencial⁹.

Así las cosas, la Subsección estima que las imputaciones efectuadas en contra de la Policía Nacional no están llamadas a prosperar y, en esa medida, no le asiste responsabilidad alguna por el daño causado a los actores.

En cuanto a la responsabilidad que se demandó respecto del INPEC, derivada de la deficiente prestación del servicio de salud a favor del señor Parra Jiménez¹⁰, la Sala estima que dicho ente sí está llamado a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte de dicha persona sino por la pérdida de la oportunidad en recuperar su salud, tal como se pasa a exponer.

Dentro del proceso se probó que el mismo día en que el señor Parra Jiménez ingresó a la penitenciaría del circuito de Fusagasugá se dispuso, a su vez, la remisión del recluso a la cárcel La Modelo de Bogotá, sin que se halle completamente clara la razón por la cual se adoptó tal decisión; al parecer habría sido por aspectos relacionados con la atención médica que debía brindársele a la víctima debido a su estado de salud y a la reciente cirugía que le había sido

⁹ En la demanda se indicó: "*PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, herido fue dejado a disposición de la Fiscalía de Fusagasugá (...)*" (fl. 13 c 1).

¹⁰ En el libelo introductorio se estructuró la imputación en contra del INPEC, en los siguientes términos:

"Hubo fallas también en la prestación del servicio oficial por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), que recibió al detenido PEDRO NEL PARRA JIMENEZ en la Cárcel Distrital Modelo de Santa Fe de Bogotá y fue descuidado en su salud hasta cuando lo vieron agonizante, dispusieron su evacuación al Hospital san Juan de Dios". (fl. 15 c 1).

practicada, cuestión que se infiere del oficio 3204 de septiembre 20 de 1996, mediante el cual la Fiscalía de conocimiento le comunicó al Director de la cárcel La Modelo que a partir de ese día el señor Pedro Nel Parra Jiménez <<quedó recluido en ese centro carcelario, a disposición de la FISCALIA SECCIONAL 02 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO de Fusagasugá>> (fl. 216 c 2), toda vez que en ese mismo oficio se indicó, por parte del Fiscal Seccional 02, que adjuntaba <<el dictamen médico legal relacionado con [el] examen al señor PEDRO NEL PARRA JIMENEZ>>, evaluación que no fue allegada al expediente, pero que le permite a la Sala deducir que esa habría sido la razón para trasladar al recluso, tal como lo expuso la parte actora en la demanda¹¹.

Ahora bien, al margen de esa situación –que en modo alguno incide en la conclusión a la cual habrá de arribarse– la Corporación encuentra que el recluso, desde su ingreso a la cárcel La Modelo, fue objeto de la respectiva valoración médica y se dispuso su hospitalización a partir de tal día –20 de septiembre de 1996– y asimismo recibió la atención por parte del personal médico y de enfermería del centro carcelario durante casi dos (2) meses, pero lo cierto es que el señor Parra Jiménez no recobró su salud.

Ciertamente, a la Sala no le queda el menor asomo de duda de que el recluso recibió un tratamiento médico continuo, pues el historial clínico aportado por el INPEC así lo demuestra; sin embargo, nótese cómo en el oficio 245 de octubre 8 de 1996, el médico jefe del centro penitenciario informó acerca de la necesidad de practicarle una cirugía a la víctima, consistente en el cierre de la colostomía que le fue practicada en el Hospital San Rafael de Fusagasugá, sin que en el proceso obren pruebas que determinen que tal procedimiento se efectuó y mucho menos de que el requerimiento elevado hubiere sido respondido por parte del personal directivo o jurídico de la cárcel La Modelo de Bogotá.

La Sala estima que de haberse realizado la cirugía advertida por el personal médico del INPEC, la cual, según lo anotado por el médico jefe de la institución dentro del aludido oficio 245 de 1996, el cierre de la colostomía se habría podido efectuar de acuerdo con la programación que tenía dispuesta la Sección Médica

¹¹ “PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, herido fue dejado a disposición de la Fiscalía de Fusagasugá y por su pésimo estado de salud, a consecuencia de las heridas de bala que le propinó la policía, el Fiscal decidió remitirlo a la Cárcel del Distrito Judicial Modelo de Bogotá, para que fuera atendido por los médicos de la sanidad carcelaria” (fl. 13 c 1).

de la cárcel La Modelo (fl. 219 c 2); sin embargo, ello no se produjo, pues, se insiste, en el proceso no obran pruebas que determinen que tal procedimiento se realizó y mucho menos de que el requerimiento elevado hubiere sido respondido por parte del personal directivo o jurídico de la cárcel La Modelo de Bogotá, por lo cual se le privó a la víctima de poder recobrar su salud a través de la remisión oportuna a un centro hospitalario para tal efecto, pero ello sólo se produjo un mes y nueve días después de haber ingresado a la penitenciaría y no obstante que casi durante todo ese tiempo el recluso estuvo en la unidad de sanidad de la cárcel La Modelo, sin recuperar su salud.

A lo anterior se adiciona, como ya se indicó, que no obstante que en los registros de enfermería aparece consignado de manera periódica y casi calcada, el normal o buen estado de salud del paciente-recluso, lo cierto es que los hechos hablan por sí solos y demuestran, sin ambages, que el interno nunca logró recuperar su salud y, por consiguiente, se le privó de la posibilidad de poder hacerlo, mediante la práctica de la aludida cirugía.

Corroboran lo anterior, esto es el grave estado de salud que tenía el interno al momento de ser recibido en el centro asistencial, el resumen del historial clínico elaborado por el Hospital San Juan de Dios, que en lo que respecta al ingreso del paciente, se consignó: <<*Paciente en mal estado en general*>>; reportó, además, desde una semana atrás <<*dolor abdominal en hipocondrio derecho, fiebre no calificada y escalofrío*>>; también se indicó que el paciente se hallaba en estado de deshidratación grado II y desde hacía 15 días presentaba <<*dolor en área de colostomía, tos seca, fiebre, diuresis, hematuria, vómito en cuatro ocasiones. Cuadro de 4 días de anorexia*>>, cuestión que evidencia que la víctima, se insiste, no logró recuperar su salud durante el paso de los días y, por consiguiente, ante ese hecho debió disponerse su traslado al centro asistencial desde mucho antes para efectos de que recibiere una mejor atención y, de esa manera, contar con el 'chance' de recuperar su salud, habida cuenta que dentro del centro carcelario no lo había ni lo estaba logrando.

En relación con este tema, la Sala ha precisado <<*que es deber del Estado procurar atención en salud a quien se encuentre privado de la libertad, en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación*>>¹², por

¹² Sentencia de 10 de agosto de 2001, exp. 12.947; M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

manera que ante un hecho evidente, como lo era la falta de recuperación de la salud del interno Parra Jiménez, la entidad demandada debió disponer su traslado a un centro asistencial antes de que su estado empeorare, lo cual precisamente no ocurrió, máxime cuando el ordenamiento jurídico vigente para la época de los hechos permitía tal actuación, según lo normado en el inciso tercero del artículo 106 de la Ley 65 de 1993 –Régimen Penitenciario y Carcelario–, según el cual: *“El director del establecimiento de reclusión queda autorizado, previo concepto del médico de planta, a ordenar el traslado de un interno a un centro hospitalario en los casos de enfermedad grave o intervención quirúrgica, bajo las medidas de seguridad que cada caso amerite”*.

La situación que se ha advertido, precisa la Sala, no puede catalogarse como constitutiva de la causa directa del daño, toda vez que no existe certeza alguna en el proceso de que a través de un tratamiento distinto al suministrado por el INPEC o mediante la remisión oportuna al centro asistencial, antes de la agravación del estado de salud del interno, se hubiere logrado salvar su vida; sin embargo, no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, pues como se dejó indicado anteriormente, dicha responsabilidad resulta comprometida, con fundamento en la figura denominada como pérdida de oportunidad o de *chance*, frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de agosto 11 de 2010¹³ –reiterada por esta Subsección en sentencia de 7 de julio de 2011¹⁴–, elaboró importantes precisiones acerca de su noción, aplicación e indemnización como un rubro autónomo del daño, en los términos que a continuación se acogen nuevamente por la Subsección, *in extenso*:

“2.- La “pérdida de oportunidad” o “pérdida de chance” como modalidad del daño a reparar.

Se ha señalado que 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, a una zona limítrofe que se corresponde con “ ... una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento ..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en

¹³ Expediente 18.593.

¹⁴ Expediente 20.139.

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”¹⁵.

En ese orden ideas, 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, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial¹⁶; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba¹⁷, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

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 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; no ofrece lugar a la menor hesitación que “esa 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. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”¹⁸.

¹⁵ CAZEAUX, Pedro, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, N° 10, p. 23 y ss., apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26.

¹⁶ MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

¹⁷ En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *acere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

¹⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso¹⁹.

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación

“... se requiere, ante todo, como en los demás casos de daños patrimoniales, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido. Pero a continuación, como sólo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un razonado balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquella y, en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable, que guarde proporción con la ganancia esperada y que se perdiera, como igualmente con las demás circunstancias del caso”²⁰.

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

¹⁹ En la anotada dirección, se ha sostenido lo siguiente en punto de aquello en lo que consiste la pérdida de oportunidad: “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. Cfr. LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad Civil Profesional*, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

²⁰ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 35.

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”²¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes²²;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida²³; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de

²¹ *Idem*, pp. 38-39.

²² A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.”

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

²³ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían²⁴—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”²⁵.

Frente a la descrita conceptualización de la pérdida de oportunidad como una modalidad del daño provista de las antedichas singularidades, también se ha caracterizado la figura en comento como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad en tanto que elemento de cuya concurrencia se precisa en el juicio de responsabilidad, por entender que la operatividad de la mencionada noción de pérdida de chance permite corregir el desequilibrio en el cual, en algunas ocasiones, se encuentra la víctima dadas las dificultades probatorias a las que debe hacer frente y que la ubican “en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de conocimientos y medios para apreciar si hubo o no causalidad”²⁶, de suerte que la noción de pérdida de oportunidad “entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo”²⁷; desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad se constituye en una técnica a utilizar en eventos en los cuales existe incertidumbre causal, por manera que

“... garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las posibilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura.

(...)

Lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la técnica presuntiva y

²⁴ Al respecto la doctrina afirma que “...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”’. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

²⁵ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

²⁶ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 79.

²⁷ *Idem*, p. 79.

la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de éstas, no persigue una estricta facilitación del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.

(...)

En conclusión (...) una hipótesis de pérdida de chance puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético)²⁸.

Desde la postura a la cual se viene haciendo alusión se sostiene que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación recientemente se ha dado en el ámbito del derecho de daños —especialmente tratándose de la responsabilidad médico-sanitaria—, pero que realmente se originó en el derecho de contratos —y se cita como fuente el caso *Chaplin v. Hicks*, de 1911, en el Reino Unido, en el cual se reconoció a la demandante, una de las cincuenta finalistas de un concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de la oportunidad de optar a uno de los premios del certamen como consecuencia de no haberle sido notificado por el demandado el día en el cual se celebraba la final—; de acuerdo con este enfoque,

“... la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (*Probabilistic Causation*), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél diligentemente” (énfasis añadido)²⁹.

De acuerdo con esta concepción, entonces, “la doctrina de la pérdida de oportunidad **se emplea en supuestos de estricta incertidumbre**

²⁸ *Ibidem*, pp. 87 y 264.

²⁹ LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 288, pp. 3-4; accesible en <http://www.indret.com/pdf/288.es.pdf>.

causal³⁰, por manera que no deben catalogarse como “pérdida de chance” ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance “... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada”³¹. (Destaca la Sala).

No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad proporcional —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance—; así se expone la primera alternativa en mención:

“Acotado así, relativamente, el ámbito dentro del cual entra en juego la doctrina de la chance, la indemnización que se propugna desde estos postulados tiene como límite insuperable el valor de la ventaja dejada de obtener, tanto cuando ésta es de índole económica como cuando es de índole personal. **El resarcimiento por la pérdida de una chance ha de ser siempre inferior al que procedería por la pérdida de la ventaja, si el daño causado hubiera consistido efectivamente en esta pérdida.** Quien es privado de participar en una competición, en un sorteo o en un concurso, siempre de resultado incierto, sufre un perjuicio que, según la doctrina de la pérdida de oportunidad, ha de ser

³⁰ Ejusdem, p. 88.

³¹ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, La teoría de la pérdida de oportunidad, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: “Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada” (énfasis añadido).

resarcido, pero la indemnización no puede ser igual al monto de la ventaja pretendida.

Sentado el referido límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el quantum mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto (...), es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice que “la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida”³² (Subraya la Sala).

La explicación transcrita pone en evidencia que si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el detrimento no evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad, según lo refleja la siguiente reflexión realizada en relación con la pérdida de chance en el específico ámbito de la responsabilidad médica:

“Con ello se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria que permite presumir que el facultativo, con su acción u omisión, causó un daño abstracto (la oportunidad perdida, Lost Chance) del que debe responder. De este modo, no se considera la conexión directa entre la negligencia médica y la producción del daño sino, por un razonamiento a contrario, entre el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño. Se dice así que esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado, no negligente, y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión médica y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción (ya que, en toda hipótesis, la certidumbre que puede afectar a la oportunidad en el plano estadístico muda en incertidumbre en el plano individual).”

³² Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, La teoría de la pérdida de oportunidad, cit., pp. 106-107.

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso³³ (énfasis añadido).

A juicio de la Sala, el panorama expuesto permite concluir que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. No.

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto³⁴; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”³⁵.

³³ LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria”, cit., pp. 5-6. Lo expuesto permite entender por qué razón el citado autor —p. 13— critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo español cuando en ella la indemnización concedida, invocando la doctrina de la pérdida de oportunidad, comprende la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima, “cuando el daño se reducía estrictamente a la pérdida de posibilidades de curación. En estos casos el Tribunal Supremo flexibiliza la prueba del nexo causal y afirma que «no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud». Si bien estos casos han sido identificados en ocasiones como supuestos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo cierto es que el Tribunal Supremo no sólo no se pronuncia expresamente al respecto sino que, antes bien, considera acreditada -o acaso presumida- la relación de causalidad entre la negligencia médica y el perjuicio final. Sin embargo, como se defiende en este trabajo, lo correcto hubiera sido indemnizar exclusivamente por el valor de las oportunidades perdidas”.

³⁴ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación, cit., pp. 42-57.

³⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil. Tomo II, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es la “diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad”.

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de chance—.

En otros términos, la noción de pérdida de oportunidad sí comporta un análisis en sede de causalidad, pero se trata de un examen circunscrito a la existencia de vínculo causal entre la conducta o el hecho dañino y la desaparición de las probabilidades de ganancia o de evitación del deterioro, sin que en manera alguna deba extenderse al estudio de la relación de causalidad entre tales acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima.

Sólo esta comprensión respecto de los alcances de la figura de la pérdida de oportunidad evita convertirla en fuente de decisiones erróneas, como lo sería el derivar del proceder antijurídico del demandado una presunción de causalidad respecto del daño finalmente producido, aún cuando la correspondiente relación causal no se encuentre debidamente demostrada o, también, disminuir los montos indemnizatorios con fundamento en el reconocimiento de irresponsabilidades parciales, en eventos en los cuales realmente debería ordenarse una indemnización íntegra. El entendimiento de la noción de pérdida de oportunidad que la Sala comparte y que ha dejado expuesta, corresponde por tanto, en sus principales lineamientos, con la siguiente descripción que de la tantas veces nombrada figura se realiza con referencia al ámbito de la responsabilidad médica:

*“Hay, además, posturas intermedias, que tienen en común los siguientes puntos: a) distinguen la llamada chance de sobrevida y de curación, de las tradicionalmente admitidas en la jurisprudencia y en la doctrina; b) **recalcan la autonomía del daño producido por la pérdida de la chance, como daño diferente del resultado lesivo en sí (muerte, enfermedad, etc);** c) **identifican con claridad que la teoría de las chances, correctamente aplicada, se mueve en el campo del daño (su extensión), y no en el de la causalidad;** d) señalan que la chance de sobrevida y de curación también **requieren prueba de la relación de causalidad adecuada entre la culpa y ese daño específico: la pérdida de la posibilidad u oportunidad,** y e) critican a la*

jurisprudencia francesa, pero sólo a aquellas decisiones en las que, bajo el nombre de reparación de chances de sobrevida, en realidad se han indemnizado supuestos de culpa médica, sin que estuviese acreditada con certeza la relación causal entre esa culpa y la pérdida de posibilidad o “chance”.

(...)

Criterio éste que, en los últimos tiempos, ha sido defendido entre nosotros, por HERSALIS, MAGRI y TALCO (...) y también por PRÉVOT, cuando dice que, en los casos en que “se yuxtaponen un proceso patológico en evolución y una conducta profesional imperita, basta tan sólo con determinar qué gravitación causal tuvo cada condición en el devenir dañoso”, agregando que **tal teoría “supone indefectiblemente ampliar la noción de causalidad y distinguir o dar autonomía a dos causalidades distintas, una, la que enlaza la culpa médica con el resultado final —verbigratia: muerte, incapacidad, lesiones—, otra (¿virtual?), la que relaciona la impericia profesional con la pérdida de las probabilidades de vida o curación”**.

(...)

Lo cierto es que, en los hechos, la pérdida de la chance, referida ya, como corresponde, al daño indemnizable y a su extensión, “constituye un atenuante a la hora de la fijación del quantum indemnizatorio, actuando como un sustraendo del monto total a conceder a la víctima”³⁶ (énfasis añadido).

Todo lo dicho no quiere significar, en manera alguna, que la Sala desconozca que la exigencia probatoria respecto de la relación de causalidad, en no pocos eventos, difícilmente podrá comportar el acceso a niveles de certeza absoluta o de plena prueba, comoquiera que se admite sin titubeos que si bien en principio del ligamen causal existente entre un hecho y un resultado puede predicarse su carácter de inmutable en cuanto dicha relación pende de las leyes de la naturaleza, mal podría desconocerse que la fe del pensamiento de la ilustración en los avances científicos, en el paradigma mecanicista newtoniano y en el conocimiento empírico como herramientas aptas para proporcionar certezas incuestionables —al amparo de la idea de que el mundo natural está regido por leyes causales del tipo “si X, entonces siempre Y”—, dicha fe ha cedido el paso, particularmente a partir de los desarrollos alcanzados por la física cuántica, a la idea de que el conocimiento empírico no permite establecer con absoluta certeza si un hecho, como acontecimiento causal, es o no verdadero y que lo máximo que el saber científico posibilita es hallar el grado de probabilidad de la correspondiente cuestión fáctica con base en los elementos de juicio disponibles y en determinadas pautas de racionalidad.

En ese orden de ideas, el mundo físico no está regido por leyes causales sino probabilísticas del tipo “si X, entonces Y en un porcentaje Z”³⁷; a este respecto, en ocasión anterior la Sala expresó:

“Sin que se escape a la Sala, como con acierto lo pone de presente Goldenberg —quien refleja de muy ilustrativa manera la

³⁶ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., pp. 189-196.

³⁷ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 80-81.

altamente compleja idea de la relatividad desarrollada, entre otros, por Albert Einstein—, que “la física moderna ha reformulado el concepto de causalidad a partir del cuestionamiento del postulado tradicional de “uniformidad de la naturaleza” de acuerdo al cual dado un antecedente el resultado opera inexorablemente de la misma manera. Actualmente no es aceptable ya un determinismo causal rígido, en virtud de la comprobación que la energía se libera en saltos discontinuos e irregulares cuyo origen y dirección no son aún conocidos.

El riguroso mecanicismo es reemplazado por el concepto de **probabilidad** como medida del azar: junto al mundo de la causalidad está también lo fortuito, la física cuántica ha combinado las ideas de causación y azar; lo que anteriormente se consideraban leyes comprobadas ahora se reputan verdades aproximadas, simples posibilidades, lo que conduce a un concepto **flexibilizado** de causa” (énfasis en el texto original). GOLDENGERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 7³⁸.

Sin embargo, la aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante³⁹ —baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica⁴⁰—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009; Radicación No.: 050012326000-1995-01203-01; Expediente No. 17145.

³⁹ El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos:

“En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (subraya la Sala). Cfr. DE ANGEL YAGÚEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-79.

⁴⁰ A este respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos, a los cuales se hará nuevamente alusión, con mayor detenimiento, más adelante dentro del presente proveído: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entremezclarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.

Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.

En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

Ahora bien, para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer si una oportunidad perdida es resarcible, o no y en qué monto

“... el juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima.

Sólo entonces surgirá la cuantificación definitiva del chance perdido. Cuando se determine si era probable que se concretara y, por lo tanto, fuese indemnizable; en su caso en qué medida o proporción lo era o si en definitiva no lo era verdaderamente, en cuyo caso no sería, entonces, resarcible”⁴¹.

⁴¹ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *La pérdida de chance*, cit., pp. 276-277.

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 otras⁴².

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, de modo que “la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y

⁴² Un ejemplo que ilustra la dinámica de la probabilidad matemática con base en la denominada Ley de Laplace, es el consistente en que la probabilidad de que al lanzar un dado salga el número cinco (5), se halla dividiendo 1 (toda vez que sólo existe un caso favorable) entre 6 (vale decir, el número de eventos posibles), operación que arroja la cifra de 0,166 o del 16,6%; se trata, sin duda, de un criterio de medición con un elevado grado de precisión pero que empleado por las ciencias sociales debe hacer frente al inconveniente de que en la realidad los sucesos rara vez son equiprobables, dada la multiplicidad de matices que rodean el desarrollo de los acontecimientos; la probabilidad frecuencial, a su turno, presenta la debilidad consistente en que al efectuar en abstracto la determinación del grado de probabilidad de acierto, no tiene en cuenta las circunstancias específicas del caso considerado, cosa que sí permite la probabilidad bayesiana, pero con un innegable riesgo de subjetividad; para la probabilidad lógica, finalmente, el cálculo probabilístico es “el análisis inductivo aproximado o estimativo de la vinculación lógica entre el hecho y las pruebas para determinar la medida en que aquél resulta confirmado por éstas”, por manera que “tanto más probable resulta una hipótesis cuanto mayor sea su unión lógica con los datos disponibles”. A este respecto véase MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 289-313.

*Lo cierto es que con el propósito de reconstruir la oportunidad con la cual contaba la víctima antes del acaecimiento del hecho dañino, el juez no sólo puede sino que se encuentra en el deber de buscar indicios tanto en los elementos específicos que le ofrece el caso concreto a resolver, como las circunstancias propias del contexto en el cual el evento tuvo ocurrencia —las normas jurídicas aplicables, la realidad social del país o del entorno más limitado del cual se trate, etcétera—. Sobre este asunto véase HENAO, Juan Carlos, *El daño*, cit., pp. 161-162.*

que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”⁴³.

En relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la noción de pérdida de oportunidad, debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta⁴⁴, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística⁴⁵, así como la distinción —también referida previamente en

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 15.772.

⁴⁴ Así, en pronunciamiento en el cual condenó a la entidad demandada —Hospital Militar Central— por entender que incurrió en una falla en la prestación del servicio a su cargo al incurrir en una omisión en el deber de información al paciente que le impidió a éste optar por someterse o rehusar la intervención médica, con lo cual se le privó de “la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”, la Sala expresó lo siguiente en relación con el contenido de la noción de “pérdida de oportunidad” que invocó como sustento de la condena:

“Así ocurre en materia de pérdida de oportunidad y en cada caso se impone el examen de los hechos que permita calificar el daño. La pérdida de oportunidad en ocasiones es un perjuicio actual y en otras un perjuicio futuro. Invocada la posibilidad de un perjuicio cuya realización no puede constatarse, la incertidumbre subsistirá por siempre pero la oportunidad existía, se perdió y en forma definitiva. Hipótesis en el terreno judicial suelen concebirse como la del abogado que no apeló y por ello se perdió la oportunidad de éxito en el recurso. Si la oportunidad aparece como nula o prácticamente nula el perjuicio se limita a los gastos resultantes para el cliente por el error cometido por el responsable.

(...)

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios” —La Responsabilité Civile, Philippe Le Tourneau, Dalloz, 1972, p. 112 —.

(...)

Se recuerda que la falla no consistió en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna (ver su copiosa historia clínica contenida en el c. 3), sino en la pérdida de oportunidad del paciente, ampliamente comentada. Esto nos conduce necesariamente a reflexionar sobre el monto de la condena.

(...)

Entonces, tomando como referencia el ya deteriorado estado de salud presentado por LUIS ALFREDO SÁNCHEZ antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado, reconocer a los demandantes las siguientes sumas: ...” (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2002; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

⁴⁵ Así lo estableció la Sala en un caso en el cual consideró probada la falla del servicio en la cual incurrió el Instituto Nacional de Cancerología al omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos a la realización de una biopsia, exámenes cuyo recaudo se encontraba dentro de las capacidades y posibilidades del Instituto demandado; dichos exámenes habrían brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la paciente y, por consiguiente, habrían aconsejado a los galenos la realización de procedimientos diferentes de la biopsia que practicaron, la cual no estaba indicada en el caso concreto y generó el daño cuya reparación se dispuso; sin embargo, el Instituto accionado sostuvo en su defensa que el vínculo de

causalidad entre la intervención realizada por los médicos y el daño sufrido por la paciente no estaba probado, pues las causas que lo originaron pudieron ser varias, argumentación frente a la cual la Sala expuso que dicho ligamen causal puede entenderse acreditado a partir de la demostración de una probabilidad preponderante o determinante, para luego señalar que la falla de la entidad accionada privó de una oportunidad de curación a la víctima directa del daño:

“En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejia sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada.

(...)

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”. Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”.

(...)

Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejia de su hija, derivada de la falla médica” (subrayas fuera del texto original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169.

La argumentación realizada por la Sala en este pronunciamiento evidencia que se ha admitido la demostración del vínculo causal con apoyo en la existencia de una probabilidad determinante o de un “grado suficiente de probabilidad”, en los eventos en los cuales resulta imposible la obtención de certeza absoluta o de plena prueba respecto del tal aspecto del juicio de responsabilidad, de un lado y, de otro, que para la aceptación de dicha tesis no fue necesario efectuar alusión o buscar apoyo alguno en la noción de pérdida de oportunidad, circunstancia que reitera lo expuesto precedentemente en el presente fallo en el sentido de que la prueba de la causalidad —valiéndose de elementos probabilísticos, o no— constituye un extremo diverso del de la existencia de una modalidad autónoma de daño, cual es la pérdida de oportunidad.

Llama la atención, de todos modos, que en el pronunciamiento que se acaba de traer a colación se haya señalado que el daño que se consideró causalmente vinculado con la falla en el servicio —como lo refleja la transcripción realizada en esta nota a pie de página— haya sido la pérdida de oportunidad de mejorar la situación física de la paciente y no la paraplejia —daño “final” o “definitivo” sufrido— que a ésta le sobrevino, pues los argumentos sustentados en la causalidad probabilística parecían apuntar a justificar la demostración del vínculo causal respecto de la lesión definitivamente sufrida por la víctima directa y no respecto de la sola pérdida de chance; lo anterior se ve reiterado con el hecho de que el Instituto Nacional de Cancerología es condenado a indemnizar los perjuicios derivados de la paraplejia y no de la pérdida de oportunidad, extremo que lleva a pensar que realmente el recurso a esta última noción, en el aludido pronunciamiento, podría haber sido innecesario.

este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

“Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente ? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?.

- En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?.

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.

(...)

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?.

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”.

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

‘Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’une chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

'CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

'Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria⁴⁶. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

'En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine

⁴⁶ Nota no incluida en la sentencia citada: En criterio de la Sala, este tercer elemento al cual hace alusión la referencia doctrinal efectuada en el fallo citado —“Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa”— no se corresponde con la naturaleza y alcances de la noción de pérdida de oportunidad que la Sala prohija ni con los parámetros que para el análisis de la responsabilidad del Estado consagra el artículo 90 de la Constitución Política, pues dicho tercer elemento autorizaría que se condene al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de una pérdida de oportunidad, aún cuando en el proceso no se haya demostrado que este daño resulta atribuible a la acción o a la omisión del accionado; en otros términos, se avalaría la imposición de condenas sin que se haya demostrado la causalidad, conclusión a todas luces contraria al tipo de examen que debe acometerse en el derecho de daños a fin de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad de quien se señala como agente causante del perjuicio. El razonamiento efectuado por la Sala inmediatamente a continuación, en el propio pronunciamiento citado, pone de presente que la relación causal entre la falla en el servicio y la pérdida de la oportunidad de mejoría o de curación, sí debe estar demostrada y que es una relación causal diferente a la que debía demostrarse —y de hecho, en ese proceso, no fue posible acreditar— entre dicha falla y la muerte del paciente.

qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo'. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir (47).

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse sí tiene nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indiciariamente: ...⁴⁸ (negrillas en el texto original; subrayas fuera de él).

⁴⁷ Nota original de la sentencia citada: Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actor Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S.

⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, Radicación número: 12548. Los indicios que en el fallo citado fueron tenidos en cuenta para entender acreditada la relación causal entre la falla en el servicio y la pérdida de oportunidad, fueron los siguientes:

“- Al recibo del paciente por parte del Hospital San Jorge no se dejaron anotaciones en la hoja clínica relativas a que hubiese llegado en estado terminal o de pre muerte; de ser así se habría dejado constancia de ello en la historia clínica, se habría prevenido de tal circunstancia al paciente y a sus familiares, y no se habrían hecho indicaciones médicas de evaluación por el neurólogo y la orden de practicar una escanografía.

- El hematoma subdural que se encontró en la necropsia, según dicho del médico testigo, fue relativamente “extenso en altura, en longitud, pero no en espesor, que es este último el que más deterioro produce. Las otras dos causas como son el edema y la hemorragia subaracnoidea en ciertos momentos puede producir complicaciones muy severas e irreversibles pero de todas formas siendo un hematoma subdural agudo no se podía garantizar que con la cirugía el paciente se salvara, porque la mayoría de los hematomas subdurales agudos se mueren con o sin cirugía”.

- Se constituye en indicio grave en contra del demandado el hecho relativo a que el transcurso del tiempo en el paciente, con trauma craneoencefálico, sin recibir atención, la “evolución de la comprensión que a mayor sea el tiempo mayor complicaciones va a ocasionar” y eleva el riesgo; así lo indicó el declarante médico”.

Llama la atención, de todos modos, que en el referido fallo, a pesar de dejarse claro que se condena a reparar la pérdida de oportunidad y no la muerte del paciente, posteriormente, al abordar el tema de los perjuicios, se intitula el acápite correspondiente del siguiente modo:

“G. Perjuicios morales por la muerte de Frankil Carmona Montoya” (énfasis añadido).

En otra ocasión la Sala formuló consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad —de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un sucedáneo de la acreditación del vínculo causal, mismo que, no obstante, se recalcó que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria⁴⁹—, de la necesidad de cuantificar científica y estadísticamente

Ello resulta más llamativo aún si se tiene en cuenta que la indemnización se fija en la sentencia de manera proporcional respecto de la que hubiere procedido en el evento de haberse dispuesto la reparación por el deceso de la víctima directa:

“En lo que atañe con la fijación de la indemnización la Sala estima que la indicada por el Tribunal no es proporcional a la realidad de los hechos, pues se sabe que el paciente ingresó con un trauma craneo encefálico, ocasionado en un accidente de moto, tráfuma respecto del cual se desconoce, a ciencia cierta, si su tratamiento sería exitoso. Sin embargo como las irregularidades administrativas, que fueron varias y graves, condujeron a la pérdida de una oportunidad de chance para la recuperación del paciente.

Por lo tanto se modificará la condena impuesta al demandado; se reducirá al 60% de lo fijado por el a quo”.

También resulta llamativo que en la sentencia no se explicita si la reducción en el porcentaje referido encuentra apoyatura en datos estadísticos consignados en alguna prueba pericial o en la literatura especializada o si se trata de una determinación fundada en la equidad.

Algo similar ocurre en el pronunciamiento que se cita a continuación, en el cual la conceptualización respecto de la pérdida de oportunidad se reitera, en idénticos términos a los transcritos y se reduce la condena ordenada por el a quo en un 50%, sin que se explicita si ello obedece a la proporción que se deriva de las probabilidades de supervivencia de conformidad con la literatura médica, con alguna experticia técnica o si se trata de una valoración en equidad; en dicha sentencia, además, la Sala expresó lo siguiente:

“La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse.

(...)

La Sala encuentra procedente la pretensión de indemnización del perjuicio moral, como lo concluyó el a quo. Sin embargo encuentra que la fijación de indemnización para los favorecidos con ella, en la suma para cada uno de ellos en ochocientos gramos oro, al valor en pesos colombianos para el día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, resulta excesiva.

*Y lo considera de esa manera teniendo en cuenta los siguientes hechos antecedentes; que: *) se confesó en la demanda que la paciente fue llevada a atención médica por una “afección cardíaca”; *) el diagnóstico sobre la misma paciente fue “mal estado general” y otras indicaciones y *) la muerte, según el registro de defunción fue por “fibrilación ventricular”. Estos antecedentes son indicativos que la omisión administrativa, como ya se dijo, no puede imputarse como **causa** de muerte sino como **causa de pérdida de oportunidad para recuperarse**. Por lo tanto la condena impuesta en primera instancia se reducirá a la mitad, es decir la indemnización para cada uno de los favorecidos será por el valor en pesos colombianos al momento de ejecutoria de la sentencia en cuatrocientos gramos” (subrayas fuera del texto original). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 13006.*

⁴⁹ *En relación con este extremo la Sala sostuvo lo siguiente:*

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” — Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la

la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite —como no podría ser de otro modo— la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda⁵⁰:

“También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o

responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.—, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios — Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.—. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15.772).

⁵⁰ Como de hecho fueron denegadas en el caso concreto resuelto mediante el pronunciamiento en cita, en el cual el análisis se centró en establecer si existía, o no, vínculo causal entre la producción del paro cardiorrespiratorio que sufrió un menor de edad en fase de pos operatorio y la prestación del servicio médico que la parte demandante calificaba como negligente y errada en todas sus etapas; por el contrario, el Hospital demandado adujo en su defensa que el referido paro fue una consecuencia natural e inevitable de la grave enfermedad que aquejaba al paciente. La Sala consideró que si bien las pruebas testimonial y documental recaudadas en el proceso hacían evidente la ocurrencia de irregularidades en la prestación del servicio médico, no existía elemento acreditativo alguno que permitiera construir un indicio en torno de la existencia de nexo causal entre el paro cardiorrespiratorio que sufrió el menor en el pos operatorio y la irregular atención que se le brindó desde su llegada al Hospital y en el acto quirúrgico propiamente dicho. Al contrario, la Sala estimó que obraban pruebas en el expediente que confirmaban que el daño constituyó una secuela natural de la propia enfermedad, la cual no pudo ser evitada por los médicos que lo asistieron y, en consecuencia —como se ha dicho— fueron denegadas las pretensiones de la demanda, para lo cual se argumentó que la noción de pérdida de oportunidad no puede ser empleada como sucedáneo de la prueba del vínculo causal entre la falla y el daño a reparar.

preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

(...)

Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, **y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales**” (énfasis añadido)⁵¹.

3.- La pérdida de oportunidad en el caso sub examine.

Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen.

Pues bien, aunque en este asunto, como se dejó indicado anteriormente, no puede concluirse con certeza que la no práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en el paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público.

Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse.

Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

duró interna en el hospital por más de 5 horas sin practicársele evaluación alguna para contar con mayor información para un diagnóstico más exacto, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa.

“.....

5.- Indemnización de perjuicios.

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁵²— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo”. (Negrillas y subrayas del original).

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la pérdida de oportunidad como un perjuicio de naturaleza autónoma, en los siguientes términos: <<(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño - sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el

⁵² Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente>>⁵³. (Se destaca).

3.- La pérdida de oportunidad en el presente caso.

Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada, sin que constituya un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexos causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen.

Pues bien, aunque es cierto que en este asunto no puede concluirse con la fuerza de convicción necesaria que la actuación –o mejor– la omisión de la entidad demandada en disponer el traslado del interno a un centro asistencial antes de que su estado de salud empeorare y mucho menos de que la atención médica concedida por el centro penitenciario al recluso hubiere sido indebida o inadecuada y, por ende, que esos aspectos pudieren erigirse en la causa determinante del deceso del señor Parra Jiménez, no es menos cierto que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público, puesto que no obstante que se trataba de un recluso, tal servicio debía tratar de *<<prestarse en las mismas condiciones de calidad, **oportunidad y eficiencia** que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación>>⁵⁴ (se destaca).*

Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima hubiere recuperado su salud, lo cierto es que si el centro carcelario hubiese obrado de esa manera, no le habría hecho perder al interno el chance o la oportunidad de recuperarse dentro del centro hospitalario respectivo.

⁵³ Sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el pasado 8 de junio del presente año, exp. 19.360. M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁵⁴ Sentencia de 10 de agosto de 2001, exp. 12.947; M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Así las cosas, dado que la actuación de la entidad le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, porque no obstante que su propio personal médico advirtió la necesidad de practicarle una cirugía –cierre de colostomía– y que para ello contaban con la programación respectiva, lo cierto es que tal requerimiento no fue atendido en su debida oportunidad y cuando se remitió el paciente-recluso al centro hospitalario, éste no pudo recobrar su salud y falleció días después; por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del INPEC por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual sí tiene nexos directos con la actuación de dicha entidad.

4.- Indemnización de perjuicios.

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁵⁵– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, puesto que resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

4.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad respecto de la víctima directa.

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Pedro Nel Parra Jiménez sino de la pérdida de oportunidad

⁵⁵ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

que se cercenó de dicha persona para que pudiera recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Subsección no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de dicha persona, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica a cada demandante⁵⁶, habida cuenta que casi la totalidad de ellos demostraron su interés para demandar dentro de este litigio y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo, tal como se indicará a continuación.

En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Parra Jiménez, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al *petitum* de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de esa persona, sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería del INPEC que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica correspondiente⁵⁷, inacción que, precisamente, equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad.

⁵⁶ Así lo determinó la Sala, dentro del mencionado fallo de agosto 11 de 2010, acogida y reiterada por esta Subsección, mediante sentencia de 7 de julio de 2011, exp. 20.139.

⁵⁷ En relación con este punto, en la demanda se señaló:

“El herido PEDRO NEL PARRA JIMENEZ, fue recibido en la Cárcel del Distrito Judicial Modelo de Santa Fe de Bogotá y no se le dio el tratamiento, que como humano debió recibir en las condiciones de herido en que fue dado de alta en dicha prisión (...).

“.....

(...) cuando ya lo vieron casi agonizante, ahí sí decidieron trasladarlo al hospital San Juan de Dios (...).

Hubo fallas también en la prestación del servicio oficial por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), que recibió al detenido PEDRO NEL PARRA JIMENEZ en la Cárcel Distrital Modelo de Santa Fe de Bogotá y fue descuidado en su salud hasta cuando lo vieron agonizante, dispusieron su evacuación al Hospital san Juan de Dios”.

Ahora bien, el grupo familiar demandante está integrado por la madre, las hijas, los hermanos y la compañera permanente del señor Pedro Nel Parra Jiménez y para acreditar el parentesco con dicha persona se allegaron al proceso los siguientes documentos: *i)* certificado del registro civil de nacimiento del señor Pedro Nel Parra Jiménez (fl. 6 c 1), a través del cual se acredita que era hijo de la demandante María Adelina Jiménez; *ii)* copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Paola Andrea y Claudia Marcela Parra Forero, los cuales demuestran que son hijas de la víctima directa del daño (fls. 2 y 3 c 1); *iii)* también se aportaron el certificado del registro civil de nacimiento de José Arnulfo Parra Jiménez (fl. 5 c 1) y la copia autenticada del registro civil de nacimiento de Luis Alejandro Parra Jiménez (fl. 7 c 1), documentos éstos que acreditan la condición de hermanos de los aludidos actores y el señor Pedro Nel Parra Jiménez.

Por consiguiente, se reconocerá para cada una de las hijas y a la madre de la víctima directa, un monto equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, veinticinco (25) S.M.L.M.V., por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.

De otra parte, la Subsección encuentra acreditada la condición de compañera permanente de la víctima respecto de la señora Carmen Elisa Forero Rodríguez, de conformidad con las declaraciones rendidas en este proceso por los ciudadanos Rita Mendivelso de Torres (fl. 428 c 2), Ana Cilia Origua de Vásquez (fl. 430 c 2) y Pedro Pablo Molina (fl. 431 c 2), por lo cual resulta procedente decretar la indemnización a favor de dicha actora en un monto equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., por este mismo rubro.

Finalmente, la Sala encuentra que la demandante Jasbleidy Parra Jiménez, quien al parecer sería hermana de la víctima directa, no acreditó tal condición y, por lo tanto, carece de legitimación en la causa por activa, por cuanto no obra en el proceso el respectivo certificado o copia autenticada de su registro civil de nacimiento, para efectos de acreditar tal parentesco.

4.2.- Perjuicios morales.

Su procedencia fue aceptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el plurimencionado fallo de agosto 11 de 2010 y también por la Subsección A de dicha Sección en reciente pronunciamiento⁵⁸, en los siguientes términos:

“En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...).”

Por lo tanto, se reconocerá a cada uno de los anteriores demandantes, la indemnización por este rubro, así: **i)** a favor de la madre, hijas y compañera permanente de la víctima, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., y **ii)** para cada uno de los hermanos, quince (15) S.M.L.M.V.

5.- Condena en costas.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión - Sección Tercera - Sede Bogotá, el día 23 de noviembre de 2000 y, en consecuencia, se dispone:

1. Declárase administrativamente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, por la pérdida de oportunidad de la recuperación de la salud del señor Pedro Nel Parra Jiménez, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

⁵⁸ Sentencia de 7 de julio de 2011, exp. 20.139.

2. Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, a pagar a las demandantes María Adelina Jiménez, Paola Andrea Parra Forero, Claudia Marcela Parra Forero y Carmen Elisa Forero Rodríguez, la suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., para cada una de ellas, a título de pérdida de la oportunidad de la recuperación de la salud de su hijo, padre y compañero permanente, respectivamente.

3. Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, a pagar a los señores José Arnulfo Parra Jiménez y Luis Alejandro Parra Jiménez, la suma de veinticinco (25) S.M.L.M.V., para cada uno, por concepto de la pérdida de la oportunidad de la recuperación de la salud de su hermano.

4. Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, a pagar a las actoras María Adelina Jiménez, Paola Andrea Parra Forero, Claudia Marcela Parra Forero y Carmen Elisa Forero Rodríguez, el monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., para cada una, a título de perjuicios morales.

5. Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, a pagar a los demandantes José Arnulfo Parra Jiménez y Luis Alejandro Parra Jiménez, el valor equivalente a quince (15) S.M.L.M.V., para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

6. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

7.- Sin condena en costas.

8. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

9. Expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ