

La Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad del Estado Colombiano como Mecanismo de Reducción de Desigualdades Probatorias: una Aproximación Desde el ODS 10

Diego Alejandro Vargas Pinilla¹

Resumen

El artículo de investigación propende por analizar la pérdida de oportunidad en la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, verificando su pertinencia como un mecanismo capaz de reducir desigualdades probatorias, favoreciendo la igualdad material en el marco de los procesos judiciales y en consonancia con las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 10 (ODS 10).

Así, con el desarrollo de una metodología descriptiva, crítica y propositiva, un enfoque cualitativo y un método deductivo, se procede con el estudio de fundamentos doctrinales y jurisprudenciales de la institución en mención, y particularmente el tratamiento que de la figura ha ofrecido el Consejo de Estado Colombiano.

A partir de lo anterior, se evidencian las consecuencias que en términos de desigualdad puede generar la exigencia de la certidumbre causal absoluta en los juicios de responsabilidad, especialmente en escenarios caracterizados por complejidad científica, técnica o probatoria. En tales eventos, la pérdida de oportunidad se presenta como una herramienta que soporta el reconocimiento de la responsabilidad estatal como consecuencia de la afectación expectativas legítimas de una particular a partir de la probabilidad, cuando es imposible demostrar plenamente la imputación del daño.

Se concluye que esta figura contribuye a mitigar desigualdades jurídicas derivadas de la dificultad probatoria, fortalece la igualdad material y amplía las oportunidades de acceso a la reparación integral, sin desconocer los presupuestos estructurales de la responsabilidad estatal y por tanto, constituye un instrumento

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, candidato a magister en Derecho Administrativo. E—mail: diegoalejandro.vargas@outlook.com

compatible con los esfuerzos dirigidos a reducir desigualdades y promover una justicia más equitativa.

Palabras clave: Pérdida de oportunidad, responsabilidad, igualdad material, desigualdad, ODS 10.

Abstract

This research article seeks to analyze the loss of opportunity within the framework of the non-contractual liability of the Colombian State, assessing its relevance as a mechanism capable of reducing evidentiary inequalities, promoting substantive equality in judicial proceedings, and aligning with the objectives of Sustainable Development Goal 10 (SDG 10).

Accordingly, through the application of a descriptive, critical, and propositional methodology, a qualitative approach, and a deductive method, the study examines the doctrinal and jurisprudential foundations of this legal institution, with particular emphasis on the treatment afforded to it by the Colombian Council of State.

Based on the foregoing, the article identifies the consequences, in terms of inequality, that may arise from requiring absolute causal certainty in liability proceedings, especially in contexts characterized by scientific, technical, or evidentiary complexity. In such circumstances, the loss of opportunity emerges as a tool that supports the recognition of State liability as a consequence of the impairment of an individual's legitimate expectations based on probability, when it is impossible to fully demonstrate the attribution of the damage.

The study concludes that this legal doctrine contributes to mitigating legal inequalities arising from evidentiary difficulties, strengthens substantive equality, and broadens opportunities for access to full reparation, without disregarding the structural requirements of State liability. Therefore, it constitutes an instrument compatible with efforts aimed at reducing inequalities and promoting a more equitable system of justice.

Keywords: Loss of Opportunity, Liability, Substantive Equality, Inequality, SDG 10.

Introducción

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por una desigualdad profunda, no solo en la riqueza o en el acceso a bienes y servicios necesarios, sino también en relación con las oportunidades reales de las personas para obtener un reconocimiento adecuado de sus derechos frente al poder público. En el ámbito de la responsabilidad del Estado, estas desigualdades suelen reflejarse en las asimetrías técnicas, científicas, informativas y probatorias existentes entre la Administración y las víctimas, quienes de forma concurrente se encuentran con obstáculos para respaldar lo necesario para obtener la plena reparación de los daños causados por el Estado.

Esta cuestión cobra especial importancia en escenarios más complejos, como los de responsabilidad por asistencia médica y ciertas hipótesis de omisión estatal, donde el requisito pleno y absoluto de probar un nexo causal puede constituir un obstáculo que consolida las desventajas existentes entre las partes, lo que conduce a situaciones en las que la dificultad probatoria termina por las oportunidades reales de las víctimas para obtener el reconocimiento y la reparación integral de los daños sufridos. De este modo, la incertidumbre causal deja de ser un problema exclusivamente jurídico para convertirse también en un factor que produce desigualdad material entre quienes formulan reclamaciones de derechos y quienes cuentan con mayores capacidades institucionales, técnicas e informativas.

La preocupación por la reducción de este tipo de desigualdades está respaldada por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, particularmente en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 10, orientado a reducir las desigualdades y promover la igualdad de oportunidades. Dentro de sus metas, el ODS 10 plantea la necesidad de garantizar la inclusión social, económica y política de todas las personas, para lo cual deben adoptar medidas que permitan disminuir las barreras constituidas en situaciones de desventaja.

Desde esta perspectiva, los algoritmos para analizar las desigualdades no son solo económicos, sino que abarcan condiciones que impiden un reconocimiento adecuado de los derechos y la realización de respuestas institucionales materiales e iguales.

Dentro de este marco, el concepto de pérdida de oportunidad ha adquirido una relevancia creciente en la responsabilidad del Estado. Lo que tradicionalmente se conceptualizó simplemente como la frustración de una expectativa real y seria de obtener una ventaja o de evitar un perjuicio, también se ha convertido en un instrumento jurídico capaz de responder a escenarios donde la incertidumbre causal oscurece la determinación de la responsabilidad plena. La relevancia de esta figura radica en que permite examinar los escenarios en los que las dificultades probatorias no necesariamente derivan de la falta de diligencia de la parte reclamante, sino más bien de condiciones estructurales vinculadas a la complejidad técnica de los hechos y a las asimetrías frente al Estado.

El tratamiento otorgado por la jurisprudencia colombiana a la pérdida de oportunidad ha estado marcado por importantes tensiones conceptuales y probatorias. Mientras algunos pronunciamientos la reconocen como una institución apta para responder a escenarios de incertidumbre causal y corregir situaciones de desigualdad probatoria, otros mantienen una postura más restrictiva, sustentada en la necesidad de preservar los estándares tradicionales de imputación y causalidad, lo que ha generado debates respecto de su alcance, naturaleza jurídica y utilidad como mecanismo orientado a garantizar decisiones materialmente más equitativas en materia de responsabilidad estatal.

A partir de estas consideraciones, la presente investigación busca responder la siguiente pregunta:

¿De qué manera la pérdida de oportunidad, aplicada en la responsabilidad del Estado colombiano frente a escenarios de dificultad probatoria, contribuye a reducir las desigualdades que enfrentan las víctimas en el acceso a la reparación integral, en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible 10?

En concordancia con el interrogante planteado, el objetivo general de la investigación se enfoca en analizar la contribución de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad del Estado colombiano a la reducción de las desigualdades probatorias que enfrentan las víctimas en escenarios de incertidumbre causal, en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible 10.

Para alcanzar dicho propósito el presente estudio pretende: (i) identificar los fundamentos conceptuales, doctrinales y jurisprudenciales de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad del Estado destacando su potencial para enfrentar situaciones de desigualdad probatoria; (ii) examinar el tratamiento jurídico y probatorio otorgado por la jurisprudencia colombiana a esta institución, particularmente frente a las asimetrías técnicas y probatorias existentes entre el Estado y las víctimas; y (iii) analizar la pérdida de oportunidad como mecanismo de equidad orientado a reducir desigualdades probatorias y favorecer la igualdad de oportunidades en el acceso a la reparación integral, en consonancia con los propósitos del ODS 10.

La presente investigación reviste especial importancia porque aborda una cuestión que trasciende el ámbito tradicional de la responsabilidad del Estado para tocar uno de los principales problemas contemporáneos que enfrentan los sistemas jurídicos, que se refleja en cómo reducir las brechas en el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas.

La relevancia del tema bajo estudio se sitúa en contextos donde las diferencias de información, conocimiento técnico y la capacidad probatoria generan escenarios adversos para las personas que aspiran a solicitar una reparación compensatoria al Estado por daños resultantes de acciones u omisiones. En tales casos, la consideración de la pérdida de oportunidad adquiere una dimensión que supera el debate estrictamente dogmático que permite una discusión adecuada dentro de la finalidad a la que sirve el derecho de daños como reorientación para mejorar las condiciones entre los particulares y con la Administración.

Del mismo modo, la investigación aporta un elemento de novedad al enmarcar la pérdida de oportunidad en relación con el Objetivo de Desarrollo

Sostenible 10, que se centra en la reducción de las desigualdades. Tradicionalmente, la investigación dedicada a esta institución ha buscado ya sea esclarecer su naturaleza jurídica, o centrarse en sus componentes estructurales, o la forma en que puede utilizarse como herramienta para la atribución y la reparación del daño, sin embargo, han sido escasas las aproximaciones orientadas a examinar su capacidad para enfrentar desigualdades probatorias y contribuir a la igualdad material de las víctimas frente al Estado.

Metodológicamente, la investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo y emplea el método deductivo como herramienta principal de análisis. A partir de categorías generales relacionadas con la responsabilidad del Estado, la igualdad material, la reducción de desigualdades y la pérdida de oportunidad, se examinan los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que permiten comprender el alcance de esta institución dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

El estudio presenta un carácter descriptivo, en la medida en que identifica y sistematiza los principales fundamentos conceptuales, doctrinales y jurisprudenciales de la pérdida de oportunidad. Además crítico, porque examina las tensiones existentes entre los modelos tradicionales de imputación y las desigualdades probatorias que enfrentan las víctimas en escenarios de incertidumbre causal, y por último propositivo, debido a que plantea una interpretación de la pérdida de oportunidad orientada a fortalecer la igualdad material, ampliar las oportunidades de reparación integral y contribuir a la reducción de desigualdades en consonancia con los postulados del Objetivo de Desarrollo Sostenible 10.

Para el desarrollo de la investigación se recurre a la revisión y análisis de fuentes doctrinales nacionales e internacionales, con especial atención a los pronunciamientos del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. A partir de estas fuentes se construye una reflexión jurídica encaminada a determinar en qué medida la pérdida de oportunidad puede constituir un mecanismo idóneo para enfrentar desigualdades probatorias, fortalecer la igualdad material y favorecer condiciones más equitativas de reparación frente al

Estado, contribuyendo así a los propósitos de igualdad de oportunidades y reducción de desigualdades promovidos por la Agenda 2030.

1. La Pérdida de Oportunidad como Respuesta a Escenarios de Desigualdad Probatoria en la Responsabilidad del Estado

El instituto de la pérdida de oportunidad ha experimentado un importante cambio doctrinal y jurisprudencial en el derecho de daños, al transformarse de una idea basada en la incertidumbre causal a una institución consolidada con identidad propia en varios sistemas jurídicos. Su evolución se ha vinculado a la necesidad de abordar formalmente aquellos eventos en las que establecer la causalidad más allá de toda duda razonable resulta especialmente difícil. En este marco, se revisarán los principales fundamentos conceptuales, doctrinales y jurisprudenciales de la pérdida de oportunidad, con especial atención a su potencial para enfrentar situaciones de desigualdad probatoria.

1.1. Las Desigualdades en la Acreditación de la Obligación de Responder y la Certidumbre Causal.

Desde antaño, la concepción clásica de la responsabilidad del Estado —sin atender al régimen de responsabilidad aplicable— se ha mantenido en la idea inmutable de la imprescindibilidad de dos elementos estructurales como lo son el daño sufrido y la relación de causalidad en el estudio de la responsabilidad (M'Causland Sánchez, 2012).

Particularmente, el deber de probar la relación de causalidad requerida para el establecimiento de la obligación de responder —certidumbre causal—, en consonancia con la norma procesal general, se encuentra en cabeza de aquel que pretenda beneficiarse de su efecto jurídico. Ahora, si eventualmente pudiere extraerse de las particularidades del caso, que una de las partes en litigio se encontrare en mejor posición de aportar las pruebas, el juez de oficio o a petición de parte puede distribuir las cargas al decretar las pruebas dentro del proceso (Código General del Proceso, 2012, art. 167).

Según se puede apreciar, la forma clásica de la responsabilidad fue edificada —y se mantiene— sobre la premisa de que las partes que intervienen en el proceso judicial se encuentran en condiciones sustancialmente equivalentes para probar aquellos hechos que alegan como ciertos, ejercer sus derechos, aportar pruebas y controvertir las allegadas por su contraparte, sin atender a aquellos eventos en que por razones de técnica, complejidad en el conocimiento u otra razón resulta especialmente difícil la probanza de la relación casual.

Tal concepción podría entenderse como una suerte de igualdad ante la Ley, conforme la cual toda norma deberá ser aplicada a todo aquel caso que recaiga en su supuesto fáctico y no otro (Alexy, 1993). Esta interpretación de la igualdad conlleva a un trato igual a aquellos en igual de condiciones (Ronconi, 2018).

Sin embargo, el concepto de igualdad también implica “otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles” (Corte Constitucional, Sentencia C—571/17, 2017), situación que expresa el concepto básico de igualdad material, real y efectiva que busca la reducción de las inequidades y cualquier forma de marginación en personas o grupos logrando ciertas condiciones de vida irradiadas de la dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia C—044/04, 2004).

Bajo esta lógica, la asignación de la carga de la prueba a quien pretende derivar consecuencias jurídicas de un determinado hecho responde a una visión de igualdad formal, entendida como la aplicación uniforme de las mismas reglas procesales para todos los sujetos que participan en el litigio.

Ahora bien, no podría desconocerse que quienes participan en los procesos judiciales de responsabilidad seguidos en contra del Estado, son ordinariamente particulares, quienes se ven afectados por la acción u omisión de autoridades, que en su gran mayoría no podrían garantizarse medios de prueba pertinentes para los casos complejos de responsabilidad, por razones de dificultad probatoria o incluso por razones de capacidad económica, si se analiza que en Colombia solo 1% de la población agrupa el 33% de la riqueza nacional de acuerdo con datos de la World Inequality Database para el año 2022 (WID, citado en Rodríguez Camargo, 2024).

Es así como resulta evidente que la simple aplicación homogénea de las normas procesales no garantiza necesariamente escenarios de igualdad material en aquellos eventos en que una de las partes no dispone de ventajas estructurales significativas para acceder, producir y administrar los elementos de convicción requeridos para acreditar los presupuestos de la responsabilidad.

Es precisamente por ello —y como se pasará a ver, que el constitucionalismo ha superado la concepción estrictamente formal de la igualdad para adoptar una visión sustancial o material de la misma, orientada a la corrección de desigualdades reales existentes en la sociedad (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13).

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho consiste en la superación de la igualdad formal ante la ley para dar paso a la igualdad material, entendida como aquella que permite adoptar tratamientos jurídicos diferenciados con el propósito de “remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho” (Corte Constitucional, Sentencia C—115/17, 2017). Según explica la Corporación, la igualdad sustancial posee un carácter “remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo” frente a personas o grupos que se encuentran en condiciones de inferioridad, lo que impone a las autoridades el deber de adoptar medidas encaminadas a garantizar que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente aparente.

Bajo esta perspectiva, la existencia de diferencias fácticas relevantes entre las partes en litigio permite —y en ciertos casos hace necesaria— la adopción de respuestas jurídicas diferenciadas. En este sentido, la Corte ha señalado que el trato diferenciado no vulnera la igualdad cuando se funda en criterios de razonabilidad y tiene por objeto superar situaciones de desventaja estructural.

En efecto, tal como lo indica esta alta corporación en la Sentencia C-115 de 2017, la concepción constitucional de la igualdad permite la adopción de acciones afirmativas respecto de personas o grupos que afrontaron dificultades al ejercer efectivamente sus derechos o al acceder a ciertos bienes y oportunidades. En ese sentido, el sistema jurídico podría otorgar una consideración determinada a medidas

especiales, incentivos, beneficios o mecanismos de apoyo destinados a contrarrestar esas desventajas y eliminar los obstáculos que impulsan situaciones de exclusión o vulnerabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 2017).

Cuando se aplican al ámbito de la responsabilidad del Estado, estas reflexiones permiten comprender que la aplicación mecanicista de los esquemas tradicionales de causalidad y de carga de prueba puede producir equilibrios formales que, en sustancia, resultan materialmente injustos. Ello ocurre especialmente en aquellos casos dominados por una alta complejidad técnica o científica, donde la Administración controla la información, dispone de recursos especializados y tiene una capacidad institucional superior para reconstruir las circunstancias fácticas controvertidas, mientras que las víctimas sufren consecuencias adversas derivadas de la incertidumbre probatoria.

En estos contextos, la pérdida de oportunidad adquiere una significación novedosa, en la medida en que puede ofrecer respuestas más acordes con las exigencias de igualdad material del Estado Social de Derecho, sin perder de vista los principios estructurales en lo que respecta a la responsabilidad del Estado. Esta imagen nos permitirá apreciar, como se desarrollará, que la incertidumbre causal no siempre es consecuencia de la ausencia de fundamento en las pretensiones de la víctima, sino que también se produce debido a asimetrías informativas, técnicas y probatorias entre las partes.

La pérdida de oportunidad, entonces, no es una excepción a las reglas de responsabilidad, sino más bien un mecanismo diseñado para garantizar que las consecuencias de la incertidumbre causal no se ciernan únicamente sobre la parte menos aventajada.

Al igual que las medidas diferenciadas y las acciones afirmativas buscan remover barreras que impiden el goce efectivo de los derechos, la pérdida de oportunidad puede ser entendida como un mecanismo jurídico que contribuye a corregir determinadas desigualdades probatorias presentes en los litigios de responsabilidad estatal, pues habilita una aproximación más equitativa a aquellos escenarios en los que la exigencia de certeza absoluta sobre el nexo causal puede

terminar reproduciendo las mismas condiciones de desigualdad que la Constitución pretende superar.

De acuerdo con lo expuesto, la institución que pasará a desarrollarse no solo puede apreciarse como una categoría propia del derecho de daños, sino también como una herramienta compatible con los postulados de igualdad material y reducción de desigualdades que inspiran el Estado Social de Derecho Colombiano y los objetivos trazados por la Agenda 2030 —particularmente el Objetivo de Desarrollo Sostenible 10—.

1.2. Antecedentes y Recepción de la Pérdida de Oportunidad

Como una figura nacida del entramado jurídico, la pérdida de oportunidad surge de la constante necesidad del derecho de responder a la evolución y transformación social. En tal sentido, se hace necesario proceder con la identificación de los principales rasgos evolutivos de la institución en desarrollo, para culminar con el esclarecimiento del papel actual de la pérdida de oportunidad como herramienta de la responsabilidad del Estado y las discusiones en torno a su funcionalidad en la teoría de la imputación del daño por omisión en la prestación del servicio, como se verá en las líneas venideras.

Debe mencionarse inicialmente que diferentes escritores como Oyarzún (2021), han sostenido que los orígenes de la institución de la pérdida de oportunidad pueden ser atribuidos a Francia (*perte d'une chance*) y Reino Unido (*loss of a chance of recovery*), donde sobrevino según afirma Van Dam (2014), como una manifestación de daño a consecuencia de las pérdidas en el ámbito financiero, y por qué no como una respuesta a las rígidas concepciones del clásico derecho de daños.

Desde sus inicios, la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sabido ser analizada desde dos extremos paralelos, los cuales vale decir, se ubican en elementos completamente distintos de la responsabilidad del estado.

Cada una de las concepciones que respecto de la pérdida de oportunidad ha sabido esclarecer la doctrina y la jurisprudencia, han dado apertura a diferentes debates sobre su debido uso en el marco de la obligación de responder.

En primera medida —y siendo quizá esta la forma más representativa de la pérdida de oportunidad— se muestra como una consecuencia que sobreviene al daño infligido al patrimonio de un sujeto (Medina Alcoz, 2007, p. 349), esto es, hace parte de las tipologías del perjuicio, y se ubica junto a los conceptos materiales e inmateriales.

De otro lado, como lo refiere King (1981) esta institución también ha sido vista desde la perspectiva de la causalidad, —idea esta atribuible al Common Law—. De acuerdo con esta postura, en aquellos casos donde existe una verdadera incertidumbre en el elemento de la causalidad para la imputación de la responsabilidad, la pérdida de la oportunidad permite aliviar el nexo de causalidad, garantizando una posibilidad de indemnización, incluso en aquellos eventos donde es verdaderamente compleja su demostración (Martín—Casals, 2011, p. 45).

Desde una apreciación conceptual, se ha dicho que para entender la figura de la pérdida de oportunidad debe pensarse inicialmente en la llamada oportunidad como una probabilidad de obtener el incremento de un beneficio y/o la disminución de un perjuicio, de tal manera, que cuando se refiere a la pérdida, se toma como base la existencia de un daño antijurídico, conforme al cual las referidas posibilidades de incremento o disminución se ven entorpecidas o se echan a perder por completo (Gallardo Castillo, 2014).

En Colombia, la mencionada institución se ha hecho ampliamente partícipe en las decisiones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde particularmente se ha exaltado su uso en la forma de daño autónomo. En este sentido, el Consejo de Estado Colombiano (2010), en la providencia dictada dentro del proceso con radicación 18593, señaló que la pérdida de oportunidad se configura cuando una persona tenía una posibilidad real y concreta de obtener una ventaja, alcanzar un beneficio o evitar un perjuicio, pero dicha expectativa se ve frustrada de manera definitiva como consecuencia de la actuación de un tercero.

Alude la Corte Suprema de Justicia (2014) expediente 19980777001, que la pérdida de oportunidad comprende tres componentes axiológicos, a saber: (i.) El primero, relacionado con la certeza de existencia de la oportunidad que se alega perdida, conforme la cual habrá que verificarse componentes de seriedad, veracidad y actualidad; (ii.) Un segundo componente, que se relaciona con la imposibilidad definitiva de obtener el provecho que se esperaba o de evitar la concreción de una afectación. (iii.) Por último, la Corte identifica un elemento relativo a la posición de la víctima para aprovechar la oportunidad perdida, en este sentido, debe analizarse la situación fáctica y jurídica en la cual se esperaba percibir el provecho.

1.3. Naturaleza Jurídica de la Pérdida de Oportunidad: ¿Daño Autónomo o Alivio en el Juicio de Imputación?

Según se pudo apreciar en el apartado anterior, desde sus inicios, la pérdida de oportunidad ha podido ser analizada desde dos líneas completamente dispares, en razón a su uso en el entramado de la responsabilidad, las cuales como se pasará a examinar, comportan estamentos ampliamente diferentes.

A. Pérdida de Oportunidad como Daño Autónomo.

Se decantaba en los acápites precedentes, que la pérdida de oportunidad podía ser entendida como una forma de daño autónomo, la cual en virtud del postulado general de la responsabilidad estatal consignado en el artículo 90 Constitucional, debía ser plenamente indemnizado siempre que este le fuera plenamente imputable al Estado.

De esta manera, puede afirmarse que la pérdida de oportunidad como daño que se refuta comprende inicialmente “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” (Consejo de Estado, 2012, Exp. 22.366).

En concordancia con lo anterior, si se buscara el reconocimiento de la pérdida de oportunidad, tal tipología debe reunir cada uno de los siguientes elementos para

su eventual indemnización: (i.) Certeza de su existencia en el estado actual o su garantía a futuro, si se considera que los perjuicios de orden “eventual” no ameritan indemnización alguna (Consejo de Estado, 2006, Exp. 13.186); (ii.) Ser personal, es decir que solo quien lo sufre puede demandar su reparación (Henao, 1998); y (iii.) también debe ser determinado o determinable, esto es, que se puedan concretar claramente sus características (Consejo de Estado, 2025, Exp. 70.704).

Frente al componente conceptual concreto de la figura en desarrollo, el Honorable Consejo de Estado (2010) refirió dentro del expediente 18593 que la pérdida de oportunidad consiste en la extinción de una posibilidad real de obtener un beneficio o de impedir un perjuicio que podía llegar a incorporarse al patrimonio de la persona afectada, circunstancia que constituye un daño autónomo y diferenciable de otros perjuicios que eventualmente puedan derivarse de los mismos hechos. En la misma providencia, la Alta Corte estableció, que como perjuicio resarcible tiene implícita necesidad de demostrar la relación causal entre la mencionada “desaparición” y la conducta del agente del Estado, esto es la acción o la omisión de la Autoridades (Constitución Política, 1991, art. 90).

La pérdida de oportunidad conforme lo establece el Consejo de Estado (2010), sugiere la posibilidad de ser entendida materialmente como dos tipos de daño. En primera medida puede hablarse de ella, cuando se refiere materialmente al beneficio del que se priva completamente y/o del perjuicio que se impidió evitar como consecuencia directa de la conducta dañosa; de otro lado, puede identificarse en la pérdida de la probabilidad de obtener el mencionado beneficio o de apartarse también de la ocurrencia del perjuicio (Exp. 18.593).

Se aprecia entonces que, con la anterior distinción, la Jurisprudencia ha optado por explicar la utilidad diferenciada que otorga la figura en mención. En este sentido, la primera forma de daño relacionada previamente deberá ser tenida en cuenta por el Juzgador al momento de tasar la indemnización debida, mientras que la segunda, deberá acreditarse dentro del proceso a efectos de que el fallador ordene la respectiva condena.

Para concluir este apartado, es preciso apreciar de forma práctica el uso de la pérdida de oportunidad como daño. Para tal efecto, pasará a estudiarse en el marco de la Sentencia del cinco (5) de marzo dos mil quince (2015) proferida por el Consejo de Estado — Sección Tercera dentro del proceso con radicación 08001—23—31—000—2000—03119—01(34921), el papel de la pérdida de oportunidad en las decisiones judiciales y especialmente el ejercicio de adecuación de las consecuencias dañinas a la tipología del perjuicio efectuado por el operador judicial.

En el referido radicado, se contrae el asunto a decidir por la sala a un escenario de negligencia médica del Instituto de Seguros Sociales —ISS— por la demora en la práctica de cirugía reconstructiva a paciente lesionado por proyectiles de arma de fuego, lo que desemboca en las graves afectaciones de carácter permanente en los órganos visuales y auditivos, así como en la zona bucal.

Se propone al Corporación a título de problema jurídico esclarecer si el ISS incurrió en negligencia como consecuencia de la falta de remisión a cirugía en favor del demandante y si de haberse practicado aquella cirugía el paciente hubiere mejora o recuperado su estado de Salud.

Verificado el caudal probatorio, el Despacho analizó especialmente el testimonio rendido por el médico cirujano de quien provino la orden de cirugía reconstructiva inicial. De acuerdo con lo expresado por el Galeno, las condiciones de vida del afectado hubieran podido mejorar en los efectos definitivos de la lesión al llamado “nervio facial”, lo que necesariamente hubiere garantizado facilidad en el parpadeo, y prevenir situaciones médicas como úlceras de córnea, así como un aspecto significativamente mejor (Consejo de Estado, 2015, Exp.34921).

Apreciado el desarrollo de la alta Corporación en la precitada decisión, y atendiendo el abanico conceptual adelantado en los acápites que anteceden, se identifican los siguientes puntos centrales conforme los cuales se estructura una decisión con base a la teoría de la pérdida de oportunidad como daño:

Tabla 1

Aplicación fáctica de los elementos de la pérdida de oportunidad.

Carácter antijurídico de la pérdida de oportunidad		
En el caso en cuestión se halló la lesión al interés legítimo y extrapatrimonial de preservación de la vida y la mejora de las condiciones de salud del afectado como consecuencia de omisión administrativa, la cual, según los resultados del debate judicial el demandante no estaba en obligación de soportar.		
Elementos del daño		
Cierto	Personal	Determinado
La pérdida de oportunidad analiza por la Alta Corporación es cierta, por cuanto se pudo verificar que de haberse dado trámite en tiempo a los procedimientos quirúrgicos ordenados en favor del paciente por parte del ISS, probablemente su estado de salud hubiere mejorado.	Igualmente, el aludido daño es personal, por cuanto recayó sobre un ciudadano en específico, quien exigiría su reparación de forma directa.	Es determinado, por cuanto fue posible esclarecer, que de haberse practicado la intervención quirúrgica necesaria existiría una alta posibilidad de mejorar la funcionalidad visual y la estética del paciente.
Demostración de la relación causal y la identificación del beneficio y de probabilidad perdida		
Ciertamente la relación causal entre la desaparición de la posibilidad de mejora en el estado de salud del paciente y la conducta del agente del Estado fue entablada, en la medida que se logró probar fehacientemente que de haberse remitido de forma oportuna al espacio clínico donde debía practicarse la intervención quirúrgica al demandante, su estado de salud hubiera mejorado, de donde se obtiene que aquella oportunidad fue truncada.		

Nota. Elaboración propia con base en la Sentencia del cinco (5) de marzo dos mil quince (2015) de Consejo de Estado, Exp. 08001—23—31—000—2000—03119—01(34921).

Como un punto importante en relación con los tipos de daño que abarca la pérdida de oportunidad de acuerdo con el Consejo de Estado (2010), esto es, la pérdida del beneficio y la pérdida propiamente de la oportunidad o chance, en la decisión adoptada por la Alta Corte, la primera modalidad de daño guardó gran relevancia, pues si bien se encontró demostrada la pérdida de oportunidad, lo cierto es que no se logró calcular técnicamente el nivel de probabilidades que tenía el paciente de obtener los beneficios esperados y consecuentemente tampoco un *quantum*, de donde resulta se declaró la responsabilidad el ISS como consecuencia de la pérdida de oportunidad, sin embargo, la única condena el perjuicios se produjo con ocasión a la afectación moral causada con esta pérdida.

De modo que, finalmente no fue indemnizada la pérdida de oportunidad como daño autónomo, sino que, para tal efecto, el fallador tomó en consideración las consecuencias adversas que la misma irradió sobre el componente extrapatrimonial del afectado.

Ciertamente el escenario recién introducido, abre un debate que ya ha sido dilucidado por la misma Corporación, y es que según se vio previamente, la oportunidad perdida debe servir de base al momento de cuantificar el perjuicio, siempre y cuando el nivel de probabilidad esté demostrado.

Sobre la cuantificación de la indemnización de esta clase de perjuicio, el Consejo de Estado (2010) aclaró que, si bien debe tenerse en cuenta el beneficio perdido, no debe dejarse de lado que esta tipología del daño exige que la reparación recaiga propiamente sobre la oportunidad que se pierde —bajo la idea de que esta tenía un valor—, y no sobre “el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar” (Consejo de Estado, 2010, Exp. 18.593).

B. Pérdida de Oportunidad como Alivio al Juicio de Imputación.

Habiendo abarcado cada uno de los componentes de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, es del caso proceder con el estudio de la figura a la luz del criterio de la imputación, para así —como en el acápite anterior—, terminar por dilucidar sus elementos distintivos y entender de forma clara y precisa su espacio de aplicación.

La pérdida de oportunidad como alivio al nexo de causalidad, como bien se extrae de su nombre, fue pensada para ser aplicada en la llamada causalidad, cuando aún la doctrina y la jurisprudencia guardaban un concepto uniforme en considerar que eran tres los elementos constitutivos de la relación obligacional —la de responder por los daños infligidos—.

Habrà de recordarse que la teoría de la responsabilidad pública exigía la concurrencia de reconocidos elementos frente a los cuales el Consejo de Estado había mantenido una postura pacífica.

Afirmaba la alta Corporación en Sentencia proferida dentro de la radicación 38.522 que para que procediera la declaratoria de responsabilidad debía verificarse (i.) un daño de índole patrimonial o extrapatrimonial, (ii.) una conducta reflejada en la acción u omisión reprochable a la administración pública, y (iii.) una relación de causalidad entre los mencionados elementos.

Se aprecia entonces, que la causalidad o relación de causalidad hasta hace poco más de una década era considerada como un elemento estructural de la responsabilidad del Estado, sin embargo, diferentes debates surgidos desde el enfoque constitucional derivaron en precisar que la responsabilidad estatal debía enmarcarse estrictamente en dos elementos: el daño antijurídico y la imputación.

Un antecedente relevante del precitado debate nació de la aclaración de voto sustentada por el Dr. Enrique Gil Botero en el marco de la Sentencia del diecinueve (19) de septiembre de dos mil siete (2007) proferida dentro del radicado 16010 del Consejo de Estado.

Con el citado salvamento, el Magistrado Ponente pretendía desde luego confirmar su postura respecto de la decisión adoptada por el Órgano de Cierre y, además, aclarar las razones que motivaron la decisión, en tanto que la corporación

suprimió del texto original de la sentencia una serie de fundamentaciones en torno a la estructuración de los elementos de la responsabilidad en el caso decidido.

Sostuvo el Honorable Magistrado, que, de continuar incluyendo la causalidad como elemento de la responsabilidad del Estado, se estaría manteniendo una postura ajena a los preceptos introducidos por la Constitución Política de 1991, en tanto que la cláusula general de la responsabilidad consagrada en el artículo 90 superior, refería que el Estado sería responsable por los daños antijurídicos que le fueren imputables. De ahí que, en concepto del togado, sería procedente únicamente analizar dos elementos fundantes de la obligación de responder, a saber: (i.) el daño antijurídico y (ii.) la imputación del mismo.

Agregó, que la llamada causalidad constituye un fenómeno natural en tanto que refiere a la relación inseparable de la causa — efecto. De ello concluye, que la llamada causa en la responsabilidad es la que produce el daño —efecto— y por tanto desde su nacimiento se encuentra incrusta en el elemento “daño”, es decir, no es un concepto aislado.

Con todo lo anterior, más allá del quebrantamiento conceptual que una y otra figura representan —las de causalidad e imputación—, lo cierto que guardan relación en cuanto buscan esclarecer si la causa del daño es imputable a una entidad pública, por el hecho de haberse producido como consecuencia de una conducta activa u omisiva.

Conforme lo anterior, debe pensarse en la nueva ubicación de la figura de la pérdida de oportunidad en los elementos deprecados por la jurisprudencia contencioso administrativa actual, por lo que es del caso proceder con el análisis de fondo respecto de cada uno de estos conceptos a la luz de la institución bajo estudio.

De entrada, podría descartarse la posibilidad de ubicar la pérdida de oportunidad en su forma de alivio probatorio en el elemento del daño, en la medida que como se expuso previamente, tal componente debe guardar serio carácter de certeza (Consejo de Estado, 2006, Exp. 13.186) y que como se pasará a ver en acápites posteriores, es la certeza de la existencia de un daño lo que justifica la aplicación de una forma lo que se conoce como el nexo de causalidad.

En punto al elemento imputación, se ha referido que comprende dos conceptos base, a saber: el primero relacionado con la imputación fáctica —*imputatio facti*—, es decir la existencia de una relación entre una conducta y el daño infligido, y un segundo elemento, referente a la imputación jurídica —*imputatio iuris*—, esto es, la existencia de un fundamento de derecho que haga necesario que la afectación patrimonial generada deba ser asumida con el patrimonio del actor dañoso —el Estado— (Escobar Gil, citado en Consejo de Estado, 1999).

Vale decir, que frente al concepto de la imputación jurídica ha esclarecido el Consejo de Estado debe determinarse la atribución en razón al deber jurídico que se adecúa a cada uno de los títulos de imputación de la responsabilidad del Estado e igualmente apreciar aspectos de la imputación objetiva de la responsabilidad estatal (Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, 2010)

Encontrándose en este panorama, el Consejo de Estado (1999), en el expediente 10.948, señaló que el juicio de imputación del daño depende entonces, de que haya tenido lugar como consecuencia de la acción u omisión de una autoridad en el marco de la prestación del servicio público o con ocasión a este, donde habrá que excluirse la conducta de un servidor que al margen del servicio público genera una consecuencia dañosa.

Bajo la égida de los citados argumentos, resulta procedente el estudio de la pérdida de oportunidad como facilitador probatorio en el marco de la imputación fáctica, pues tal institución permite efectuar un juicio de imputación de daños, teniendo como base estadísticas y probabilidades de las cuales se puede determinar en qué proporción con una específica conducta se privó de obtener un provecho o impidió evitar la consolidación de una afectación (Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, 2013).

Ahora bien, en lo que concierne a la institución en desarrollo, se ha establecido que tienen aplicación en aquellos eventos en que la demostración de un nexo de causalidad directo ha sido imposible, no obstante, de la situación concreta puede extraerse que el efecto dañoso pudo no haber tenido lugar de haberse actuado conforme al deber legal (*Ibidem*).

Como la pérdida de oportunidad en su forma de daño, tal figura en el terreno de la imputación fáctica también ha merecido el esclarecimiento de determinados parámetros y elementos que definen su aplicación en el marco de la responsabilidad pública.

Debe iniciarse por afirmar que la doctrina de la pérdida de oportunidad no ha establecido con precisión, alguna forma de umbral de certeza conforme la cual habría de darse aplicación a la institución en mención a la luz del criterio de imputación (Luna Yerga, 2005).

Es decir, que no existe un criterio establecido que indique cual sería el porcentaje mínimo de probabilidad de cual se pueda colegir, que de no haberse actuado de determinada manera no se hubiera privado del beneficio esperado, o impedido evitar la consolidación de una consecuencia dañosa. Esto es en palabras más sencillas, cual es el porcentaje de probabilidades restadas o desaparecidas que se requieren para determinar si un daño irrogado puede ser o no imputable fácticamente al Estado, (Ibarra Martínez, aclaración de voto, Consejo de Estado, Exp. 53.435, 2020).

Como parte importante, debe referirse que el uso de la categoría analizada se encuentra debería circunscribirse exclusivamente a los eventos en que la existencia del nexo causal es dudosa o se ve afectada por alguna forma de incertidumbre, de tal suerte que pueda entrarse a establecer en un margen de probabilidad entre el 1% y el 99% que determinado daño haya tenido lugar como consecuencia de una causa identificable (Gil Botero, salvamento de voto, Consejo de Estado, 2008).

La apreciación anterior, surge del planteamiento de que, ante la inexistencia de una verdadera incertidumbre en la imputación fáctica del daño, entonces el fallador no podría referirse materialmente a la pérdida de oportunidad considerando que la incertidumbre es parte condicional de la figura, sino que deberá acudir a uno de los siguientes dos resultados:

(i.) El primero, concluir del juicio de imputación fáctica que el daño no es atribuible a la conducta desplegada por un agente del Estado, y, por tanto, abstenerse de imponer condena alguna.

(ii.) El segundo, atribuir material y jurídicamente una consecuencia dañosa al agente de forma plena, donde la decisión del operador jurídico se basaría en el concepto de certeza. (*ibidem*)

Bajo esa misma línea argumentativa, se sostiene que la oportunidad menguada debe ofrecer serias posibilidades de haber ofrecido al afectado la garantía de obtener el provecho esperado o de haber evitado la consolidación del daño. En tal sentido, habrá de tenerse en cuenta que tal institución no puede ser aplicada de forma indiscriminada, sino que habrá de delimitarse su uso a eventos particulares (*ibidem*), que como se analizará más adelante, deben revertirse de condiciones materiales particulares.

En cuanto a la forma de indemnización en los casos en que se de uso a la pérdida de oportunidad como alivio al juicio de imputación, debe decirse que a diferencia de su aplicación como daño —donde el reconocimiento del perjuicio indemnizable es medido en razón al “valor del derecho perdido o de la pérdida que no pudo evitarse, descontado el porcentaje correspondiente al alea, expresado en tantos por ciento” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2013)—, en el terreno de la imputación no deberá afectar de manera alguna el componente indemnizatorio, si entiende que el mismo surge como consecuencia de haber concurrido la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo, es decir, debe entenderse simplemente como una consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad —la imposición del deber de reparar—.

Por último, frente a la pregunta que se formulaba en el título del presente apartado, debe decirse que la existencia de una u otra forma de pérdida de oportunidad resulta no ser excluyente, pues de acuerdo con lo expuesto y como terminará por dilucidarse en lo sucesivo, cada una de ellas responden a fenómenos completamente distintos en el ámbito de la estructuración de la responsabilidad, frente a lo cual vale decir: resultan igualmente valiosas.

2. La Pérdida de Oportunidad, Tratamiento Jurisprudencial y Doctrinal:

Exigencia de Certeza y la Corrección de Desigualdades Probatorias

Una vez identificados los fundamentos teóricos de la pérdida de oportunidad, resulta necesario examinar la manera en que esta institución ha sido incorporada y desarrollada por la jurisprudencia colombiana, particularmente por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa. La construcción jurisprudencial de esta figura ha estado marcada por debates relacionados con su naturaleza jurídica, sus elementos estructurales y, especialmente, con el papel que desempeña frente a los problemas derivados de la incertidumbre causal. En tal sentido, se procederá con el análisis del tratamiento jurídico y probatorio otorgado a la pérdida de oportunidad, destacando las distintas posiciones asumidas por la jurisprudencia frente a la flexibilización de los estándares de prueba y la forma en que las dificultades científicas, técnicas y probatorias pueden afectar de manera desigual a las víctimas y a la Administración.

2.1. Pérdida de Oportunidad y Abstencionismo Jurídico en Materia de la Imputación Fáctica

La postura del Consejo de Estado frente a la pérdida de oportunidad se ha caracterizado por un marcado debate jurisprudencial frente a su uso y aplicación en el marco de la responsabilidad estatal.

De esta manera, la producción jurisprudencial ha dejado apreciar escenarios donde la institución en mención es acogida como una forma o instrumento de facilitación probatoria, otros tantos donde su uso como instrumento causal es completamente desechado acogiéndola únicamente como una forma de daño autónomo, y finalmente un pronunciamiento donde se ha evidenciado el temor por parte de la Corporación en el sentido de definir de fondo cual debería ser el criterio único y absoluto de aplicación de la institución.

En primera medida, debe manifestarse que lo sobresaliente en la Judicatura, es una forma de “abstencionismo jurídico” en aceptar la pérdida de oportunidad como un alivio o herramienta en la imputación fáctica de la responsabilidad pública.

Es así como, en diferentes pronunciamientos del Órgano de Cierre en lo Contencioso Administrativo, se han decantado concisos argumentos en torno a la imposibilidad de usar la categoría en el terreno de la imputación:

— Aduce la corporación, que no es posible el establecimiento de la obligación de responder en ausencia de un vínculo cierto entre el hecho considerado dañino y la conducta de la administración, dado que la eventual falta de certeza no tendría otra consecuencia distinta a la exoneración de la responsabilidad del Estado (Consejo de Estado, Rad. 18593, 2010).

— En concordancia con lo anterior, ha sostenido que es imposible jurídicamente que se constituya una especie de “presunción artificial y parcial de responsabilidad” a partir de la pérdida de oportunidad, e imponer una condena sobre ello, pues tal lógica cuestionaría seriamente la certeza de que el Estado sería el verdadero artífice del daño (Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 25.706, 2017).

— Aunque determinados casos presenten incertidumbre causal, ello no es suficiente para acudir en sede de pérdida de oportunidad, por ser esta una figura que de ninguna manera nació para resolver problemas relativos a la causalidad. En este sentir, la aplicación de esta clase de concepciones derivaría en el rompimiento de los cimientos de responsabilidad y con ellos graves afectaciones a la seguridad jurídica, pues resalta el hecho de que, de un lado, unas de las partes se vería indemnizada de forma parcial, aun cuando un fuerza probatorio suficiente le hubiere concedido una indemnización plena y del otro, habría una condena sin plena certeza de la atribución del daño (Giraldo Gómez, 2011, citado en Consejo de Estado, Exp. 25706, 2017).

— De la misma manera, la pérdida de oportunidad en el terreno de la causalidad supondría aplicar al Demandado en la responsabilidad

médico—asistencial un régimen más gravoso que el objetivo, ya que, aunque en este último la falla del servicio no es un elemento estructural, la causalidad siempre debe acreditarse y su prueba corresponde al demandante en todos los casos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 11.605, 2002).

Ahora bien, aún frente al uso mismo de la pérdida de oportunidad como daño, la Jurisprudencia es escéptica en admitir la más mínima falta de certeza entre la relación de la conducta del agente del Estado y la oportunidad mermada, bien, de adquirir un beneficio, o, de evitar la consolidación de un daño. Frente a esta situación se ha expuesto lo siguiente:

— La relación causal entre la pérdida de oportunidad y la conducta dañosa debe estar completamente acreditada, pues es claro, que tal figura no decanta un “sucedáneo de prueba” frente al nexo causal, aun cuando la demostración del mismo es difícil (Consejo de Estado, Rad. 18593, 2010).

— La concepción anterior, puede extraerse de la particularidad a que se refería párrafos atrás, conforme la cual la pérdida de oportunidad como daño debería apreciarse desde dos enfoques, uno relativo a “la privación completa de”, y otro relacionado con la “pérdida de la oportunidad de”. Tales concepciones, a la luz de lo deprecado en el inciso inmediatamente anterior, quieren significar que lo que se deberá probar sin lugar a duda, es la relación entre la conducta dañosa y la “pérdida de oportunidad de”, esto es, que el porcentaje de probabilidad conforme al cual se pudo haber adquirir un provecho o evitado un daño, es el que condensa el carácter de indemnizable una vez se verifique la certeza de su existencia a través de los diferentes medios de prueba arrojados al proceso (*Ibídem*).

— La concepción anterior, puede extraerse de la particularidad a que se refería párrafos atrás, conforme la cual la pérdida de oportunidad como daño debería apreciarse desde dos enfoques, uno relativo a “la privación completa de”, y otro relacionado con la “pérdida de la oportunidad de”. Tales concepciones, a la luz de lo deprecado en el inciso inmediatamente anterior, quieren significar que lo que se deberá probar sin

lugar a duda, es la relación entre la conducta dañosa y la “pérdida de oportunidad de”, esto es, que el porcentaje de probabilidad conforme al cual se pudo haber adquirir un provecho o evitado un daño, es el que condensa el carácter de indemnizable una vez se verifique la certeza de su existencia a través de los diferentes medios de prueba arrimados al proceso (*Ibídem*).

Dicho de otra manera, de cara a un caso concreto de responsabilidad médica, la reparación de los daños causados con una omisión en la prestación del servicio médico recaerá no sobre el denominado resultado final, por ejemplo, la muerte, sino sobre el nivel de la probabilidad pérdida, conforme la cual aquel daño final pudo evitarse (Consejo de Estado, Exp. 34921, 2015).

Por último, en lo que respecta a las posturas que admiten la posibilidad de estudiar la oportunidad perdida en sede de imputación, —se ha reiterado— tal institución funciona como instrumento de facilitación probatoria cuando no fue posible la demostración del nexo de causalidad entre la falla del servicio por parte del Estado y el daño final. Aún con ello, es concreta la posibilidad de que la consecuencia lesiva no se hubiere producido de haberse actuado conforme al deber jurídico (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 25.869, 2013).

En concordancia con lo anterior, se ha referido que tal enfoque, puede usarse especial en escenarios médicos, donde la víctima se enfrenta a serias dificultades en la prueba de la conducta desplegada por el agente del Estado y su consecuencia material como daño (*ibídem*), de donde se obtiene su aplicabilidad en el marco de la imputación fáctica.

Justamente, la importancia de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico fue exaltada por la Honorable Corte Constitucional, quien en Sentencia T—234 del año 2007, donde se refirió que la efectividad de los tratamientos que han de practicarse a pacientes no solo se mide en criterios médicos para determinar o no su aplicación, sino que debe garantizarse la consolidación de una expectativa de mejora que se rodea por un espectro de incertidumbre y se esclarece cuando se garantiza al paciente el acceso al tratamiento sin atender a su resultado el cual

puede ser o no de mejora. Una concepción distinta podría conllevar a la consolidación de la pérdida de la oportunidad, la cual ha sido reconocida por el Consejo de Estado por el hecho de no haberse garantizado un procedimiento.

En tal sentido afirma la Corte, no es posible negar el chance u oportunidad de acudir a un tratamiento médico a la luz de consideraciones de efectividad determinada por galenos, pues dependerá exclusivamente del paciente con la suficiente orientación y explicación médica, consentir o no la práctica del mismo — Consentimiento informado— (Corte Constitucional, Sentencia T—234, Exp. T—1162298, 2007).

Frente a la postura anterior, agrega el Consejo de Estado que la declaratoria de responsabilidad pública por omisión, puede derivarse de la simple privación del servicio aun cuando las expectativas de recuperación cuentan con un pronóstico negativo, pues se reitera, tiene prevalencia el derecho de las personas a recibir los tratamientos médicos pertinentes a menos que esta no sea su voluntad. Tal escenario, garantiza que los prestadores del servicio de salud no eximan su responsabilidad con la posible existencia de un resultado dañoso que permita justificar su omisión (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 25.869, 2013).

Un elemento adicional introducido por el derecho extranjero, defiende la necesidad de acople del derecho de daños a las nuevas problemáticas que surgen de la actualización responsabilidad del Estado, bajo esta égida la jurisprudencia francesa sostiene “que en los sistemas de responsabilidad modernos, el juez no debe tolerar que la falta de delimitación precisa del nexo causal impida la atribución de resultados” (Consejo de Estado Francés, Sentencia No. 289328, 2007, como se citó en Consejo de Estado de Colombia, Exp. 25.869, 2013).

Luego de haber referido diferentes razones que justifican el uso de la pérdida de oportunidad desde los elementos del daño y la imputación, es importante incorporar igualmente una decisión reciente del Consejo de Estado, donde se concentra la dificultad de la Honorable Corporación en zanjar de forma definitiva los diferentes debates sobre el correcto uso de la figura, postergando una vez más la consolidación de una postura definitiva de la judicatura.

En Sentencia del treinta (30) de noviembre de 2023 proferida dentro del radicado 53.435, el Órgano de Cierre conoció del recurso de apelación interpuesto en contra de una Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca donde se declaró responsable a la Nación – Ministerio de Defensa y entidades de la Fuerza Aérea por la pérdida de oportunidad en el parto de una ciudadana, y ordenó el pago de indemnizaciones por este concepto y por perjuicios morales a la menor afectada y sus familiares.

En su momento, el Tribunal consideró probado el daño con base en la historia clínica y aplicó el criterio de falla probada del servicio en materia obstétrica. Aunque inicialmente no se evidenciaron irregularidades, sí encontró largos periodos sin monitoreo médico durante el trabajo de parto, lo que pudo incidir en decisiones tardías como la practicada maniobra de Kristeller, pudiendo haberse evitado con una intervención oportuna.

Se concluyó que los actos omitidos pudieron evitar complicaciones como el sufrimiento fetal y lesiones físicas representadas en fracturas de la recién nacida, aunque el Colegiado no logró establecer con certeza la causa del daño cerebral.

De acuerdo con lo anterior, se aplicó la teoría de la pérdida de oportunidad, al existir una alta probabilidad de que los daños causados tuvieran lugar con ocasión a la falla de la demandada, pues una atención adecuada otorgaría mayores posibilidades de que el resultado fuera otro.

A su turno, el Consejo de Estado procedió con la reiteración de cada una de las concepciones de la pérdida de oportunidad —como daño y como alivio al nexo de causalidad— para culminar dilucidando el gran efecto de la plurimencionada institución de poner a prueba las tradicionales concepciones de la responsabilidad pública.

Afirmó la Corporación, que, en lo comprendido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no se ha reconocido la pérdida de oportunidad como daño autónomo ni como fundamento de atribución de responsabilidad del Estado —ello, aun cuando su análisis en diferentes decisiones ha ocupado grandes apartados y relevantes conclusiones—.

Líneas más adelante, y sin precedente, agregó que se acude al concepto en estudio por “razones de justicia”, buscando la indemnización de perjuicios que deberían ser indemnizados, sin embargo, no podría ser aplicada en aquellos eventos donde se evidencia una carencia plena de pruebas.

Finalmente, pese a haberse identificado con claridad los problemas dogmáticos asociados a la pérdida de oportunidad, la Corporación se abstuvo de resolverlos de manera coherente en el caso concreto, limitándose a confirmar el fallo de primera instancia a la luz de la garantía de no desmejora de las condiciones del apelante único (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 53.435, 2023).

En efecto, la Sala realizó un desarrollo teórico para advertir que la pérdida de oportunidad no podría ser utilizada como un mecanismo para suplir la falta de prueba del nexo causal ni como un perjuicio autónomo. Sin embargo, renunció tácitamente a fijar una regla clara sobre el uso de la pérdida de oportunidad en contextos de incertidumbre causal, perpetuando la indeterminación que precisamente critica.

Así las cosas, el pronunciamiento parsimonioso de la Corporación frente a la materia, dejó en libertad a los operadores judiciales para usar la pérdida de oportunidad en cualquiera de sus enfoques, pues no se entendió un mensaje claro frente al uso que de la figura adelantó el A—Quo en su decisión (Ibarra Martínez, 2023, en Consejo de Estado, Exp. 53.435), esto es, parece ser que se criticó su aplicación incorrecta en la imputación fáctica, pero no se definió de fondo respecto de su papel en las decisiones que ha de adoptar la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El panorama expuesto, permite arribar a la apreciación de que el tratamiento de la pérdida de oportunidad en la judicatura colombiana, lejos de consolidarse como una categoría jurídica clara, se encuentra atravesada por una tensión no resuelta que ha derivado en un preocupante escenario de abstencionismo decisorio en la materia. De este modo, la pérdida de oportunidad permanece en un terreno de indefinición que compromete tanto la igualdad en la administración de justicia — como se verá más adelante— como la estabilidad del derecho de daños,

evidenciando la urgencia de una delimitación jurisprudencial clara que armonice los principios estructurales de la responsabilidad con las particularidades de contextos como el médico—sanitario.

2.2. La Prueba de la Pérdida de Oportunidad y las Asimetrías entre el Estado y las Víctimas

En lo relativo al componente probatorio de la pérdida de oportunidad como alivio a la imputación fáctica, debe mencionarse que suscita gran relevancia pues tal institución soporta una salida jurídica razonable en escenarios complejos de responsabilidad.

Así pues, las diferentes posturas que defienden la pérdida de oportunidad en el terreno de la imputación exaltan la labor del operador judicial en el estudio de la imputación pues aquellos deberán acudir a la prueba científica y técnica para determinar el porcentaje de probabilidades perdidas y esclarecer así la existencia de la obligación de responder en cabeza del Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 25.869, 2013)

Ahora bien, es claro que la pérdida de oportunidad encuentra sus bases en la falta de certeza de la imputación de un daño antijurídico, pues de existir la certeza de que una conducta generadora del daño es atribuible a una entidad pública, de ninguna manera pudiera acudirse a la figura bajo estudio en aras de establecer vínculo de responsabilidad (Consejo de Estado, Rad. 18593, 2010).

Es así como la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, en eventos donde sea imposible establecer con certeza el antes llamado vínculo causal —reconociendo eventos de dificultad de los conocimientos por su índole científico y/o tecnológico, y carencia de elementos de prueba—, ha habilitado al fallador para que pueda conformarse con la probabilidad de la existencia del nexo causal, bajo la égida del grado de probabilidad suficiente o predominante (Consejo de Estado, Exp. 15276, 2005).

Frente al concepto de probabilidad predominante ha referido la doctrina, consiste en fundar una decisión con base en aquellos hechos que sin contar con

una prueba irrefutable se muestran como “verosímiles”, esto es, son aquellos que irradian un nivel de probabilidad relevante, de ser la causa cierta, probable o posible de la ocurrencia de un daño (De Ángel Yagüez, 1995, pp. 78—79).

Otras líneas de estudio de la imputación también designan esta figura como la “*res ipsa loquitur*” o “la culpa virtual elaborada”, que tienen como enfoque el de construir la obligación de responder a través de la observación de un evento dañoso a la luz de las reglas de la experiencia, donde de verificarse anormalidad o excepcionalidad en el supuesto fáctico, podría concluirse o relacionarse tal particularidad a la posible concurrencia de una conducta negligente de un agente del Estado. Vale decir que tal línea de comprensión obedece estrictamente aplicación del concepto de la causalidad adecuada (Consejo de Estado, Exp. 31182, 2014).

Tal noción ha cobrado especial relevancia en las decisiones judiciales donde juega un papel esencial en la conclusión del Juzgador. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del radicado CE—SEC3—EXP1999—N11169 donde aun cuando para la corporación no existía certeza frente a la causa de la paraplejia causada a una paciente oncológica, se evaluó el hecho de que la paciente no volvió caminar posteriormente a una intervención quirúrgica, de se concluyó que existía una alta probabilidad de que la causa del daño irrogado a la menor se hubiera dado como consecuencia de la intervención de la demandada (Consejo de Estado, Exp. 11169, 1999).

De acuerdo con lo expuesto, el tratamiento probatorio en el marco de la pérdida de oportunidad deberá irradiarse de la función exhaustiva del Juez en la valoración de las pruebas, pudiendo acudir incluso a herramientas que facilitan su interpretación y relacionamiento para adoptar la decisión que en derecho corresponda, que como verá más adelante deberá ser en función de la reparación integral y la equidad.

¿Por qué la Incertidumbre Causal Afecta Más a la Víctima que al Estado?

La relevancia de la flexibilización probatoria se entiende con mayor claridad cuando se advierte que las dificultades para acreditar el nexo causal no suelen recaer de manera uniforme sobre las partes del proceso.

Particularmente en los litigios de responsabilidad estatal, como aquellos derivados de la prestación de servicios médicos, la información necesaria para reconstruir los hechos se encuentra frecuentemente en poder de la propia Administración o resultan ser tan complejos los hechos, que arrimar prueba de ellos al proceso a fin de soportar la causalidad es complejo o incluso imposible.

Frente a la complejidad de las pruebas, se ha dicho que esta puede derivar no solo de la ausencia de elementos de convicción, sino también de la propia naturaleza de los hechos que deben ser acreditados dentro del proceso. En este sentido, Hunter Ampuero (2015) sostiene que existen determinados acontecimientos que, por su complejidad natural, presentan especiales dificultades para su comprobación judicial, particularmente aquellos relacionados con hechos futuros, hechos antiguos, hechos técnicamente complejos o fenómenos científicamente difíciles de reconstruir. Según el precitado autor, se trata de supuestos en los que el hecho objeto de prueba resulta “particularmente difícil de acreditar” debido a sus características propias y no necesariamente por deficiencias en la actividad probatoria de las partes.

Lo anterior adquiere especial relevancia en los procesos de responsabilidad estatal, —como se dijo, especialmente en aquellos relacionados con la prestación de servicios médicos, donde la determinación del nexo causal suele involucrar fenómenos científicos complejos—. En tales escenarios, la dificultad no radica exclusivamente en la obtención de los medios de prueba, sino en la propia posibilidad de reconstruir con total certeza los acontecimientos que rodean el caso. Como explica Hunter Ampuero (2015), existen hechos “técnica o científicamente complicados” cuya demostración exige acudir a conocimientos especializados y a inferencias construidas a partir de evidencia indirecta.

De igual manera, la doctrina ha advertido que la causalidad constituye uno de los objetos probatorios más complejos dentro del proceso judicial, pues frecuentemente exige explicar fenómenos pasados a partir de reconstrucciones hipotéticas y juicios probabilísticos. Ello resulta aún más evidente cuando la controversia gira en torno a determinar qué habría ocurrido de haberse desplegado una conducta distinta por parte de la Administración, cuestión que inevitablemente conduce al análisis de hechos futuros. Sobre este punto, Hunter Ampuero (2015) señala que los hechos futuros son imposibles de acreditar mediante prueba directa, razón por la cual su demostración debe descansar en datos objetivos y en juicios de probabilidad razonable.

De acuerdo con lo antedicho, y de cara al cuestionamiento formulado líneas atrás, debe mencionarse que la incertidumbre causal tiende a afectar con mayor intensidad a la víctima que al Estado debido a la posición que aquella ocupa dentro del proceso de responsabilidad.

Como se explicó anteriormente, la regla general en materia probatoria impone a quien pretende obtener una consecuencia jurídica favorable la carga de acreditar los supuestos fácticos de su pretensión, entre ellos la existencia del daño y su relación con la conducta atribuida a la Administración. Así, cuando la causalidad se encuentra rodeada de incertidumbre científica, técnica o fáctica, es la víctima quien asume inicialmente el riesgo de no lograr demostrar los hechos necesarios para obtener la reparación.

Mientras el Estado puede resultar absuelto ante la ausencia de certeza sobre la causalidad, la víctima corre el riesgo de ver frustrada su pretensión indemnizatoria pese a la existencia de una probabilidad relevante de que el daño se encuentre vinculado con la actuación administrativa. En otras palabras, cuando la causalidad no puede demostrarse de manera concluyente, la incertidumbre opera con un nivel de desigualdad frente a la víctima para el acceso efectivo a la reparación.

Es así como la pérdida de oportunidad adquiere relevancia dentro del juicio de responsabilidad estatal, si se piensa que su función consiste en evitar que las consecuencias de las dificultades probatorias recaigan exclusivamente sobre quien

ya se encuentra en una posición desfavorable frente a la reconstrucción de hechos complejos, permitiendo al juez valorar escenarios de probabilidad suficiente o predominante cuando la certeza absoluta resulta inalcanzable, equilibrando los efectos de la incertidumbre causal con plena compatibilidad con los postulados de igualdad material que inspiran el Estado Social de Derecho y los esfuerzos orientados a la reducción de las desigualdades.

2.3. La Exigencia de Certidumbre Causal como Fuente de Desigualdad Probatoria

A este punto, es preciso preguntarse: ¿Qué ocurre cuando el sistema exige a todas las víctimas el mismo estándar de prueba —igualdad formal y carga de la prueba—, aun cuando los hechos sometidos a examen presentan niveles extraordinarios de incertidumbre científica o técnica?

Según se apreciaba en apartados anteriores, la concepción clásica de la responsabilidad del Estado promulga determinada abstención en admitir la más mínima falta de certeza en la probanza de cada uno de los elementos de la obligación de responder.

Resulta entonces que la exigencia de certeza en la acreditación del nexo causal constituye uno de los pilares históricos de la responsabilidad del Estado. Bajo esta concepción, la obligación de reparar solo puede surgir cuando exista plena demostración de que el daño antijurídico sufrido por la víctima es atribuible a la conducta de la Administración.

Tal postura ha sido reiteradamente defendida por el Consejo de Estado al sostener que la ausencia de certeza sobre la relación causal conduce necesariamente a la exoneración de responsabilidad, pues no resulta jurídicamente admisible imponer condenas fundadas en meras conjeturas o probabilidades (Consejo de Estado, Rad. 18593, 2010; Exp. 25706, 2017).

Sin duda, la mencionada exigencia responde a finalidades legítimas asociadas a la seguridad jurídica como una institución que garantiza el orden justo y el ejercicio efectivo de derechos y libertades (Corte Constitucional, Sentencia

SU—072/18, 2018), la protección del patrimonio público y la necesidad de evitar decisiones arbitrarias.

Con todo ello, la aplicación uniforme de este estándar probatorio plantea interrogantes relevantes cuando se enfrenta a escenarios caracterizados por elevados niveles de complejidad científica o técnica, pues si bien la regla de la carga de la prueba es formalmente igual para todos los sujetos procesales, se reitera, sus consecuencias no siempre se proyectan de manera uniforme sobre quienes participan en el litigio.

Como se expuso anteriormente, la responsabilidad estatal se construye sobre la premisa de que corresponde al demandante acreditar los elementos estructurales de su pretensión, entre ellos la existencia del daño y su relación con la actuación administrativa. No obstante, esta distribución de las cargas probatorias debe interpretarse a la luz del principio de igualdad material que orienta el proceso judicial. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que las cargas procesales buscan garantizar la igualdad entre las partes y que los jueces tienen el deber de asegurar el “equilibrio de armas” dentro del proceso (Corte Constitucional, Sentencia C—086 de 2016).

Con todo ello, el modelo de responsabilidad actual ordena que la falta de certeza en la imputación fáctica se resuelva negando las pretensiones de la víctima, aun en escenarios donde las probabilidades de que el Estado si participó en la causación de su perjuicio son muy altas. De allí resulta, que la única afectada en el plurimencionado escenario de incerteza sería la víctima misma, a quien vale decir no se puede obligar a lo imposible —aún en el ámbito probatorio— (Corte Constitucional, Sentencia T—062A/11, 2011) y a quien como ha mencionado la doctrina reciente tampoco podría negársele el derecho a ser indemnizada tras la falta de delimitación precisa del nexo de causalidad (Consejo de Estado Francés, Sentencia No. 289328, 2007, como se citó en Consejo de Estado de Colombia, Exp. 25.869, 2013).

Cuando el estándar exigido para la demostración de la causalidad es la certeza plena, pero el fenómeno analizado solo permite alcanzar conclusiones

probabilísticas, la consecuencia práctica consiste en trasladar íntegramente a la víctima el riesgo derivado de la incertidumbre.

Desde la perspectiva de la igualdad material, esta situación merece otra reflexión, pues como ha sostenido la Corte Constitucional, el Estado Social de Derecho exige superar concepciones meramente formales de igualdad y adoptar soluciones que permitan remover obstáculos que generan desigualdades reales entre las personas (Sentencia C—115 de 2017).

2.4. Criterios Judiciales para la Valoración de la Pérdida de Oportunidad en Escenarios de Dificultad Probatoria

Según deja entrever lo expuesto hasta este punto, la pérdida de oportunidad no podría aplicarse a la totalidad de los asuntos puestos en conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino que debiera analizarse su utilidad en sedes excepcionales y con especiales condiciones fácticas.

En tal sentido, resulta posible esclarecer reglas casuísticas y umbrales de atribución conforme los cuales habría de proceder o no con la aplicación de la pérdida de oportunidad como alivio a la imputación fáctica a efectos de superar la incertidumbre en la atribución de la responsabilidad del Estado.

En primera medida, debe hablarse de un grado de incertidumbre causal insuperable, conforme la cual, a pesar del esfuerzo probatorio, sobrevienen motivos de incertidumbre real sobre si la conducta del Estado fue la que causó el daño final, el cual en todo caso debe ser cierto. (Gil Botero, 2008, en Consejo de Estado, Exp. 17.001)

En tal sentido, no podrá aplicarse la teoría en desarrollo en eventos de certeza en la atribución de responsabilidad al Estado, pues es claro que en aquel supuesto lo procedente es la declaratoria de la responsabilidad plena, conforme la cual se deberá dar estudio a los elementos de responsabilidad sin mayor conflicto (Consejo de Estado, Rad. 18593, 2010).

De la misma manera el convencimiento del Juez a partir de la valoración probatoria resulta especialmente relevante, puesto que con base a ello deberá

determinar el nivel de probabilidades perdidas de adquirir un beneficio o de evitar la causación de un daño a consecuencia de la conducta de un agente del Estado y determinar si con base a ello, hay o no lugar a la imputación de responsabilidad.

Ahora, con lo mencionado previamente, se abre paso al escenario un nuevo conflicto relacionado con los umbrales de certeza que determinan el mérito de aplicación o no aplicación de la pérdida de oportunidad como criterio de imputación fáctica.

De este modo, el juez debe asegurar la existencia de un índice serio de probabilidades, pero sin llegar a un máximo que dé lugar a la certeza del deber de responder —caso en el que debería fallarse con los parámetros ordinarios de construcción de la responsabilidad—, pero igualmente, debe superar un porcentaje mínimo de incertidumbre sobre el cual pueda pensarse que no se impondrá injustamente una condena al Estado (Asensi Pallarés, 2013, p. 234), pues el uso de la institución en comento debe tener como faro la prudencia, previniendo que se genere una sanción en un entorno completamente improcedente (Guerrero Zaplana, 2006).

A su vez, el uso de la causalidad probabilística plantea inmediatamente una cuestión relevante, que pretende determinar el nivel mínimo de probabilidad frustrada para que las probabilidades perdidas justifiquen la responsabilidad. En este sentido, la controversia sigue abierta entre quienes creen que la pérdida de oportunidad debe operar como cierre solo en la incertidumbre absoluta y quienes sostienen que cualquier porcentaje de probabilidad —cualquiera que sea el grado (pequeño o alto)— constituye un daño independiente con finalidad resarcitoria (Asensi Pallarés, 2013, p. 234).

Con todo lo anterior, particularmente en el caso Colombiano, los jueces en las causas de responsabilidad se encuentran sometidos a los mandatos introducidos por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que exige que la valoración de los daños irrogados a personas y cosas deben observar los principios de reparación integral y equidad, lo que habilita al Juez para que evalúe cada una de

las pruebas arrimadas al proceso de forma conjunta y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como lo exige el artículo 17 del Código General del Proceso.

De otro lado, habrá que pensarse en la probabilidad preexiste, sin que ello constituya per se una prueba directa del beneficio perdido, pero si garantizando que haya claridad en que el sujeto estaba efectivamente en la posición fáctica y jurídica de recibir el beneficio o evitar el daño antes de la intervención del agente del Estado.

Tal situación según lo ha destacado la jurisprudencia de la Corte Suprema implica el deber de analizar que el afectado no tenga cualquier posibilidad de obtener el resultado que esperaba, pues si tal posibilidad es lejana o débil no podría apreciarse que su entorpecimiento genere necesariamente la pérdida del provecho esperado. Es así como debe determinarse que quien se presenta como lesionado debía encontrarse al momento de ocurrencia del hecho dañoso en un estado de idoneidad de alcanzar lo esperado, sumado a que la oportunidad de acuerdo con su situación era real y alcanzable. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10261—2014, Exp. 07770, 2014).

Aun cuando se opte por el uso de la pérdida de oportunidad como alivio probatorio, se requiere la verificación de la existencia de un deber jurídico en cabeza del agente del Estado, conforme al cual se le reprochará por su actuar activo u omisivo en el desarrollo del servicio prestado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 10.948, 1999).

Sin ser menos importante, debe considerarse que el caso a juzgar debe constituir un evento de dificultad probatoria por su complejidad, por lo que el fallador deberá hacer uso de diferentes herramientas en aras de garantizar un estudio razonado de la decisión a adoptar.

Como se vio previamente, en tales eventos, incluso puede acudir en sede de indicios a efectos de arribar a una inferencia lógica (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 30.377, 2014) que permita determinar en qué medida o porcentaje determinada conducta comprometió la responsabilidad el Estado por truncar o afectar “la oportunidad de obtener un provecho o evitar una afectación, a partir de

de hechos indicadores y varias reglas de la experiencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Exp. 15.610, 2000).

Lo anterior ha dicho el Consejo de Estado, siempre y cuando concurren eventos de complejidad de los conocimientos involucrados y en todo caso el impedimento de allegar prueba de la certeza de la causalidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 13.284, 2001).

Por último, deberá procurarse la no desmejora del régimen probatorio, pues no puede plantearse la inversión del deber de prueba en cabeza del demandante. Ello sin perjuicio de que existan casos difíciles de pruebas —si no imposibles— de demostración de la antes llamada causalidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 11.901, 2001), que ameriten la aplicación de la pérdida de oportunidad como mecanismo de justicia, pero nunca como una forma de rompimiento de los deberes y derechos de las partes en juicio.

3. La Pérdida de Oportunidad como Instrumento de Equidad y Reducción de Desigualdades

3.1. ODS 10, e Igualdad Material

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible constituye uno de los compromisos internacionales más importantes asumidos por la comunidad internacional en materia de desarrollo humano, inclusión y justicia social. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) surgen precisamente en el marco de esta agenda, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York en 2015, con el propósito de promover una transformación de los modelos tradicionales de desarrollo económico y social hacia esquemas sostenibles que permitan alcanzar un equilibrio entre el progreso de las personas, la protección del entorno y el bienestar colectivo (Guzmán Robledo y Mariscal Gutiérrez, 2023). En este sentido, la Agenda 2030 plantea una visión integral del desarrollo, orientada a garantizar que todas las personas puedan participar y beneficiarse de manera equitativa de los procesos económicos, sociales e institucionales.

Como ya se ha destacado, el nivel de desigualdad puede representar así una amenaza importante tanto para la estabilidad social como política de los Estados y, al mismo tiempo, poner en riesgo el crecimiento económico sostenible. Diversos estudios estiman que una menor desigualdad favorece a las sociedades a estabilizar con mayor fuerza los ciclos a largo plazo del crecimiento económico, mientras que un aumento de las disparidades sociales y económicas tiende a asociarse con situaciones de inestabilidad y crisis, así como con el debilitamiento de las instituciones. Así, la reducción de la desigualdad se consolida como un elemento esencial para los modelos de desarrollo sostenible e inclusivo (Carpentier et al., 2015).

Bajo esta perspectiva, la reducción de las desigualdades no se agota en la eliminación de diferencias económicas, sino que también se trata de proporcionar condiciones que permitan a las personas acceder efectivamente a las oportunidades que les posibiliten llevar a cabo sus proyectos de vida. La igualdad de oportunidades, en este sentido, se refiere a la ausencia de obstáculos arbitrarios que impidan que las personas compitan en igualdad de condiciones por bienes, servicios, posiciones sociales o mecanismos para proteger sus derechos (Alarcón Cabrera, 1987).

De acuerdo con Alarcón Cabrera (1987), hay ideas modernas que sostienen que, en ciertos contextos, es aceptable poner en práctica dispositivos correctivos diseñados para remediar las injusticias existentes. En este sentido, la igualdad material no significa tratar a todos de manera idéntica (es decir, lo mismo a lo largo del tiempo y las circunstancias), sino respuestas diferenciadas frente a situaciones que materialmente generan desventajas.

Particularmente, la igualdad material se encuentra estrechamente vinculada con la eliminación de barreras que impiden a ciertos individuos participar en condiciones equivalentes dentro de los distintos escenarios sociales, económicos y jurídicos. Desde esta perspectiva, las diferencias de trato pueden resultar constitucionalmente legítimas cuando persiguen la corrección de desequilibrios que afectan de manera estructural a determinados sujetos o grupos. Así pues, como

señalan Camacho Vinuela y Bolaños Calvache (2025), las medidas orientadas a materializar la igualdad buscan no solo compensar los efectos de situaciones discriminatorias o de subordinación, sino también remover aquellos obstáculos que limitan el acceso efectivo a oportunidades y derechos.

3.2. La Pérdida de Oportunidad ¿Con características de Discriminación Positiva Frente a las Asimetrías Probatorias?

Los llamados eventos de discriminación positiva, según lo ha definido la Honorable Corte Constitucional, tienen como objetivo el de otorgar un tratamiento diferenciado a aquellos sectores de la población que históricamente han sido afectados por condiciones de exclusión, marginación o vulnerabilidad, no con el propósito de privilegiarlos arbitrariamente frente a los demás, sino de compensar las desventajas reales que les han impedido acceder en igualdad de condiciones a los beneficios de la vida social. En palabras de la Corporación, se trata de una forma de diferenciación que busca “incluirlos en ellos, a partir de ese trato, de tal manera que se compense el estado de vulnerabilidad al que una praxis social inveterada ha sometido” (Corte Constitucional, Sentencia C-964 de 2003).

Ahora bien, aunque propiamente no podría pensarse en que las víctimas de un juicio de responsabilidad ostenten calidades de afectación histórica, lo cierto es que la pérdida de oportunidad puede comprenderse como un mecanismo orientado a una finalidad semejante a la que inspiran las medidas de igualdad material, si se piensa que tales mecanismos no buscan otorgar privilegios injustificados a determinados sujetos, sino corregir situaciones concretas de desventaja que impiden el acceso efectivo a bienes jurídicos o derechos (Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 2017).

En tal sentido, la pérdida de oportunidad puede concebirse como una respuesta jurídica frente a aquellos escenarios en los que la incertidumbre causal y la complejidad probatoria colocan a la víctima en una posición particularmente desfavorable para acceder a la reparación de los daños sufridos. Así, sin alterar los elementos estructurales de la responsabilidad ni eximir al demandante de sus

cargas procesales —contrario a diferentes posturas adoptadas por la Jurisprudencia—, la institución permite reconocer que la imposibilidad de alcanzar una certeza absoluta sobre la causalidad no siempre obedece a la falta de diligencia de la víctima, sino a las especiales características de determinados eventos dañosos.

Bajo esta égida, la pérdida de oportunidad funciona como un medio para mitigar una forma de desigualdad creada por la dificultad probatoria, al garantizar que los efectos subsiguientes de la incertidumbre no recaigan únicamente sobre la persona que ya soporta la carga del daño y, con ello, asegurar una distribución más equitativa de los riesgos derivados de la incertidumbre causal, aunque solo condicionada al cumplimiento de cada criterio judicial para la valoración de la pérdida de oportunidad en escenarios de dificultad probatoria.

3.3. La Pérdida de Oportunidad y su Contribución a la Reducción de Desigualdades en el Marco de la Responsabilidad Estatal — Aplicación de Conceptos

Como corolario de los planteamientos desarrollados en escenarios anteriores puede advertirse que la evolución de la teoría de la pérdida de oportunidad indica no solo un cambio doctrinal del derecho de daños, sino también —como se evidenciará— el paso de un instrumento sociojurídico mediante el cual pueden materializarse efectivamente soluciones más justas en los procesos judiciales.

El requisito de certeza absoluta en contextos caracterizados por asimetrías probatorias extremas —en particular respecto de la responsabilidad por la prestación de asistencia médica y de los daños derivados de omisiones estatales complejas— constituye una barrera insuperable para las víctimas, quienes enfrentan limitaciones técnicas, científicas e informativas para acreditar plenamente la imputación del daño, ubicándolas en condiciones de desigualdad respecto del Estado, en la medida que existe una carencia de conocimientos y medios con los que se pueda determinar si hubo o no injerencia de la Administración en la causación del daño (Consejo de Estado, Rad. 18593, 2010).

En este contexto, la pérdida de una oportunidad tiene el potencial de atenuar desigualdades estructurales, lo que permite en favor de la víctima, reconocer jurídicamente la frustración seria y real de una expectativa legítima de curación, recuperación o evitación del perjuicio, aun en escenarios de incertidumbre causal.

Por lo tanto, más allá de buscar una facilitación probatoria, esta institución garantiza el derecho a la indemnización en aquellos casos en que la víctima del daño no puede probar por sí misma que una actuación estatal sea directamente atribuible a un hecho ilícito, con base en reglas probatorias ofrecidas por el derecho procesal (Medina Alcoz; 2007 p.79).

La relevancia de la figura consiste precisamente no en sustituir la prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad ni en fundamentar una noción con presunciones automáticas de responsabilidad del Estado, sino en reconocer que la frustración de una expectativa seria y legítima puede constituir un daño indemnizable o un criterio adecuado de valoración, en contextos de incertidumbre causal. De este modo, esa institución evita que la complejidad probatoria condene automáticamente toda posibilidad de que proceda una indemnización en favor de quien sufrió un daño.

En este sentido, la doctrina ha destacado que la pérdida de oportunidad constituye una respuesta frente a aquellos casos en los que la víctima no puede demostrar plenamente la causalidad directa, pero sí cuenta con elementos suficientes para concluir que una conducta estatal incidió en la reducción de sus posibilidades de obtener un beneficio o evitar un perjuicio (Medina Alcoz, 2007).

La relevancia de la pérdida de oportunidad adquiere mayor dimensión cuando se analiza a la luz de los principios de reparación integral y equidad que orientan el sistema colombiano de responsabilidad estatal. La Corte Constitucional ha señalado que la reparación integral es una garantía estrechamente relacionada con el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, en su perfil de restauración total de las condiciones afectadas por el daño antijurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2014).

Desde esta perspectiva, la reparación ya no se entiende únicamente como un efecto personal de la sentencia de responsabilidad, sino que cumple un papel respecto de la justicia en su sentido más material. Esto exige que las decisiones judiciales tengan en cuenta las circunstancias contextuales bajo las cuales las víctimas ejercen sus derechos y afrontan las cargas procedimentales derivadas de la demostración de sus pretensiones.

En consecuencia, cuando las causas de incertidumbre se vinculan a circunstancias objetivas asociadas a la complejidad de los hechos, y no a fallas de debida diligencia por parte de quien reclama, la pérdida de oportunidad facilita una compensación parcial de los efectos de dicha situación, dejando a la persona en condiciones de igualdad.

Ahora bien, la institución en mención contribuye a fortalecer la igualdad sustantiva, pues su finalidad principal es asegurar que las dificultades sobre la prueba que surgen de contextos altamente especializados no se conviertan en barreras insuperables para acceder a la protección de quienes reclaman. La aplicación excepcional de esta figura permite que las consecuencias de la incertidumbre no recaigan íntegramente sobre la víctima y brinda un espacio para una distribución más equitativa del riesgo en casos en los que falta certeza causal.

Estas reflexiones permiten establecer un vínculo directo entre la pérdida de oportunidad y los objetivos perseguidos por la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. En particular, la meta 10.3 del ODS 10 propone asegurar la igualdad de oportunidades y reducir las desigualdades mediante la adopción de medidas jurídicas e institucionales orientadas a asegurar un trato equitativo para todas las personas (ONU, 2015).

Aunque el ODS 10 suele asociarse a fenómenos económicos y sociales, sus principios también resuenan en el ámbito jurídico cuando observamos las condiciones reales para acceder a los mecanismos de protección de los derechos. Desde este ángulo, las desigualdades se manifiestan no solo en los desequilibrios del ingreso o la distribución de recursos, sino también en las opciones reales

disponibles para obtener la reparación de los daños derivados de la actuación del Estado.

Desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad puede entenderse como un instrumento que contribuye a mitigar las desigualdades jurídicas derivadas de la incertidumbre causal, ya que promueve condiciones más igualitarias para el ejercicio de las actuaciones judiciales y refuerza la efectividad sustantiva o material de la protección judicial.

A partir del análisis realizado, puede inferirse que la pérdida de oportunidad constituye una institución jurídicamente viable para ayudar a reducir algunas de las desigualdades presentes en los conflictos relativos a controversias sobre la responsabilidad del Estado, dado que su objeto no consiste en eliminar ningún requisito de la obligación de responder, ni en sustituir la necesidad de probar esos elementos estructurales de una reclamación, sino que, en cambio, ofrece mecanismos de respuesta razonables en casos como aquellos en los que la incertidumbre causal impide alcanzar niveles absolutistas de certeza.

Por consiguiente, la pérdida de oportunidad contribuye a los propósitos del ODS 10 mediante cuatro mecanismos principales según se expuso: (i.) la eliminación de desigualdades probatorias derivadas de ambigüedades y complejidades científicas y técnicas en determinados casos; (ii.) el fortalecimiento de la igualdad material en el acceso a la reparación; (iii.) la ampliación a partir de la probabilidad de las oportunidades reales de obtener una indemnización frente al daño sufrido; y (iv.) la mitigación de los obstáculos que enfrentan las víctimas dentro de un proceso judicial como consecuencia de la incertidumbre causal.

Conclusiones

La investigación permitió establecer que la pérdida de oportunidad que la pérdida de oportunidad ha evolucionado desde la primera definición, vinculada con la frustración de expectativas legítimas, hasta su consolidación como una categoría jurídica relevante dentro del régimen de responsabilidad del Estado. El análisis doctrinal y jurisprudencial indicó que su surgimiento responde a la necesidad de satisfacer la reparación del daño en casos en que la incertidumbre causal impide obtener una prueba incontrovertible entre la conducta estatal y el daño sufrido. Asimismo, su funcionamiento adquiere mayor importancia en contextos marcados por desequilibrios probatorios, dado que, para la institución, la exigencia de certeza plena puede ser incompatible con las posibilidades reales bajo las cuales las víctimas deben probar sus pretensiones, especialmente en casos particulares de naturaleza técnico-científica o de complejidad probatoria.

El análisis de la jurisprudencia colombiana permitió reconocer una tensión constante entre posiciones prohibitivas contra el uso de la pérdida de oportunidad como mecanismo para flexibilizar el estándar de imputación fáctica y otras que, en casos excepcionales, admiten una valoración sobre probabilidades preponderantes cuando surge la incertidumbre causal. Aunque el Consejo de Estado ha reiterado en múltiples ocasiones la necesidad de mantener la certeza como condición para la responsabilidad, también ha precisado que determinados eventos presentan ciertas dificultades para reconstruir los hechos y probar la causalidad. Ante ello, las partes no experimentan estas dificultades por igual, sino que inciden con mayor intensidad sobre las víctimas, quienes suelen enfrentar mayores obstáculos para demostrar hechos complejos, antiguos, científicos o técnicamente especializados. Por ello, la discusión sobre la pérdida de oportunidad desencaja el ámbito estrictamente causal y se proyecta sobre el problema de las asimetrías que inciden en el acceso efectivo a la reparación.

La pérdida de oportunidad puede comprenderse como una herramienta de equidad compatible con los postulados de la igualdad material. Aunque no es

estrictamente una acción afirmativa, comparte con este tipo de medidas el objetivo de remediar determinadas situaciones de desventaja que impiden el ejercicio efectivo de ciertos derechos. Su capacidad especial para usarse en contextos de incertidumbre causal abre la puerta a evitar las consecuencias que la complejidad probatoria impondría de manera exclusiva o predominantemente a la víctima, promoviendo así una repartición del riesgo asociado a la falta de certeza de la causalidad y ampliando las oportunidades reales de acceso a la reparación integral.

Finalmente, se concluye que la pérdida de oportunidad contribuye a los propósitos del Objetivo de Desarrollo Sostenible 10 en la medida en que minimiza la desigualdad en términos jurídicos y probatorios en los procedimientos de responsabilidad del Estado. Su aporte no consiste en la flexibilización general de los estándares de responsabilidad, ni en sustituir la necesidad de prueba, sino en impedir que las barreras derivadas de la incertidumbre causal se conviertan en mecanismos de exclusión para las víctimas. De ese modo, la institución apoya la igualdad material, amplía las oportunidades de acceso a la reparación integral y posibilita resoluciones judiciales materialmente más justas, fomentando un sistema de responsabilidad del Estado alineado con los compromisos internacionales orientados a la reducción de las desigualdades.

Referencias bibliográficas

- Alarcón Cabrera, C. (1987). *Reflexiones sobre la igualdad material*. Anuario de Filosofía del Derecho, (4), 31-42.
- Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson-Civitas.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, trad.). Centro de Estudios Constitucionales. (Obra original publicada en 1986).
- Asensi Pallarés, E. (2013). *La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, (8), 1-33.
- Camacho Vinueza, D., y Bolaños Calvache, L. C. (2025). *Reparación transformadora y diferencial para la garantía de la igualdad material y el cambio estructural del Estado: Aplicación de la discriminación positiva*. Estudios Constitucionales, 23(2), 241-271.
- Carpentier, C. L., Kozul-Wright, R., y Passos, F. D. (2015, 1 de abril). *Objetivo 10: Por qué es importante combatir la desigualdad*. Naciones Unidas.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 114.
- Colombia. Congreso de la República. (1945). *Ley 13 de 1945. Por la cual se aprueban unos instrumentos internacionales*. Diario Oficial No. 25.971.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (1999). Exp. 10.948. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (1999). Exp. 11.169. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2001). Exp. 11.901. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2001). Exp. 13.284. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2002). Exp. 11.605. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2002). Exp. 12.625. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005). Exp. 15.276. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2006). Exp. 13.186. C.P. Mauricio Fajardo Cabrera.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2007). Exp. 16.010. C.P. Enrique Gil Botero.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2008). Exp. 17.001. Salvamento de voto de Enrique Gil Botero. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2010). Exp. 18.593. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2010). Exp. 19.385. C.P. Enrique Gil Botero.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2011). Exp. 19.976. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2012). Exp. 22.366. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2013). Exp. 25.869. C.P. Enrique Gil Botero.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2014). Exp. 30.377. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2014). Exp. 31.182. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2015). Exp. 34.921. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2015). Exp. 38.522. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2017). Exp. 25.706. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2020). Exp. 53.435. Aclaración de voto de Fredy Ibarra Martínez. C.P. Alberto Montaña Plata.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. (2023). Exp. 53.435. C.P. Alberto Montaña Plata.

Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-044 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-062A de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-616 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-571 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia SU-072 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2000). Exp. 15.610. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2013). Exp. 1994-26630-01 (SC-10298). M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2014). Sentencia SC10261-2014. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Escobar Gil, R. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Legis.

Gallardo Castillo, M. J. (2014). *Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad*. Revista de Administración Pública, (194), 115-148.

Giraldo Gómez, L. F. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Universidad Externado de Colombia.

Guerrero Zaplana, J. (2006). *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria* (5.ª ed.). Editorial Lex Nova.

Guzmán Robledo, M. T., y Mariscal Gutiérrez, B. (2023). *ODS 10: Reducción de las desigualdades socioeconómicas de la mujer jalisciense*. Revista Jurídica Jalisciense, 3(6), 115-142.

Henao, J. C. (1998). *El daño*. Universidad Externado de Colombia.

Hunter Ampuero, I. (2015). *Las dificultades probatorias en el proceso civil: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*. Revista de Derecho (Coquimbo), 22(1), 209-257.

King, J. H., Jr. (1981). *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*. The Yale Law Journal, 90(6), 1353-1397.

Ley 446 de 1998.

Ley 1564 de 2012.

Luna Yerga, Á. (2005). *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, (2).

M'Causland Sánchez, M. C. (2012). *Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades*. En *Responsabilidad del Estado: tendencias, deseos y realidades: XII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*(pp. 95-154). Universidad Externado de Colombia.

Martín-Casals, M. (2011). *La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual*. En *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil* (pp. 11-113). APDC-Editum.

Naciones Unidas. (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. CEPAL.

Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Naciones Unidas.

Oyarzún Vargas, F. (2021). *Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad: análisis y reflexiones del caso español*. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 43, 119-147.

Rodríguez Camargo, A. J. (2024). *Economía nuestra: Informe sobre desigualdad en Colombia*. Oxfam Colombia.

Ronconi, L. M. (2018). *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Universidad Externado de Colombia.

Van Dam, C. (2014). *European Tort Law* (2nd ed.). Oxford University Press.