

No Existe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil Médica

Crítica a la Teoría Dominante

Javier Tamayo Jaramillo

1ra edición 2025

ED
EDITORIAL DIKÉ

NO EXISTE LA PÉRDIDA DE
LA OPORTUNIDAD EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Crítica a la Teoría Dominante

1ra edición 2025

I.S.B.N 978-628-7738-05-8
I.S.B.N Digital 978-628-7738-06-5

© Javier Tamayo Jaramillo 2025
© Editorial Diké S.A.S. 2025
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

**No Existe la Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil Médica. Crítica
a la teoría dominante. 1ra edición impresa en noviembre del 2024.**

**La impresión de esta obra se terminó en los talleres de Editorial Diké S.A.S.
Calle 23 Sur # 27- 41 Barrio Santander. Cel.: 301 242 7399
e-mail: dikesasgerencia@gmail.com
www.editorialdike.com**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

Exmagistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

NO EXISTE LA PÉRDIDA DE
LA OPORTUNIDAD EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Crítica a la Teoría Dominante

1ra edición 2025



Catalogación en la publicación - Biblioteca Nacional de Colombia

Tamayo Jaramillo, Javier, autor

No existe la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica : crítica a la teoría dominante / Javier Tamayo Jaramillo. -- Primera edición. -- Medellín : Editorial Diké, 2025.

258 páginas.

Incluye datos curriculares del autor -- Incluye bibliografía y referencias bibliográficas.

ISBN 978-628-7738-05-8 -- 978-628-7738-06-5 (digital)

1. Colombia. Consejo de Estado - Jurisprudencia 2. Responsabilidad médica - Colombia 3. Responsabilidad civil - Colombia 4. Teoría de la pérdida de oportunidad

CDD: 344.8610411 ed. 23

CO-BoBN- 00268

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	15
INTRODUCCIÓN	19
1. Presentación del problema.....	19
2. Plan	21

PARTE PRIMERA

TEORÍA GENERAL DE LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3. Requisitos para que exista la pérdida de una oportunidad	23
4. La verdadera pérdida de una oportunidad en la responsabilidad civil	23
5. Delimitación exacta del problema	25
6. La aleatoriedad, el determinismo y la incertidumbre en las cadenas causales no cuánticas.....	25
7. La relación causal en la verdadera pérdida de la oportunidad. Ejemplo	28
8. Pérdida de la oportunidad de adivinar un hecho cierto y su causa.....	29
9. Continuación.....	33
10. El espacio y el tiempo en la pérdida de una oportunidad	35
11. El tiempo en el desarrollo de las cadenas causales en evolución	36
12. Ejemplo de una cadena causal de la naturaleza en evolución	36
13. Algo más sobre la ruptura de una cadena causal en desarrollo, cuando se trata de la pérdida de una oportunidad	41
14. Apliquemos esas dos posibilidades a la responsabilidad civil por la pérdida de una oportunidad en general.....	42
15. Aplicación a una enfermedad en evolución.....	42
16. Principios sobre las leyes de la causalidad	44
17. No cabe la física cuántica en las enfermedades en evolución	46
18. La incertidumbre causal y la pérdida de la oportunidad.....	47

19. Aplicación de mis argumentos dentro de un hipotético proceso judicial	47
20. La aleatoriedad es diferente de la incertidumbre causal.....	52
21. No es lo mismo la pérdida de la oportunidad de haber tenido un tratamiento diligente, que la pérdida de la oportunidad de haberse curado.....	53
22. Recapitulación	53
23. La validez jurídica de lo que sostengo la hallamos en el contrato de seguros	56
24. Aplicación de la teoría en la responsabilidad civil en general	57
25. La pérdida de la oportunidad y el lucro cesante futuro	58
26. Qué no es la pérdida de la oportunidad	59
27. Comentario	61
28. Conclusión sobre la esencia de la pérdida de la oportunidad.....	64
29. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica.....	65

PARTE SEGUNDA

DEBATE SOBRE LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

30. Planteamiento del problema	67
31. Plan	69

CAPÍTULO PRIMERO

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA ES UNA FALACIA O UN FALSO PROBLEMA

32. Tesis a demostrar	70
33. Delimitación exacta del problema	72
34. Es imposible probar la existencia de la oportunidad en materia médica.....	75
35. Saturación de argumentos.....	80
36. Ejemplos en favor de mi punto de vista	84
37. Tratamiento de enfermedades incipientes	85
38. La prueba de la causalidad dentro de un hipotético proceso judicial	87

39. Por contraposición, veamos ahora cómo sería la prueba dentro de un proceso judicial por la verdadera pérdida de la oportunidad, en daños diferentes de la no curación de un enfermo.....	87
40. El demandante debe probar que el médico, con su culpa, influyó, causalmente, en el desenlace de la enfermedad del paciente	89
41. Opinión de Francois Chabas.....	90
42. Opinión de la profesora Domitille Duval- Arnould.....	91
43. ¿Qué es eso de la teoría de la <i>conditio sine qua non</i> de la causalidad?.....	94
44. Otro daño culposo, pero sin incidencia causal en la evolución de la enfermedad preexistente.....	96
45. Veamos un ejemplo con las dos hipótesis posibles	96
46. La culpa presunta y su aplicación en la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica	98
47. Las estadísticas de daños pasados no son prueba de las oportunidades perdidas.....	99
48. Razones de la doctrina y la jurisprudencia para justificar, artificialmente, la pérdida de la oportunidad en materia médica.....	104
49. Una mejor solución: se puede condenar por el todo, si hay una probabilidad preponderante de que el médico pudo evitar el daño del paciente.....	105
50. La teoría de la probabilidad más preponderante se debe aplicar, igualmente, en favor del médico en ciertos casos	108
51. La jurisprudencia colombiana sobre la aplicación de la probabilidad más preponderante de la causa del daño.....	108
52. Consejo de Estado del 14 de junio de 2001.....	109
53. Comentario	109
54. Comentario	110
55. Consejo de Estado del 03 de mayo de 1999.....	111
56. Comentario	115
57. No se probó la culpa.....	120
58. La aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad.....	121
59. Conclusión.....	121

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ALGUNOS
CASOS ESPECIALES

60. Plan 122

SECCIÓN PRIMERA

PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE ABORTAR EN CASO
DE MALFORMACIÓN DEL FETO

61. Planteamiento y solución del problema..... 122

SECCIÓN SEGUNDA

DAÑOS COLATERALES DURANTE EL ACTO MÉDICO

62. Planteamiento y solución del problema..... 125

SECCIÓN TERCERA

DAÑOS INSTANTÁNEOS DE UN ACTO MÉDICO CUANDO NO HAY
UNA ENFERMEDAD QUE EVOLUCIONA

63. Planteamiento y solución del problema..... 128

SECCIÓN CUARTA

PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD CUANDO SE INTERVIENE AL PACIENTE
SIN SU CONSENTIMIENTO INFORMADO

64. Planteamiento y solución del problema..... 130

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE LA OPINIÓN DEL PROFESOR FRANÇOIS CHABAS SOBRE
LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA

65. El máximo exponente de la teoría de la pérdida de la oportunidad
en materia médica..... 135

66. Plan 136

SECCIÓN PRIMERA

ARGUMENTACIÓN DEL PROFESOR FRANÇOIS CHABAS PARA DEMOSTRAR
LA TESIS DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA BASADA
EN LA INCERTIDUMBRE CAUSAL

67. Explicación del profesor Chabas sobre la pérdida de la oportunidad,
en general, y en la responsabilidad médica, en especial..... 137

68. Comentario	138
69. Conclusión.....	145

SECCIÓN SEGUNDA

ANÁLISIS DE LOS EJEMPLOS PLANTEADOS POR FRANÇOIS CHABAS

70. De qué se trata	146
71. Primer ejemplo	147
72. Comentarios al primer ejemplo	147
73. Segundo y tercer ejemplo	151
74. Comentarios a los ejemplos segundo y tercero	152
75. Comentarios adicionales a los tres ejemplos del profesor Chabas	153

SECCIÓN TERCERA

PRECISIONES SOBRE EL NEXO CAUSAL ENTRE LA CULPA MÉDICA Y EL DAÑO
EN LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

76. Planteamiento del problema	157
77. Conclusión.....	160

PARTE TERCERA

LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y LA PÉRDIDA
DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA

78. Caos conceptual.....	161
79. Sentencia del Consejo de Estado del 05 de abril de 2017	162
80. Comentario	168
81. Comentario	170
82. Opinión del consejero Enrique Gil Botero	173
83. Comentario	175
84. Comentario	176
85. Viraje en la posición de Gil Botero	176
86. Comentario	177
87. Comentario	178
88. Comentario	179
89. Comentario	182

TABLA DE CONTENIDO

90. Nueva posición del Consejo de Estado	183
91. Comentario	185
92. Comentario	189
93. Elementos de la pérdida de una oportunidad en materia médica, según el fallo del 5 de abril de 2017.....	196
94. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.....	196
95. Comentarios.....	197
96. Pérdida definitiva de la oportunidad.....	203
97. Comentario	203
98. Comentario	205
99. Comentario	207
100. Comentario	209
101. La imputación del daño	210
102. Análisis del caso concreto	211
103. Análisis del primer elemento del daño de pérdida de oportunidad	211
104. Comentario	212
105. Comentario	216
106. Comentario	223
107. Segundo requisito de la pérdida de la oportunidad	224
108. Comentario	227
109. Comentario	228
110. Comentario	232
111. Comentario	234
112. Comentario	237
113. Tercer elemento de la pérdida de la oportunidad.....	239
114. Comentario	240
115. Comentario	242
116. Comentario	245
117. Imputación del daño de pérdida de oportunidad	245
118. Comentario	245
119. Comentario	246

120. Comentario 249
121. Conclusión 249

CONCLUSIÓN FINAL

122. Caos e incoherencias conceptuales..... 251
Referencias Bibliográficas 253
Bibliografía Sumaria 255

PRESENTACIÓN

Antes de entrar a la presentación del contenido de este libro, creo necesario advertir al público de una situación inesperada que obligó a sacar del mercado una primera edición, de la cual solo circularon unos veinte ejemplares.

Esa anomalía se debió a lo siguiente: aunque un primer borrador estuvo en mi computador unos veinte años, tiempo durante el cual incluí, eliminé o cambié, de cuando en cuando, algunas de las primeras ideas, cada que mis otras obligaciones me dejaban un momento libre, lo cierto es que, muchas veces, me sentí impotente para enhebrar la cadena de argumentos necesarios para demostrar mi convicción meramente intuitiva de que la teoría de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, estaba montada en una falacia.

Esa orfandad de argumentos se debió a que la casi totalidad de autores, y la totalidad de sentencias nacionales y extranjeras que logré consultar, aceptan, sin más argumentos, que cuando en un proceso judicial se presenta incertidumbre causal entre la culpa del médico y la no curación del paciente, es plausible concluir que el galeno le hizo perder al paciente la oportunidad que éste tenía de recuperar su estado de salud; sin embargo, yo sentía que esa oportunidad y su pérdida no existían pese a mi incapacidad para demostrarlo, pues mi escasa formación filosófica sobre la causalidad se había menguado.

En ese momento, ya había tomado la decisión de no escribir más libros sobre asuntos de derecho, pero me atormentaba la frustración de no ser capaz de probar mi convicción o mi error sobre la existencia de la pérdida de la oportunidad en materia médica. De repente, tomé la decisión de cerrar mi actividad autoral consagrándome exclusivamen-

te al estudio de este problema que me ha agobiado durante tantos años, paralelamente con otros ensayos menos complicados, amén de mi ejercicio profesional.

Fue así como decidí hacer una investigación lo más profunda posible, sobre la teoría general de la pérdida de la oportunidad en el derecho civil, pues lo lógico es que esos principios generales, también son exigibles en la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, si esta quiere sostenerse. Sobre todo, porque ni los autores ni los tribunales analizan con profundidad el problema de la teoría general de la pérdida de la oportunidad. Sólo lo mencionan casi que anecdóticamente, plantean un ejemplo evidente, y siguen su camino.

Casualmente, hace unos cuatro años, cayó a mis manos una reciente sentencia del Consejo de Estado, en la que la Corporación, consciente de las contradicciones, incoherencias y caos de la doctrina y la jurisprudencia relacionada con el tema, pretendía poner orden en casa, para lo cual hizo un recuento comentado de los últimos años de jurisprudencia en el cual todos los fallos aceptaban la doctrina dominante, pero con el agravante de que cada nueva sentencia, atacaba la fundamentación de las decisiones anteriores, con lo cual, el problema se acrecentaba cada día más. Y, para agravar las cosas, todos los fallos, sin excepción, afirmaban que la pérdida de la oportunidad de curación del paciente nacía cuando era imposible probar en el proceso, que la culpa del médico había sido la causa de la no curación del enfermo.

De repente, al leer un considerando del fallo que me sirvió de base para tratar de resolver el nudo de mi desacuerdo, advertí que, de pronto, ese fallo y todos los demás, equivocadamente, identificaban los conceptos de incertidumbre y de aleatoriedad, lo que les facilitaba la falacia de la pérdida de la oportunidad cuando no había certidumbre causal entre la culpa médica y la no curación del enfermo. Desde ese momento me dediqué al estudio de la aleatoriedad, el determinismo y la incertidumbre en las cadenas causales de los macroorganismos (no cuánticas), convencido de que allí estaba la solución.

Falto de literatura, me valí de los yerros de la doctrina, de la jurisprudencia y de mis escasos conocimientos sobre la filosofía de la causalidad y de su aplicación en la responsabilidad civil. En determinados momentos, creía haber hallado la punta del ovillo y me sentaba a escribir, de nuevo, las primeras páginas del libro en las que se encontraba la esencia del problema y de su solución.

Con todo, después de escribir muchas páginas, me detenía a leerlas y cuál no sería mi desazón cuando advertía que estaba plagado de contradicciones insalvables. Como decía el maestro José Luis López: “Veía los ángulos, pero no veía el triángulo”. Hasta que un día, reescribiendo los principios de la causalidad física y su diferencia con la física cuántica, comprendí que el organismo humano es una cadena infinita de causas y efectos determinados y no aleatorios; y que, en consecuencia, una enfermedad en evolución, es una cadena casual determinada y no aleatoria; y que, por lo tanto, si hay culpa del médico y el paciente no se cura, solo existe uno de estos dos efectos excluyentes entre sí: o bien, el paciente no se cura debido a la culpa del médico, y, entonces, este responde por la totalidad de los daños, pues mató al paciente, en forma culposa; o bien, se prueba que, aunque hubo culpa del médico, pero éste prueba que, con o sin esa culpa, la enfermedad en evolución era de tal calado, que, con o sin culpa del médico, el daño final era inatajable.

Pero el problema de la oportunidad perdida surge cuando no se puede saber si esa culpa del médico tuvo incidencia causal en la no curación del enfermo. En mi sentir, no por esa incertidumbre causal, podemos hablar de pérdida de una oportunidad de curación, ya que, esa cadena causal no era aleatoria, y esa aleatoriedad es de la esencia de la oportunidad. Solo había incertidumbre causal.

Comprendido el problema, durante dos años más o menos, escribí y corregí un texto que creía definitivo, pues ya tenía claro que la aleatoriedad es diferente de la incertidumbre causal; y que, sin aleatoriedad, los efectos de una enfermedad en evolución no generan oportunida-

des que se puedan perder, con lo cual, mi tesis aparecería demostrada. Pero en vano. Juro que, releí más de diez veces dicho borrador y al realizar algunas adiciones o correcciones, tenía que volver sobre toda la obra para evitar incoherencias.

Hace unos seis meses, pensé que la obra estaba lista, pese a que no descartaba que, en un trabajo tan abstracto e inasible como este, casi siempre, se incurre en errores insalvables. Antes de poner el libro en circulación, me entregaron un ejemplar para darme el gusto de tener entre mis manos una obra de tantos años y angustias; de repente, al llegar al bendito problema de la causalidad física y la aleatoriedad, me di cuenta de que había puesto una idea equivocada y sobre dicha idea había construido buena parte de la obra. El daño era irreparable. Fue necesario detener la circulación de la obra abortada. Y vuelva y empiece a corregir la equivocación genética y las consecuencias surgidas de la misma.

Ya corregida la obra, entendí que su perfección era imposible y entregué al editor el borrador de la misma. Es el libro que usted tiene entre sus manos. Admito que, con seguridad, quienes lo lean con detenimiento, hallarán contradicciones y errores. Pero no me importa. Aunque me sentiría contento si, un día, la idea central que defiendo es aceptada por algunos autores y tribunales, la verdad es que mi retribución sería más que suficiente si ella sirve como primer argumento, así sea equivocado, para un debate serio y racional, que hasta la fecha es inexistente. La teoría dominante es falaz y prueba de ello es que después de cincuenta años de vigencia, tanto autores como jueces, aunque aceptan la solución dominante, son incapaces de proponer una explicación racional que demuestre que la simple incertidumbre causal es prueba de la aleatoriedad de una enfermedad en evolución.

Y es allí donde se encuentra el fundamento central de la discusión.

En Medellín, el 18 de octubre de 2024

DESARROLLO

Lo aleatorio es incierto, pero no todo lo incierto es aleatorio

INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Hoy, pacíficamente, se admite por la doctrina y la jurisprudencia que en la responsabilidad médica se aplica la doctrina de la pérdida de una oportunidad de curación cuando el paciente sufre un daño durante el acto médico y no se puede saber si la conducta culposa del médico fue la causa de dicho daño. Sin embargo, lo digo con sinceridad, me atreveré a nadar contra la corriente de la posición dominante, pues considero que la pérdida de una oportunidad en materia médica es un falso problema. Ojalá encuentre interlocutores que expongan argumentos conceptuales y no ideológicos y emocionales, con el fin de mantener mi posición o, simplemente, de recogerla explicando por qué estaba equivocado. Solo con ese mecanismo de la argumentación, aplicado a todas las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, arribaremos a una correcta teoría sobre la pérdida de una oportunidad en la responsabilidad civil médica.

Aunque a lo largo de esta exposición se irá perfilando mi opinión al respecto, lo cierto es que ninguna de las dos posiciones ha esgrimido argumentos suficientemente racionales y demostrables para aceptar o rechazar la una o la otra. Así pues, *me propongo analizar la pérdida de la oportunidad en general a partir del estudio del desarrollo de las cadenas causales y de los efectos aleatorios o deterministas de estas en los fenómenos de la naturaleza. Esa será la esencia de mi discurso.*

Nota: advierto al lector que, en innumerables oportunidades repetiré mis argumentos centrales y sus consecuencias. Sé que parece innecesario y antipedagógico. Empero, confieso que, a lo largo de mi ejercicio profesional y académico, he llegado a la conclusión de que un gran argumento, leído de largo, puede perderse y olvidarse en la manigua del texto entero. Por ello, si a menudo repito esa idea esencial, el lector la irá interiorizando y, al final, tendrá claro el problema debatido y mi posición sobre el mismo, y asumirá su propio punto de vista.

Por otro lado, sin que defienda la conducta de médicos negligentes, inescrupulosos o imperitos que deben ser condenados cuando causan daño por su culpa, también me abruma que un problema que está costando tanto dinero y causando tanto daño al cuerpo médico en general y a médicos que son condenados porque no se sabe si ellos causaron el daño al paciente, nadie se haya detenido a mirar las cosas, desde un análisis simple de las leyes de la causalidad, del determinismo, y de la aleatoriedad y su confusión con la incertidumbre.

Es allí donde se hallan los argumentos necesarios para resolver esta cuestión. Aunque para un físico o un matemático esta demostración es simple, para un jurista no lo es tanto. Por este motivo pretendo abordar, con ejemplos, los requisitos para que, en la responsabilidad civil en general, se presente la pérdida de una oportunidad y su correspondiente indemnización y la tasación del perjuicio. Con esa explicación podremos penetrar en el campo de la responsabilidad médica, que constituye el objetivo de este ensayo.

Las preguntas son pues las siguientes: **i)** ¿Existe realmente una oportunidad de curación durante el acto médico? O, **ii)** ¿el paciente, necesariamente, se curaría con un acto diligente del galeno o aun, con ese acto diligente, el paciente de todas formas no se curaría?

Las preguntas son pertinentes para nuestro estudio pues, sin que se pruebe la existencia real de una oportunidad de curación, todo lo demás que se diga queda en el aire, ya que falta el elemento esencial para la

discusión. En efecto, sin que exista una oportunidad de curación, la pérdida de la misma es imposible, pues lo que no existe nunca se perderá. Veamos entonces si esa oportunidad realmente existe.

Son más de 200 páginas las que he escrito para tratar de demostrar mi punto de vista. Advierto que el 99 % de los lectores no estará de acuerdo conmigo, pero eso no me preocupa. Dejaré a su disposición este ensayo y, poco a poco, irán reflexionando sobre los argumentos en favor de una u otra solución. No me lamento porque estén en desacuerdo. Lo que me interesa es plantear el problema con una ambición de rigurosidad, con la seriedad que el tema requiere. Lo que no significa que, definitivamente, yo tenga la razón.

2. PLAN

Inicialmente, analizaré la teoría general de la pérdida de la oportunidad, deteniéndome, sobre todo, en los requisitos esenciales para que dicha pérdida se presente (**PARTE PRIMERA**); luego abordaré la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica (**PARTE SEGUNDA**); finalmente, analizaré algunas de las últimas jurisprudencias del Consejo de Estado en las que la Corporación admite y explica cuándo se presenta la pérdida de la oportunidad en los servicios de salud (**PARTE TERCERA**).