

**CRITERIOS ALTERNATIVOS EN EL ANÁLISIS PROBATORIO DE LA
RELACIÓN CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.**

**CINTYA LORENA CÁCERES MALAGÓN
MARLON FABIÁN MARTÍNEZ ROJAS**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2017

**CRITERIOS ALTERNATIVOS EN EL ANÁLISIS PROBATORIO DE LA
RELACIÓN CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.**

**CINTYA LORENA CÁCERES MALAGÓN
MARLON FABIÁN MARTÍNEZ ROJAS**

**Trabajo de grado para optar al título de
ABOGADO**

Director

HENRY MAURICIO REYES GARCÉS

Candidato a Magister en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho

Codirector

JORGE ANDREY CÁCERES MALAGÓN

Candidato a Magister en Derecho de daños

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2017

“Mi pensamiento es deudor de los difuntos y de los vivientes”

Giovanni Papini

“Quien se dedica con vocación y amor –sin los cuales nada se logra que embellezca y dignifique una vida- al estudio del derecho y al ejercicio de la abogacía o a la misión de administrar justicia, nobles si las hay, ha de resignarse a vivirla angustiosamente, asaltado con cruel constancia por el dolor de la perplejidad, desvelado en la búsqueda del sendero cierto y de la solución precisa, poseído del sagrado temor de equivocarse, que siempre está vigilando alerta en la conciencia del hombre de bien”.

Ricardo Hinestroza Daza

AGRADECIMIENTOS

A nuestros padres.

Los autores.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	18
1.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	18
1.2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	22
1.3. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	24
1.3.1 Responsabilidad médica, ¿contractual o extracontractual?.....	27
1.3.2. Daño.....	32
1.3.2.1. Elementos del daño.....	34
1.3.2.2. Clasificación de los perjuicios.....	37
1.4. CULPA.....	40
1.4.1. Tratamiento de la Culpa en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.....	41
1.4.2. Tratamiento de la Culpa en el Consejo de Estado.....	45
1.5. RESPONSABILIDAD MÉDICA, UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS.....	47
1.6. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.....	49
1.6.1. Cirugía Estética.....	49
1.6.2. Medicina Ginecobstétrica.....	51
2. EL NEXO CAUSAL Y SU PRUEBA MEDIANTE EL ALIGERAMIENTO	
PROBATORIO: ENTRE LA CAUSALIDAD JURÍDICA Y LA IMPUTACIÓN	
FÁCTICA	54
2.1. EL NEXO DE CAUSALIDAD: CONCEPTO, EVOLUCIÓN	
DOCTRINAL Y PLURALIDAD DE CAUSAS (A PROPÓSITO DE UN CASO).....	54

2.1.1. Aspectos preliminares.....	55
2.1.2. Concepto.....	57
2.1.3. Causalidad Fáctica y Causalidad Jurídica.....	59
2.1.3.1. Hacia la unificación de la causalidad: un modelo alternativo.....	62
2.1.4. La Pluralidad de Causas.....	65
2.2. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD: CONCEPCIÓN, TRATAMIENTO DOCTRINAL Y SU APLICACIÓN JUDICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	68
2.2.1. Concepciones de la causalidad.....	69
2.2.1.1. La causalidad como causalidad o regularidad accidental.....	70
2.2.1.2. La causalidad como necesidad natural.....	72
2.2.1.3. La causalidad como necesidad lógica.....	73
2.2.2. El test de la equivalencia de las condiciones o test sine qua non.....	75
2.2.2.1. Crítica de la Suprainclusión.....	78
2.2.2.2. Crítica de la Sobredeterminación o la infrainclusión.....	80
2.2.3. El test de la causa eficiente.....	82
2.2.4. El test de la causalidad adecuada.....	86
2.2.5. La imputación objetiva.....	95
2.2.5.1. Criterios de imputación objetiva.....	99
2.2.5.1.1. El riesgo permitido o el incremento del riesgo.....	99
2.2.5.1.2. La prohibición de regreso.....	104
2.2.5.1.3. La posición de garante.....	106
2.2.5.2. Críticas y conclusión.....	108

2.3. PRUEBA Y TEORÍAS DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA.....	111
2.3.1. Aspectos preliminares.....	112
2.3.1.1. ¿Certeza o probabilidad de la existencia del nexo de causalidad?.....	113
2.3.2. La prueba.....	118
2.3.2.1. De la prueba indiciaria o los indicios.....	119
2.3.2.2. Res ipsa loquitur.....	123
2.3.2.3. Prima facie.....	127
2.3.2.4. ¿Son tan necesarias las distinciones entre las teorías de aligeramiento probatorio en la prueba de la relación de causalidad?.....	130
2.3.2.5. Pérdida de la oportunidad como medio para establecer la relación de causalidad.....	133
3. HACIA UN NUEVO CRITERIO DE LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD: UN ANÁLISIS DESDE LA PROBABILIDAD.....	140
3.1. EL ANTECEDENTE DE LA CAUSALIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA.....	140
3.2. LA PROBABILIDAD COMO UN MERO DICHO DE PASO EN LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL.....	141
3.3. LA PROBABILIDAD COMO CONSTRUCTO TEÓRICO QUE PERMITE LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD.....	143
3.3.1. Crítica a la probabilidad numérica o estadística.....	144
3.3.2. La probabilidad como criterio lógico.....	145
3.3.3. Las inferencias de la prueba son probabilísticas.....	146
3.4. REQUISITOS DEL CRITERIO PROBABILÍSTICO DE CAUSALIDAD.....	147
3.4.1. Fiabilidad de los hechos.....	148
3.4.2. Variedad de los hechos.....	149

3.4.3. Cobijados bajo una ley general.....	149
3.4.4. Anormalidad o Adecuación.....	150
3.4.5. Coherencia.....	150
3.5. LA FUNCIÓN DE LOS CRITERIOS.....	151
4. CONCLUSIONES.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	156

RESUMEN

TITULO: CRITERIOS ALTERNATIVOS EN EL ANÁLISIS PROBATORIO DE LA RELACIÓN CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA*.

AUTORES: CINTYA LORENA CÁCERES MALAGÓN; MARLON FABIÁN MARTÍNEZ ROJAS**.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD CIVIL, RESPONSABILIDAD MEDICA, DAÑO, CULPA, RELACIÓN CAUSAL, CRITERIO DE PROBABILIDAD, TEST DE CAUSALIDAD, PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, MORIGERAMIENTO PROBATORIO.

DESCRIPCIÓN:

El trabajo de investigación que se presenta a continuación aborda el análisis del nexo causal en materia de responsabilidad civil médica, los criterios y las teorías usadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; haciendo primero un breve estudio de la historia de la responsabilidad civil y una exposición de los otros dos elementos que la conforman como lo son: el daño y la culpa, estudiando brevemente los criterios que se desarrollan dentro de cada uno de estos elementos, su evolución histórica en la jurisprudencia nacional y el estado actual de los mismos; así como también expone las diversas teorías de causalidad creadas a lo largo de la historia de la responsabilidad civil, desde un análisis del derecho comparado en distintos países como España, Francia y Alemania; a la par que se analiza el desarrollo y la evolución de dichas teorías en la jurisprudencia nacional como una forma de morigerar la carga de la prueba del nexo de causalidad para la víctima. Concluyendo con una crítica a la aplicación de estas teorías y, por último, proponiendo un criterio alternativo que guíe al censor para llegar a un grado de certeza de la existencia de la relación causal.

* Trabajo de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Henry Mauricio Reyes Garcés, Candidato a Magíster en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Codirector: Jorge Andrey Cáceres Malagón, Candidato a Magíster en Derecho de Daños.

ABSTRACT

TITLE: ALTERNATIVE APPROACH ON THE PROBATIVE ANALYSIS IN THE CAUSAL LINK ON MEDICAL MALPRACTICE*.

AUTHORS: CINTYA LORENA CÁCERES MALAGÓN; MARLON FABIÁN MARTÍNEZ ROJAS**.

KEYWORDS: CIVIL LIABILITY, MEDICAL MALPRACTICE, TORTS, NEGLIGENCE, CAUSAL LINK, PROBABILISTIC APPROACH, BUT FOR TEST, LOST OF A CHANCE, PROBATIVE ATTENUATION.

DESCRIPTION:

The forward investigation Project address the analysis of the causal link in the matter of medical malpractice, the theories and different approaches used by the jurisprudence of the Estate Council and the Supreme Court of Justice in Colombia; by doing a brief study on the civil liability's and an exposition of the remaining two elements on it, which are the negligence and damage, by studying briefly the criteria that are developed within each one of these elements, their historical evolution in the national jurisprudence and their current status; as well as the diverse theories of causal link created throughout history, from a perspective of the comparative law, in different countries such as Spain, France and Germany; at the same time that it's analysed the evolution and development of such theories on the national jurisprudence as a way to lightening the burden of proof in the causal link for the victim. Concluding with a targeting on the application of these theories, and finally, by suggesting an alternative approach that guides the judge to come to a certain degree of certainty on the existence of the causal link.

* Bachelor thesis.

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Sciences. Director: Henry Mauricio Reyes Garcés, Master Candidate in Legal Theory and Philosophy of Law. Co-director: Jorge Andrey Cáceres Malagón, Master Candidate in Torts.

INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad entendida como tema general que irriga todas las áreas del derecho, ha sido estudiada desde el nacimiento del mismo y es, en donde más producción tanto doctrinaria como jurisprudencial se ha hecho, toda vez que la finalidad última de todo el sistema judicial es otorgar justicia mediante reglas de atribución de responsabilidad, siendo este valor fundamental de cualquier sociedad, y más aún de las contemporáneas.

Ahora bien, la responsabilidad tiene tantas aristas como divisiones del derecho existentes, razón por la cual, se ha escogido abordar el tema desde la perspectiva de la Responsabilidad Civil, la cual comprende, los campos de la responsabilidad contractual y extracontractual; sin embargo, en el desarrollo del primer capítulo veremos por qué consideramos que el objeto de la presente investigación, esto es, la responsabilidad civil médica, no cabe dentro de ninguna de estas distinciones, sino que, por el contrario, sería prudente tratarlo como un tipo de responsabilidad especial.

En materia administrativa, dado que la responsabilidad médica, y en especial el nexo de causalidad, se ha estudiado en la jurisdicción contenciosa administrativa, se encuentra fundamentada en el artículo 2 y 90 de la constitución política nacional, en particular este último se expresa: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Con todo, abordar un tema tan amplio, como lo es la responsabilidad civil, desbordaría el cometido de la presente investigación, razón por la cual, se ha decidido acotar el tema desde la perspectiva de la responsabilidad del ejercicio profesional, tomando como eje fundamental la práctica médica, esto, debido a que

el profesional médico, es quien seguramente, presenta mayor contacto con la responsabilidad civil extracontractual y, a su vez, se torna más difusa establecer aquella, puesto que según un informe realizado en el año 2012 por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (Scare), en Colombia, la incidencia de demandas por fallas en la atención médica se incrementó en un 45%, mientras que la prevalencia (casos nuevos) tuvo un aumento de un 35%, desde el 2006; Así mismo por cada cien pacientes que ingresan a un hospital, diez sufren un evento adverso que puede producirle la incapacidad o la muerte¹, datos estos que resaltan la importancia del estudio que se pretende realizar.

En el marco de este tema, jurisprudencial y doctrinariamente se ha fijado como elementos necesarios para establecer la responsabilidad, los concernientes a: i) daño; ii) nexos o relación de causalidad; y, iii) culpa; elementos estos muy bien conocidos en el sistema romano germánico. Lo anterior en el dicho de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se plasma de la siguiente manera:

Como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció.² (Subrayado fuera de texto original).

¹ Redacción de EL PAÍS. Demandas por fallas en la atención médica aumentaron un 45 % en Colombia. En: EL PAÍS [En línea]. (17 de mar. De 2012). Disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/california/noticias/fallas-medicas-aumentaron-45-en-pais>. Citado el 30 de abril de 2016.

² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 25 de Octubre de 1999. Exp. 5012. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Descendiendo aún más, se observa que si bien los elementos de la responsabilidad, se han venido replanteando, de manera más productiva desde el pasado siglo, no existe aún una teoría disidente, sólida, y que esboce si quiera un atisbo de estructura que sea intuitiva jurídicamente y resulte acorde con la moral imperante en la sociedad. Empero, sí se hayan planteamientos que flexibilizan cada uno de los tres elementos axiológicos de la responsabilidad, tal como resulta patente en el elemento de la relación causal, donde se observa una producción interesante acerca tanto de su necesidad, como su de evolución conceptual. Tal como lo plantea Prévot³:

Es en el campo de la responsabilidad civil de los médicos donde se han producido las más impresionantes metamorfosis del derecho de daños en los últimos años. Más aún, la conmoción que se ha visto tiende a seguir ocupando un lugar de privilegio en la escena del debate jurídico actual. Sin tema a exagerar, podría argüirse que la responsabilidad médica ha sido el común denominador de los últimos hitos revolucionarios del derecho civil contemporáneo, pues:

(...) Fue y es el banco de prueba de las más fútiles teorías sobre carga de la prueba (cargas probatorias dinámicas).

Es así, que el elemento nexo de causalidad se encuentra huérfano de regulación normativa vigente que rija sus lineamientos para ser aplicado en la realidad, lo que ha llevado a que mediante jurisprudencia, los tribunales usen el aligeramiento del concepto para lograr juzgar a los sujetos que presuntamente fueron los causantes de los daños, causando que el mismo se estire a tal punto de resultar incoherente con la doctrina y la propia legislación civil⁴.

³ PRÉVOT, Juan Manuel. La obligación de seguridad. 2 ed. Bogotá. Temis. 2012. p. 156.

⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá. Editores Carlos Bernal Pulido, Jorge Fabra Zamora. 2013. Pág. 253-280.

El nexo de causalidad, se define como la: “necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido”⁵. Si bien el anterior planteamiento habla de la relación de causalidad como una conexión física o de transmisión de energía, es una postura que se necesita replantear puesto que en el mundo jurídico el contenido empírico de la realidad debe asemejarse a factores normativos que coadyuven en la formulación del nexo causal.

Siendo así, el nexo de causalidad resulta problemático en la responsabilidad médica pues en una profesión con un alto grado de especialidad como lo es la medicina, las fuerzas físicas que conectan el evento causal con el daño no son claras, en ocasiones casi que inexistentes, conllevando a que la misma sea difusa e impida establecer la responsabilidad de los actores médicos, dadas las múltiples posiciones que existirán en torno a la consecuencia natural que produzca la patología.

En razón a lo anterior, la jurisprudencia nacional, tanto civil como administrativa, ha optado por extrapolar una serie de teorías acerca del nexo de causalidad con el fin que no sea imposible desentrañar la relación causal. En un principio, se había propuesto el análisis de las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Santander, sin embargo, no se encontraron suficientes sentencias en materia de responsabilidad médica que problematicen la prueba del nexo causal, razón por la cual, se decidió aumentar el rango de estudio y llevarlo a las altas cortes.

Si bien los planteamientos extraídos del sistema anglosajón y del sistema francés, han servido para dar respuesta, se encuentra que en ocasiones las teorías, un tanto disímiles entre sí, son aplicadas sin mayor rigor teórico o técnico, observando una mezcla de las posturas de unas y otras, en donde la única finalidad reside en lograr la indemnización a toda costa de las víctimas, utilizando para ello argumentos

⁵ PIZARRO, Daniel. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual, tomo I. Bogotá: Ed. La ley, 2006.

fallidos en la motivación judicial, los cuales no guardan relación con la resolución de los casos.

En medio de esta presentación del tema, se buscará determinar si la utilización de las teorías de morigeramiento del nexo de causalidad esgrimidas en la jurisprudencia nacional se acoplan al rigor teórico de las mismas, o si estas son un medio para exponer consideraciones que no guardan relación con la resolución judicial y tienen como fin dar un falso precedente de justicia indemnizando a las posibles víctimas.

Como consecuencia de ese análisis, se planteará en el capítulo final del presente trabajo de investigación, un criterio que resulte adecuado a las necesidades del ordenamiento jurídico actual en materia de prueba del nexo causal, con el fin de llenar el vacío dejado por las diversas teorías que se han establecido a lo largo de la historia, acerca del grado de certeza que debe tener el censor para determinar la existencia del nexo causal en materia de responsabilidad civil médica.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En el presente capítulo, se presentará de manera introductoria, pues trataremos brevemente el concepto de responsabilidad civil y los elementos que la conforman, iniciando con una reseña histórica de la responsabilidad en general, para pasar a exponer la evolución que ha tenido la responsabilidad médica en los ordenamientos jurídicos del mundo; todo esto, se torna relevante para conocer los hechos que han originado el estado actual de la responsabilidad, el concepto que se maneja y los elementos que la conforman; sin embargo, dado que el tema principal de la investigación es el nexo causal, a éste se le dedicara un capítulo completo, por lo que en este primer capítulo solo hablaremos del daño y la culpa.

1.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El presente trabajo de investigación tiene como eje central el estudio de la responsabilidad civil, específicamente la responsabilidad médica y es por esta razón, que describiremos a continuación una breve reseña histórica con el fin de proporcionar claridad al lector acerca de los orígenes y la evolución que ha tenido, así como el contexto actual en el que se encuentra.

Para iniciar, es importante precisar el origen etimológico de la palabra *Responsabilidad*, pues esta no aparece sino hasta finales del siglo XVIII en Europa, cuando, en el año de 1798 fue instituida por la Academia Francesa, aunque el verbo 'responder' había aparecido mucho antes⁶ y se remite a la palabra *spondere*, que

⁶ VILLEY, Michel. *Esquisse historique sur le mot responsable*, *Archives de Philosophie du Droit*, (1977). Citado por PRÉVÔT, Juan Manuel. La obligación de seguridad. Op. Cit. Pág. 4.

define a la persona que se obliga al pago de alguna prestación en favor de un acreedor, en otras palabras, el *spondere* es un deudor; de allí deriva el término *responsor*, el cual servía para referirse a la persona que se obligaba a responder por una deuda adquirida por el deudor principal; constituyéndose de este modo, la idea de responder como una garantía de los acontecimientos futuros⁷. No obstante, la idea moral de reparar es mucho más antigua, casi tanto como la civilización misma, pues esta se deriva de la relación del sujeto con sus semejantes y la vida en sociedad, ya que la obligación de no causarles daño a las demás personas es una de las bases fundamentales del derecho⁸.

Las primeras acciones destinadas a la reparación de un daño de las que se tiene conocimiento, datan de las épocas bárbaras, en donde la venganza por el detrimento que una persona causaba a otra, en el ámbito físico/personal o en sus bienes, despertaba en el perjudicado el deseo de venganza, la cual por lo general, era ejecutada de forma colectiva por su clan; quedando así, la reparación del daño sufrido al margen de cualquier normatividad y por tanto, se creaba una cadena, o por definirlo de otra forma, un círculo de acciones vengativas que impedían una armoniosa convivencia en sociedad⁹ y que no guardaban ningún tipo de proporción respecto del daño causado. Esta clase de reparación, se daba en un contexto primitivo, en el que la creencia popular los calificaba como hechos lícitos, puesto que se consideraba como la forma idónea de mantener el equilibrio ya existente en dichas sociedades.

Después de esto, se empieza a implementar la Ley del Talión, (el término "talión" es derivado de la palabra latina *talis* o *tale* que significa "idéntico" o "semejante") o conocida popularmente como 'ojo por ojo, diente por diente', y, aunque parezca un tanto increíble, esto representó un gran avance en materia de responsabilidad,

⁷ PRÉVÔT, Juan Manuel. La obligación de seguridad. Op. Cit. Pág. 4.

⁸ SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de daños. En: Revista de Derecho Privado. 1963. Pág. 2.

⁹ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel. La evolución del derecho de daños. En: Jornada sobre Derecho de Daños (12 de diciembre de 1991, Barcelona). Ponencias y coloquios. Barcelona. Bosch Casa Editorial, 1992. p. 13.

puesto que de esta forma se impone un límite a la retaliación ejercida por el injuriado, la cual debe hacerse de una forma moderada, sin sobrepasar el daño que el causante infirió¹⁰.

Como contraposición a la Ley del Talión, y como una forma de proporcionar el resarcimiento, de humanizar las penas, se empieza a implementar un sistema de compensación del daño con la Ley de las XII Tablas, que se constituye en un tipo pecuniario y empieza poco a poco, a desplazar la venganza personal; este tipo de reparación se da primero de forma voluntaria, pero luego pasa a imponerse primero por disposición judicial y después por disposición legal. Para los hermanos Mazeaud¹¹:

Representa una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada, en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una poena; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización.

Después de esta etapa, se crea la Ley Aquilia, la cual fue expedida a mediados del siglo III A.C., mediante un plebiscito presentado por el Tribuno Aquilio. Dicha ley, se encargó de unificar los conceptos de las leyes anteriores que trataban del daño injusto y su resarcimiento pecuniario; así mismo, sentó las bases para poder juzgar las conductas y sus consecuentes daños en actos ajenos al contrato, lo que actualmente se conoce como responsabilidad extracontractual. Es así, como se

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MAZEAUD Henri y León; TUNC André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. trad. de Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires. Ejea, 1977, Tomo I. p. 39.

aleja de la responsabilidad objetiva, la cual era la que predominaba anteriormente, para centrarse en la responsabilidad subjetiva del autor de la conducta dañosa.¹²

Es en la etapa de los glosadores en que se intenta rehacer la Ley Aquilia pero sin su componente penal, puesto que se empiezan a concebir distintos tipos de culpa y los diferentes hechos generadores de daños, con claras referencias a la doctrina de Tomás de Aquino y a principios cristianos¹³, así como también, se empieza a separar la sanción penal del resarcimiento, dando lugar a la limitación en la indemnización de los daños o el mal efectivamente sufrido¹⁴.

Esta época da paso al sistema Francés, cuyos grandes exponentes antes de la Codificación fueron Domat y Pothier, a quienes se les reconoce como su mayor logro la separación casi por completo de la responsabilidad penal de la responsabilidad civil, la cual pasa a tener un campo de aplicación casi ilimitado. Esto da paso al Código Civil francés, el cual contiene los dos regímenes de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual, así como también se centra casi que exclusivamente en la culpa.¹⁵

El Código Civil francés o “Código Napoleónico” es el antecedente más próximo al Código Civil creado por el chileno Andrés Bello en 1840, el cual, fue el precedente que usaron los legisladores en Colombia para elaborar el Código Civil Colombiano que entró en vigencia en 1873 y fue ratificado en el régimen de 1886.¹⁶

¹² En la Ley de las XII tablas, se establecía un régimen objetivo, pues el acreedor solo tenía que probar el incumplimiento de la obligación por el deudor para que éste quedara a su potestad.

¹³ KOTEICH, Milagros. Responsabilidad contractual y aquiliana, Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación. En: Estudios de Derecho Civil. 2003. Vol. II. p. 175-192.

¹⁴ DIEZ Picazo, Luis. Derecho de Daños. Citado por: LOPEZ Herrera, Edgardo. Introducción a la Responsabilidad Civil. Consultado en: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> el 05/03/2016.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ KOTEICH, Milagros. Op. Cit. p.

Tenemos entonces, que la evolución de la responsabilidad civil a lo largo de la historia, ha servido para definir la forma en que se aplica actualmente, los elementos que la componen y las divisiones que se encuentran dentro de la misma; sin embargo, no ha sido así para la responsabilidad médica, cuya concepción se empieza a definir mucho tiempo después que la responsabilidad civil en general.

1.2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:

La evolución que ha tenido la responsabilidad médica se remonta a épocas más recientes, puesto que desde el inicio de la profesión, los galenos eran considerados algo más que simples mortales, la dificultad de esta práctica y la confianza que se depositaba en ellos para salvar la vida de las personas en la comunidad los elevaba en la pirámide social y los convertía en seres venerados casi como dioses, al punto de que sus fallas eran tratadas como una mancha en su reputación pero nada más que eso, no respondían por ellas, ni resarcían los daños; tal como lo dice el juramento hipocrático “Si observo con fidelidad este juramento, séame concedido gozar felizmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria.”

Los primeros antecedentes se remontan al Código de Hammurabi, en el cual se regula la práctica médica y la responsabilidad profesional, así como los honorarios por cada cirugía, en los artículos 215 al 227, entre los que se estipula además, la amputación de las manos del médico por la muerte de un paciente.¹⁷ Estas disposiciones no cambian mucho en el derecho romano, en donde la profesión era

¹⁷ Código de Hammurabi, Rey de Babilonia, año 2394 a.c. “218: Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.

219: Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo.

220: Si le abre la sien con bisturí de bronce y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor.” Tomado de: <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf> el 07/03/2016.

principalmente ejercida por esclavos y los castigos por la mala praxis eran parecidos a los anteriormente mencionados.

En el antiguo derecho español, se encontraban las Siete Partidas, en las cuales se disponen medidas para el resarcimiento de los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad médica¹⁸. Sin embargo, esto cambia con la llegada del ya mencionado Código Civil francés, el cual dio origen al Código Civil de Andrés Bello y este a su vez al Código Civil Colombiano, en el cual no se encuentra específicamente contemplada la responsabilidad médica, sino que se constituye la responsabilidad civil basada en la culpa y en donde el legislador se limitó a establecer los criterios necesarios para que exista responsabilidad y la obligación de reparar o resarcir el daño causado a otro.¹⁹

No obstante lo anterior, el concepto de responsabilidad médica ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, dicha evolución se tratará brevemente en los apartados siguientes, empezando, por supuesto con el concepto de la responsabilidad civil.

¹⁸ Ley IX, Título XV, Partida VII: "Físico y curujano, o albeytar, que touiese en su guarda sieruo, o bestia, de algund ome, e la tajasse, o la quemasse, o la amelezinasse, de manera que por el amelezinamiento que le fiziesse muriesse el sieruo, o la bestia, o tincase lisiado; tenuto seria qualquier dellos, de faceremienda a su señor, del daño que le viniessse, por tal razon como esta, en su sieruo o en su bestia. E esso mismo seria, quando el Físico, o el curujano, o el albeytar comencasse a melezinar el ome o la bestia, e después lo desamparasse. Ca tenuto seria de pechar con el daño, que acaesciesse por tal razon como esta. Pero si el ome que muriesse por culpa del Físico, o del Curujano, fuesse libre, entonces, aquel por cuya culpa muriesse, deue auer pena segund aluedrio del Judgador". Tomado de: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/01fb8a30-82b2-11df-acc7-002185ce6064_640.htm el 07/03/2016.

¹⁹ Código Civil Colombiano: "Artículo 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido."

1.3. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:

El concepto de responsabilidad ha evolucionado a lo largo de la historia como bien pudimos observar anteriormente; sin embargo, desde su inicio ha tenido el mismo objetivo: la reparación. Es así como se puede definir según autores como Tamayo Lombana:²⁰ “La responsabilidad civil es fuente de obligaciones, por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es el civilmente responsable.”

Así lo ha expresado Carbonier²¹, quien define la responsabilidad civil como la “obligación de reparar el perjuicio causado a otro”; aunque, otros autores profundizan un poco más en el concepto, como es el caso de Le Tourneau:²²

La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en reestablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad).

Se tiene entonces, que derivadas de esta interpretación podemos encontrar dos teorías usadas por los distintos autores que estudian el campo de la responsabilidad civil; la primera de ellas es la justicia correctiva, que en pocas

²⁰ TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2005. P. 10.

²¹ CARBONIER, Jean. *Droit Civil*. París. Thémis. 1959. P. 569. Citado por TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2005. P. 10.

²² LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. 3 ed. Colombia. Legis. 2010. p. 21.

palabras se define como la concepción de que cuando se le ha infringido un daño a una persona, el dañador tiene el deber de compensar a la víctima, así entonces, esta compensación se toma como una “*rectificación de una situación dañosa*” de acuerdo con Fabra Zamora²³, o como lo expresó Le Tourneau en el concepto de responsabilidad anteriormente citado: “restablecer el equilibrio”, así mismo lo ha expresado Honoré: “Conforme a una visión amplia, este principio exige que aquellos que con su conducta hayan dañado sin justificación a otros rectifiquen lo sucedido”²⁴

Cuando se habla de justicia correctiva, se tiene que esta acoge la teoría del nexo causal como una de sus bases, porque se hace necesario demostrar que efectivamente la persona acusada ha realizado la conducta que produjo el daño, para que pueda ser declarada responsable y así cumplir la finalidad de la justicia correctiva, la cual es mantener el equilibrio entre las partes, pues no es posible, desde esta visión, que una persona obtenga prerrogativas a causa de un daño o menoscabo que se le causa a otra persona.²⁵

Pasamos entonces a expresar el aspecto “preventivo” de la responsabilidad civil, lo que nos lleva a la segunda teoría inmersa en este concepto: el análisis económico del derecho. En este sentido, se tiene que el análisis económico del derecho busca la eficiencia para lograr una riqueza social²⁶, lo que en el campo de la responsabilidad civil se traduce en una minimización de los costos de los daños y así mismo el costo que tendría evitarlos; para esto, se busca convencer a las personas o agentes para que tomen precauciones que eviten el daño y el costo que

²³ FABRA ZAMORA, Jorge. Estado del arte de la responsabilidad extracontractual. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá. Editores Carlos Bernal Pulido, Jorge Fabra Zamora. 2013. p. 60.

²⁴ HONORÉ, Anthony. La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Op. cit. p. 131

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ FABRA ZAMORA, Jorge. Estado del arte de la responsabilidad extracontractual. Op. cit.

este trae, mediante la creación de incentivos, con el fin de que se incremente el bienestar general.²⁷

Sin embargo, la teoría del análisis económico del derecho presenta ciertas fisuras en cuanto se refiere al tema del derecho de daños, puesto que reevalúa el concepto de culpa; según esto, se considera que una persona es culpable de ocasionar un daño a otra, si el costo de evitar dicho daño, descontado por la probabilidad de que el daño ocurra, es menor al costo que habría que pagar a la víctima para indemnizar, entonces se considera que fue culpable o negligente; mientras que si dicho costo tiene un valor mayor al que tendría la indemnización, se tiene que, en virtud del principio de eficiencia, es la víctima quien debe asumir el costo del daño.²⁸ Así lo ha expresado Papayannis:

El análisis coste-beneficio como único criterio no resulta explicativo de la responsabilidad extracontractual por varias razones. En primer lugar, la teoría económica no puede dar cuenta de la práctica efectiva de los tribunales. No puede explicar por qué el razonamiento expresado en las sentencias tiene que ver con consideraciones distintas de la eficiencia; ni por qué los resultados de las sentencias, producto del razonamiento real de los jueces, tampoco coincide con la maximización de la riqueza social.²⁹

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente trabajo de investigación, tomaremos como base el modelo de justicia correctiva para el concepto de responsabilidad civil, que como se observa en los apartados siguientes, es la teoría utilizada por el ordenamiento jurídico colombiano.

²⁷ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. 2ª ed. México. Fondo de Cultura Económica. 2007. 1120 p.

²⁸ ROSENKRANTZ, Carlos. Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. op. cit. Pág. 339.

²⁹ PAPAYANNIS, Diego M. El enfoque económico del derecho de daños. En: DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. 2009. No. 32. p. 459-496.

Profundizando en el tema a tratar en el presente trabajo de investigación, se tiene que se incurre en un juicio de responsabilidad médica cuando personal médico o entidades prestadoras de servicios de salud, no cumplen con la obligación de prestarle todos los medios en el cuidado que requiera el paciente, según el diagnóstico y los preceptos establecidos en la *lex artis*, puesto que no se busca la curación del enfermo en todos los casos, dado que esto sería imposible. Así lo ha expresado Alberto Duque:³⁰ “Todo acto médico asistencial que se realice contrariando, o no cumpliendo los preceptos contenidos en la ley del arte, si produce un daño en el paciente, constituye el criterio fundamental para el señalamiento de responsabilidad que se imputa al prestador del servicio de salud, que no es más que la culpa médica asistencial o la falla del servicio público en salud.”

Ya habiendo expuesto el concepto de responsabilidad civil, el de responsabilidad médica y la teoría que consideramos va más acorde con el tema del presente trabajo; pasaremos a exponer los argumentos que nos llevan a escoger entre los distintos tipos de responsabilidad que se debe aplicar al ejercicio de la ciencia médica.

1.3.1. Responsabilidad médica, ¿contractual o extracontractual? Mucho se ha discutido de la naturaleza de la responsabilidad médica, puesto que no existe consenso en Colombia sobre si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, o por el contrario, si se trata de un régimen especial de responsabilidad; razón por la cual, trataremos de exponer a continuación las razones que nos llevan a escoger uno u otro, con el fin de saber qué acción judicial interponer en los juicios de responsabilidad médica.

³⁰ DUQUE OSORIO, Alberto León. Tema de prueba en la responsabilidad médica. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2014. p. 61.

Aunque en Colombia, el ordenamiento jurídico se mantenga en la teoría de la dualidad de regímenes, en materia de responsabilidad médica se ha vuelto problemático dilucidar cuál es el régimen aplicable en el momento de formular la demanda ante un juez. Debido a esto, la jurisprudencia nacional se ha manifestado, afirmando el deber de interpretación de los jueces en aras de proteger el derecho sustancial:

Para no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, al juez corresponde interpretar la demanda, labor que ha de realizar mirándola en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca claramente del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo, pues la torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda³¹

De igual forma, en otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha discutido el carácter de la responsabilidad médica: “Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual.”³²

Sin embargo, nuestra posición en el tema de la responsabilidad civil médica, es que se trata de un régimen especial en el cual no se distingue la responsabilidad

³¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 212 del 19 de noviembre de 2002. M.P. Dr Jorge Santos Ballesteros.

³² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. Dr. Jose Fernando Ramírez Gómez.

contractual de la extracontractual, en el entendido de que el fin de dichas corrientes es el resarcimiento de los perjuicios por el daño efectivamente ocasionado. No es un secreto que el régimen aplicable a la responsabilidad médica es un tema sumamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia; por esta razón, expondremos a continuación los argumentos con los que sostenemos que se trata de un régimen de responsabilidad especial o un subsistema de responsabilidad.

Actualmente, la tesis generalmente aplicada es que la responsabilidad médica deriva de un contrato con una entidad prestadora de servicios de salud o con un médico privado y el paciente, o que se origina en la ley, específicamente el artículo 2341 del Código Civil, cuando se trata de terceros; ciertamente, al momento de aplicar las reglas de dichos regímenes a la responsabilidad médica, se encuentran muchas situaciones³³, que en la mayoría de las ocasiones son ignorados por el demandante o incluso por el juez; a saber:

- Cuando se presenta el incumplimiento en un contrato, el acreedor tiene la facultad de exigir que se le reembolse o se le indemnice el valor correspondiente al pagado por la prestación, sin embargo, en el estado actual de la medicina y la masificación del servicio, el paciente omite dicha reclamación, cosa que no ocurre en la mayoría de juicios por incumplimiento contractual.
- Según el régimen contractual, solo se indemnizan los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, sin embargo, en materia de responsabilidad médica se reconocen no sólo perjuicios materiales y morales, sino también los llamados “perjuicios a la salud”.
- En un contrato de asistencia médica, se disponen obligaciones genéricas, como las visitas, las consultas, el tratamiento médico; pero en lo que respecta a la realización de los procedimientos, diagnóstico y en general, al

³³ PRÉVOT. Juan Manuel. La obligación de seguridad. Op. cit. p. 149

acto médico, no se incluyen en un contrato pues sería poco menos que imposible incluir en éste todas las posibles situaciones que se presenten y el tratamiento que el facultativo le dé según la *lex artis*.

- En materia de responsabilidad contractual, la relación de causalidad prácticamente se presume, puesto que al acreedor solo le es necesario probar el incumplimiento del contrato para endilgarle responsabilidad al deudor; mientras que, en materia de responsabilidad médica, el nexo causal es uno de los temas más controvertidos y en donde se han creado más teorías de carga de la prueba.
- La voluntad de las partes es el eje principal en la responsabilidad contractual; sin embargo, en materia de responsabilidad médica no se aplica de esta forma, pues como lo afirma Prévot: “¿hay, en verdad, un acuerdo de voluntades entre el médico y el enfermo la mayoría de las veces? Y, de haberlo: ¿es válido? En otras palabras: ¿es libre, exenta de toda presión, la manifestación de voluntad dada por un sujeto, en cierta medida, débil, desmejorado, agazapado por las fuerzas malignas de la enfermedad?”³⁴, así como tampoco, es factible en la mayoría de los casos, que el paciente pueda elegir el facultativo; y, si se siguieran las reglas aplicables al derecho contractual, sería imposible que el paciente terminara la relación con el médico unilateralmente sin tener que resarcirle a éste el perjuicio causado por la inexecución de la obligación, pero, en la realidad no es sólo posible, sino que son innumerables las situaciones en las que el paciente decide ponerle un alto a la atención médica.

Por lo que, en materia de responsabilidad médica, conviene establecer un régimen propio que regule los principios y los deberes que derivan de la ejecución de la medicina. Tal como lo expresa Prévot³⁵: “Con otra perspectiva, la solución podría encontrarse en establecer un único régimen jurídico para los daños corporales

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

(unificación parcial y moderada), en cuanto los remedios contractuales decimonónicos se orientaron a ejecutar la prestación principal en tiempo, modo o forma, pero no se incluyeron los daños corporales que fueron consecuencia de la falta o la deficiente ejecución.”

Así lo ha manifestado la Corte Suprema en sentencia del 2009³⁶:

(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el “derecho general” o “derecho común” y los regímenes especiales de responsabilidad civil (...) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales.

Tenemos entonces que para lograr la declaratoria de responsabilidad civil médica son necesarios tres elementos esenciales: el daño efectivamente causado, la culpa -o falla en el servicio, como se tiene en los casos de responsabilidad médica del Estado- y la relación de causalidad (también llamada nexos causal o imputación fáctica, según la corriente académica que se estudie)³⁷. Por tanto, consideramos que la obligación del médico debe estudiarse a la luz de la *lex artis* que regula toda la actividad sanitaria y que se encuentra en la concepción de diligencia debida; endilgándole responsabilidad en los presupuestos en que la culpa y la relación causal se demuestren probando que no cumplieron con los presupuestos que la

³⁶ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 04 de mayo de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas.

³⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 2 Ed. Colombia. 2007. Tomo I. p. 188.

ciencia médica impone; así también lo ha afirmado Pantoja: ³⁸ “Esta expresión de *lex artis* que hemos de traducir literalmente como “ley del arte” y conceptualmente concebimos como el conjunto de reglas de actuación de un profesional, **expresa el módulo de diligencia exigible en cada caso de acuerdo con el estado de la ciencia.**” (Negrillas fuera de texto)

Habiendo dilucidado un poco el tema en debate; pasaremos a estudiar los elementos -ya mencionados- que se hacen necesarios para conformar la responsabilidad, empezando por el primigenio: el daño.

1.3.2. Daño. Aunque existen tres elementos necesarios para que se efectúe la declaratoria de responsabilidad civil, el daño es el elemento fundamental, puesto que sin este sería imposible alcanzar el fin que se persigue con la responsabilidad: reparar un daño. Atrás quedaron las épocas en que la doctrina manifestaba que sin culpa no hay responsabilidad, un precepto originado en Francia con Domat y Pothier³⁹, dándole a la culpa un lugar privilegiado entre los elementos de la responsabilidad, en donde se le atribuía un elemento moral en el derecho, puesto que se concebía desde el espectro religioso como un sinónimo del pecado.

No obstante, dichas apreciaciones han cambiado y actualmente se tiene que para que haya lugar a una indemnización, debe probarse el daño efectivamente causado a la víctima, no basta con que se configure una acción jurídicamente reprochable, que sea imputable a una persona o entidad, si dicha acción no ocasiona un daño a otro no puede haber lugar a una indemnización; tal como lo expresa la Corte Suprema de Justicia:

³⁸ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Bogotá. Leyer. 2015. Tomo III. p. 90.

³⁹ MAZEAUD Henri y León; TUNC André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Op. Cit. p. 58.

Dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria.⁴⁰

El daño, se puede definir como el hecho o la acción que perjudica la esfera jurídicamente protegida de una persona o entidad. Este concepto tiene muchas acepciones distintas según la esfera desde la que se produzca, así lo ha expresado Saavedra⁴¹:

Sobre el daño abundan las definiciones pero pueden distinguirse al menos dos grupos: el daño en sentido natural, que para el irrogado a las personas fue definido por la OMS en 1976 como la pérdida o anormalidad en una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, y daño en sentido jurídico, una idea abierta, dice LARENZ, que cada legislación matiza. Así, para el médico los daños son los atentados a la integridad corporal pero para el jurista los que afectan los intereses patrimoniales.

De igual forma, Pantoja⁴² lo define como un “detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico”, y también habla del carácter primigenio del daño cuando afirma “El daño, en sentido propio, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil.”

⁴⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de abril de 1968. M.P. Dr. Fernando Hinestrosa.

⁴¹ SAAVEDRA MADRID, Cesar Augusto. La indemnización del Daño No Patrimonial. 1 edición. Bogotá D.C. Ed. Leyer. 2007. p. 28.

⁴² PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo I. p. 215.

1.3.2.1. Elementos del daño. La Corte Constitucional Colombiana⁴³, se manifestó respecto al concepto de daño, estableciendo seis requisitos para que se configure, a saber:

- Debe darse una afectación, destrucción, restricción, una acción lesiva, deterioro o una disminución.
- Producido respecto de derechos que sean subjetivos, sobre bienes patrimoniales o morales de la víctima, o de sus intereses jurídicos.
- Es la consecuencia de una acción considerada antijurídica por la norma y que la víctima no estaba obligada a soportar.
- Puede ser ocasionada por una acción o una omisión del agente.
- Se puede ejecutar por diferentes agentes tales como el Estado, por un particular o por una organización de cualquier clase.
- Se da en distintas fases, intensidades, grados y niveles de afectación.

No obstante lo anterior, para que el perjuicio derivado de la ocurrencia del daño pueda ser indemnizado se requiere que sea directo, cierto y actual.⁴⁴ Iniciando con el primero de ellos, encontramos que un perjuicio es directo cuando se deriva exclusivamente de la acción que ocasionó el daño y con la cual se incumplió la obligación de no dañar a otro; la necesidad de probar que el perjuicio sea directo se observa principalmente en la relación de causalidad. Un ejemplo muy claro de ello se observa en el caso hipotético en que a un paciente se le haya dejado un fragmento de gasa dentro de su organismo pero esto no le genera ningún tipo de dolor o consecuencia adversa, después de cinco años es sometido a una cirugía en la misma área en que se encuentra alojada la gasa y esta es hallada por el personal médico; a pesar de que es clara la negligencia del personal médico encargado de la primera cirugía, no se produce ningún daño o perjuicio por lo que no sería susceptible de indemnización.

⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU254 del 24 de abril de 2013. M.P. Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit. p. 66.

El perjuicio es cierto cuando no se tienen dudas de su realidad, esto quiere decir que debe ser real y efectivo, para esto, es necesario que se haya presentado una afectación real al patrimonio económico o moral de una persona. Para que el perjuicio sea considerado actual se requiere que exista al momento de presentar la demanda o la acción, pues como regla general se da que el perjuicio futuro no es indemnizable, sin embargo, podría serlo en los casos en que el perjuicio futuro sea cierto, esto quiere decir que la víctima pueda probar que en efecto los perjuicios se presentarán en un futuro. Tal como lo afirma Tamayo Lombana⁴⁵: “Ese perjuicio futuro –dijo la Corte de Casación francesa del 1° de junio de 1932- es aquel, que “aunque futuro, aparece al juez del hecho como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y como susceptible de evaluación inmediata”. Tal doctrina ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia desde el 29 de abril de 1941.”

Por lo tanto, el perjuicio meramente eventual no se acepta en la jurisprudencia colombiana, puesto que se trata de un daño meramente hipotético que no da lugar a la indemnización; sin embargo, actualmente la doctrina –inicialmente en Francia- ha adoptado la teoría de la pérdida de oportunidad, la cual se considera un perjuicio eventual, pero con una probabilidad cierta, a dicha probabilidad se le ha dotado de un valor pecuniario y por lo tanto su pérdida representa un daño que es indemnizable⁴⁶. Tal como lo ha expresado el Consejo de Estado: “Como se observa, cuando hablamos de pérdida de oportunidad ello implica incertidumbre, toda vez que no se tiene como cierto que el paciente se habría recuperado de haber recibido el tratamiento adecuado en el momento oportuno, sin embargo, hay otro elemento que es de certeza, consistente en que la falla le arrebató la posibilidad de participar en esas probabilidades.”⁴⁷

⁴⁵ TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Op. cit. p. 56.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 57.

⁴⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 1997-00967 de 08 de abril de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

La sentencia anteriormente citada, también nos ilustra acerca del enfoque con el que se toma la noción de pérdida de oportunidad, esto es, como un daño autónomo, aunque también existe otro enfoque que es la pérdida de oportunidad como un factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria, pero este será tratado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, por lo que nos ocuparemos del primer enfoque.

La pérdida de oportunidad como daño autónomo, es una corriente en la cual se establece que esta noción tiene una identidad propia que es diferente del perjuicio final, por lo que a la oportunidad se le otorga un valor que es susceptible de indemnización. Este valor, se diferencia de la situación final que representaba una ventaja o un perjuicio que se busca evitar; es por esta razón, por lo que se considera diferente de los perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante-. El Consejo de Estado⁴⁸ se ha referido a este tema, afirmando:

Respecto a la naturaleza de ese perjuicio autónomo, asimismo, se han trazado tres entendimientos diferentes. De un lado se sostiene que la oportunidad es una pérdida de carácter patrimonial, que no obstante se trate de un bien que está destinado a desaparecer, su naturaleza económica siempre justifica la necesidad resarcitoria. De otro lado, existe una perspectiva que trata a la oportunidad como un bien personal, como algo que está inserto en el patrimonio de la persona y solo pertenece a ella, lo que lo convierte en un bien intransferible. Y finalmente, un tercer enfoque afirma que el carácter de la oportunidad tiene que ver con la ventaja esperada o el perjuicio que se buscaba evitar (...) Con todo, de acuerdo con este entendimiento la pérdida de oportunidad se indemniza como un perjuicio independiente, esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso judicial de responsabilidad patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc.).

⁴⁸ Op. cit.

Entonces, se tiene que la pérdida de oportunidad se establece como un daño autónomo, diferente de los dos enfoques tradicionales: los perjuicios materiales y los morales.

1.3.2.2. Clasificación de los perjuicios. Tradicionalmente, se ha entendido que el daño puede tener como consecuencia dos clases de perjuicios: los materiales y los morales; últimamente, también se ha considerado el perjuicio llamado “daño en la vida de relación” o perjuicio fisiológico.

Los perjuicios materiales a su vez están clasificados en dos rubros diferentes: el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente se ha considerado por la doctrina, el Código Civil Colombiano⁴⁹ y la jurisprudencia nacional como la pérdida de un bien -que se encontraba dentro del patrimonio de la víctima- como consecuencia del daño, dichas pérdidas deben ser actuales y ciertas, configuran un detrimento al patrimonio de la víctima y por lo tanto son objeto de indemnización. Un claro ejemplo de esto, son los gastos médicos en los que incurre la víctima como consecuencia de la mala praxis en un procedimiento médico que le ocasiona aún más desgaste en su salud.

El lucro cesante, se refiere a las ganancias dejadas de percibir o la imposibilidad de recibir los ingresos que normalmente tenía la víctima como consecuencia directa de la acción lesiva que ocasionó el perjuicio. El Código Civil Colombiano en su artículo 1614 lo define como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente,

⁴⁹ Código Civil Colombiano. “Art. 1614: Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.”

o retardado su cumplimiento.” Configura un menoscabo directo al patrimonio de la víctima, y es por tanto un perjuicio netamente económico.

Por su parte, los perjuicios morales son aquellos que afectan los derechos personales de la víctima, así lo ha expresado Tamayo⁵⁰: “(...) el moral vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos.”

Un vivo ejemplo del perjuicio moral, es aquél que sufre la víctima por un daño ocasionado como consecuencia de un procedimiento quirúrgico que no fue realizado dentro de los estándares aprobados por la ciencia médica, dando como resultado una recuperación en exceso dolorosa y el sometimiento a más procedimientos médicos, lo cual sume a la víctima en un estado de depresión por la lenta recuperación.

Sin embargo, y a pesar de que es una situación recurrente en las demandas por responsabilidad, en especial por responsabilidad médica, no han sido pocas las veces en que el tema de la reparación del daño moral ha sido objeto de debate tanto en Colombia, como en los distintos sistemas jurídicos del mundo; sin embargo, las Altas Cortes colombianas⁵¹ han zanjado el tema, afirmando que efectivamente el perjuicio moral es indemnizable, esto con base en los artículos 2341⁵² y 2356⁵³ del Código Civil Colombiano.

⁵⁰ TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Op. cit. p. 58.

⁵¹ En 1922 se da la primera sentencia en Colombia en donde se reconocen perjuicios morales, dicha sentencia fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 21 de julio de 1922, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Tancredo Nannetti.

⁵² Código Civil Colombiano, artículo 2341. Op. cit.

⁵³ Código Civil Colombiano, artículo 2356: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”

El llamado “daño en la vida de relación”, se puede definir como la vulneración o disminución de los placeres de la vida, la privación de las actividades que producían goce a la víctima, lo que causa la alteración de la forma en cómo se relaciona con el ambiente y con la sociedad producto de la acción lesiva. Tal como lo ha expresado Tamayo:⁵⁴ “en adelante no podrá realizar otras actividades vitales, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.

Aunque este tipo de perjuicio no se encuentra taxativamente estipulado en la normatividad colombiana, la jurisprudencia nacional ha reconocido su condición de daño indemnizable, basándose en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil; el Consejo de Estado lo define así:

(...) en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extra patrimonial puede afectar muchos otros lados de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extra patrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.⁵⁵

Por lo tanto, se puede concluir que el daño a la vida de relación es un daño autónomo, distinto de los perjuicios materiales y los perjuicios morales, puesto que se afectan esferas de la vida de la víctima distintas a su patrimonio o a su salud mental. Igualmente se puede encontrar en una sentencia del Consejo de Estado la distinción de estos tres perjuicios:

La afectación a la vida de relación (en otras ocasiones mencionada como la alteración a las condiciones de existencia) se estima correspondiente a la afectación derivada de un daño a la salud que impida el goce pleno de la

⁵⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización. Bogotá. Editorial Temis. 1999. Tomo IV. pág. 166

⁵⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 19 de 2000. Radicación No. 11.842. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández.

actividad funcional del ser humano. Por tanto, se entiende que cuando se repara una afectación a la salud, esta comprende tanto la afectación sicofísica, como todos los aspectos relacionados con la esfera externa de dicha afectación se deriven.⁵⁶

1.4. CULPA.

Tradicionalmente, los doctrinantes han encontrado problemático el lograr llegar a un concepto de culpa, sin embargo, el consenso general, es que se trata de un error en la conducta del sujeto, el cual, cuando es comparado con la conducta de una persona diligente en la misma situación, se concluye que la persona diligente no hubiese incurrido en el error. Así mismo, se toma como una falta al deber de previsión de un daño, cuando el sujeto imprudentemente confía en poder evitarlo.⁵⁷

Cuando se trata de un proceso de tipo administrativo en el que se busca la declaratoria de responsabilidad médica, se reemplaza el término culpa por el de falla del servicio, esta se puede definir como una falla de carácter funcional u orgánico, que se encuentra fundamentada en un servicio en cabeza de la administración, quien debe prestarlo ya sea por disposición de la ley o de los reglamentos internos de la institución; también se considera falla en el servicio cuando la entidad presta el servicio debido, pero lo hace de manera negligente, ya sea porque no lo presta en forma completa o porque lo hace tardíamente.⁵⁸

En la responsabilidad médica, el carácter negligente se juzga de acuerdo a los lineamientos de la ciencia médica, entonces, se tiene que la culpa médica obedece,

⁵⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 28 de 2015. C. P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵⁷ ACOSTA MADIEDO, Carolina Deik. Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. En: Revista de Derecho Privado. Junio de 2010. No. 43, p. 5.

⁵⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 24 de 1990. Radicación No. 5902. C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

como lo expresa Pantoja: a la “omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; enmarcándose en la llamada culpa profesional es la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, pero que se regula por los principios generales de la culpa.”⁵⁹; es de aclarar que no se le exige al médico ser infalible, puesto que esto sería imposible, lo que le exige su deber de acuerdo a la *lex artis* y al juramento hipocrático, esto según los conocimientos médicos, los elementos con los que cuente y la posibilidad que tenía de actualizar sus conocimientos.

1.4.1. Tratamiento de la culpa en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

En principio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia consideraba el ejercicio de la medicina en su ámbito extracontractual bajo el criterio de la presunción de la culpa, aduciendo, que en casos en que la ciencia médica tuviera consenso sobre el tratamiento de ciertas situaciones, debía presumirse que el médico conocía de todas las opciones para salvar la vida del paciente y por lo tanto, sería culpable en caso contrario.⁶⁰

Más adelante, se consideró la profesión médica como una actividad peligrosa, basándose en la aplicación que se le daba al artículo 2356 del Código Civil, teniendo este concepto como principio general para los casos de responsabilidad médica extracontractual.⁶¹ Igualmente se dio en el campo de la responsabilidad contractual, pues en 1977 se profiere una sentencia en donde se estipula la inversión del principio de carga de la prueba en lo que respecta a la responsabilidad médica, en donde aduce la Corte, que está en manos del galeno demostrar que

⁵⁹ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 14.

⁶⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de los Negocios Generales. Sentencia del 14 de marzo de 1942. G. J. N° 1981

⁶¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1959. M.P. Hernando Morales M.

actuó según los lineamientos de la ciencia médica, pues es éste quien tiene los medios para demostrar su diligencia en el manejo del paciente.⁶²

Tiempo después, en 1986⁶³, también en el ámbito contractual, la Corte establece la presunción de culpa en los casos en que el médico se hubiese comprometido con cierto resultado y no lo cumpliera. Sin embargo, y a pesar de las contradicciones en las mismas sentencias de la Corte a lo largo de los años, es desde 1940⁶⁴ en donde se empieza a forjar la concepción de la culpa probada en los casos de responsabilidad médica; es en dicha sentencia en donde la Corte establece la necesidad de probar la culpa del facultativo, así como la gravedad de la culpa; del mismo modo, rechaza de plano la consideración de la responsabilidad médica como una actividad peligrosa, puesto que “una tesis así sería “inadmisibile desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”.

Esta misma línea se siguió aplicando en sentencias de 1985⁶⁵ y 1986 –citada anteriormente-, igualmente en 1990, 1994 y 1998⁶⁶; Igualmente en sentencia del 2001 se sigue con la línea jurisprudencial de la culpa probada, aunque se empieza así mismo con el criterio del morigeramiento probatorio, puesto que la Corte considera que:

(...) Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar

⁶² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín.

⁶³ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1986. M.P. Héctor Gómez Uribe.

⁶⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de marzo de 1940. M.P. Dr. Liborio Escollón.

⁶⁵ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 1985. M.P. Dr. Horacio Montoya Gil.

⁶⁶ Citadas en la línea jurisprudencial elaborada por el Magistrado Ponente Jose Fernando Ramírez Gómez. Sentencia del 30 de enero de 2001. Op. cit.

presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobra vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artix*).⁶⁷

En 2002⁶⁸, igualmente se confirma la tesis de la culpa probada y la carga dinámica de la prueba; en 2005⁶⁹ de igual forma se sigue la línea jurisprudencial en que se afirma que la carga de la prueba de la culpa recae sobre el demandante, sin embargo, desde la sentencia del 30 de enero de 2001, se tiene que ya no es necesario probar también el grado de culpa, puesto que sería poco menos que inútil en los casos de responsabilidad médica.

En la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, se ha continuado con la tesis de la culpa probada, así como también, se deja de lado el régimen tripartita de la culpa en materia de responsabilidad médica, así lo ha expresado Ariza⁷⁰: “De esta manera, se reconoce abiertamente que la división tripartita del artículo 63 del Código Civil de Colombia resulta no solo inútil sino fuera del contexto actual, bastando una sola culpa como presupuesto de la responsabilidad médica y profesional y que además el régimen de responsabilidad propio de la actividad médica es de culpa probada.”

⁶⁷ Op. cit.

⁶⁸ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de mayo de 2005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁷⁰ ARIZA FORTICH, Alma. La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En: Vniversitas. 2013. No. 126. p. 15-37.

Actualmente, con la entrada en vigencia del Código General del proceso se ha regulado lo referente a la carga dinámica de la prueba, el cual en su artículo 167⁷¹ establece lo referente a carga de la prueba, y aunque se sostiene en que es la parte interesada quien debe probar los supuestos de hecho, también incluye de forma taxativa el principio de la carga dinámica de la prueba y los lineamientos para su aplicación, ; aunque, aún no ha llegado a la Corte Suprema de Justicia una demanda de responsabilidad médica que esté regida bajo el citado artículo, si han seguido profiriendo sentencias al respecto, con base en principios constitucionales, en donde afirman:

De lo expuesto surge que ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de generales previstas en los artículos 1604 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil, en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer esa acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que devalen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol.⁷²

⁷¹ Colombia. Código General del Proceso. Artículo 167: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

⁷² COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de septiembre de 2016. M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco.

1.4.2. Tratamiento de la culpa en el Consejo De Estado. Desde el año de 1992⁷³ se ha establecido una corriente de falla presunta en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual se establece la obligación del demandado de probar que fue diligente y actuó conforme a la *lex artis*. Es así como en 1994⁷⁴ la Sección Tercera, establece que: “es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada.”

Igualmente, en 1997 en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se planteaba una corriente que seguía más las teorías de falla presunta, pero esta vez, lo que se presumía era la causalidad que recaía en contra del galeno o del centro asistencial. En opinión del Consejo de Estado, la carga de la prueba estaba en cabeza del facultativo y no de la víctima, estableciéndose así una presunción de falla en el servicio que debía desvirtuar sólo demostrando causa extraña.⁷⁵

No obstante, existe otra corriente que se ha venido desarrollando dentro del Consejo de Estado desde 1990⁷⁶, en la cual se descarta el tratamiento de la responsabilidad médica como una actividad peligrosa; e igualmente se ha descartado desde 1997 la erogación de responsabilidad objetiva en la responsabilidad médica, tal como lo expresó el Consejo de Estado: “(...) el riesgo que representa un tratamiento médico se asume por el paciente y es él quien debe

⁷³ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. C.P. Daniel Suarez Hernández.

⁷⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁷⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 1997. Citado por: Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. C.P. Dr. Gustavo De Greiff Restrepo.

soportar sus consecuencias cuando ellas no puedan imputarse a un comportamiento irregular de la entidad prestadora del servicio.”⁷⁷

En esta misma sentencia, se afirma elocuentemente que erogar responsabilidad objetiva tiene como consecuencia volver a la tesis en que se consideraba el ejercicio de la medicina como una actividad peligrosa, lo cual carecería completamente de sentido, pues para que se configure una actividad como peligrosa, esta debe representar un provecho o beneficio a quien la practica y este no es el caso en la actividad médica, pues quien se beneficia de ello es el paciente y no el facultativo.⁷⁸

Más tarde, se inicia la corriente de culpa –o falla del servicio- probada, basándose en la doctrina que establece que la responsabilidad médica es una obligación de medios. Igualmente, en el 2001⁷⁹ el Consejo de Estado continúa con la noción de falla probada, en dicha sentencia, se establece la importancia de probar el daño y el nexo de causalidad.

En todos los devenires de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se han venido utilizando distintas teorías en materia de prueba, una de ellas es la llamada carga dinámica de la prueba, corriente que se implementó desde el año 2000⁸⁰, hasta el año 2006, en sentencia de la Consejera Ruth Estela Correa⁸¹, en donde se aleja completamente de esta línea y se vuelve a la la falla probada, argumentando que no tenía una base legal para la aplicación de la carga dinámica de la prueba. No obstante lo anterior, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, ha

⁷⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁷⁸ Op. cit.

⁷⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁸⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁸¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Estela Correa.

establecido que aún en aplicación de la teoría de la falla probada, es viable la aplicación de mecanismos para el morigeramiento probatorio.⁸²

Es importante, destacar la importancia de la clasificación de la responsabilidad médica para la Corte Suprema y el Consejo de Estado, en el sentido en que es con base a esto que se establecen los criterios probatorios de los elementos de la responsabilidad; por esta razón, expondremos a continuación esta clasificación, la forma de aplicación en Colombia y sus excepciones.

1.5. RESPONSABILIDAD MÉDICA, UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS.

Actualmente, la doctrina nacional e internacional divide los tipos de obligaciones en dos: las obligaciones de medios y las de resultado; definiendo las obligaciones de medios como aquellas en que el deudor se compromete a poner a disposición del acreedor todos los medios a su alcance –según la naturaleza del trabajo a realizar– para lograr conducir sus acciones a un respectivo resultado, sin comprometerse a el logro definitivo de dicho resultado; mientras que en las obligaciones de resultado, el deudor se compromete a llegar al resultado pactado. Así lo ha planteado Pantoja⁸³:

(...) la obligación de medios se agota en la diligencia, y el efecto útil de la actividad dada en interés del acreedor. En consecuencia, en esta categoría el deudor compromete su actividad diligente que, razonablemente, tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido. En las obligaciones de resultado el deudor se compromete a procurar al acreedor una prestación determinada o resultado concreto, que éste espera y tiene derecho a exigir.

⁸² COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸³ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 32.

En el caso específico de la responsabilidad médica, la doctrina y la jurisprudencia nacional coinciden en que se trata de una obligación de medios, así lo ha expresado el Consejo de Estado:

Acerca del alcance esta obligación de medios, que consiste en otorgar al paciente atención oportuna y eficaz, la sala ha dicho que ella “obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo.”⁸⁴

Se tiene entonces, que en el campo de la salud, el paciente no puede exigir la curación de su padecimiento, el alivio completo de sus dolores, ni los resultados queridos por éste de un procedimiento, pues el cuerpo humano funciona de diferentes formas en cada persona y por lo tanto es imposible garantizar el resultado completamente satisfactorio. A lo que se compromete el facultativo es a poner a disposición del paciente, todos sus conocimientos y en general todos los medios de los que disponga, de forma diligente y adecuada a la *lex artis ad hoc*; la cual ha sido definida por Pantoja como:

(...) criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no dolo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias.⁸⁵

⁸⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 1994. Citado por: ACOSTA MADIEDO, Carolina Deik. Op. cit.

⁸⁵ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 92.

Aunque el ejercicio de la medicina lleva implícito la obligación de medios, existen un par de excepciones a la regla general; a saber: el ejercicio de la cirugía estética y el ejercicio de la ginecología, las cuales, se han considerado que implican obligaciones de resultado.

1.6. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.

Cuando se hace la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, su principal consecuencia es la distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, respectivamente; la diferencia más contundente entre ambas se da en el ámbito de la carga de la prueba y en las causales de exoneración de la responsabilidad. Teniendo entonces, que para las obligaciones de medios es, por regla general, aplicada la responsabilidad subjetiva y actualmente en el campo de la responsabilidad médica se da un régimen de culpa probada y carga dinámica de la prueba (aunque, como se estudió anteriormente, esta no es una jurisprudencia pacífica), en cuanto a las causales de exoneración, se prueban demostrando que se actuó con diligencia y acorde con la *lex artis*.

Mientras que en las obligaciones de resultado, se aplica la responsabilidad objetiva y la carga de la prueba recae en el demandado, siendo las únicas causales de exoneración aquellas que configuren una causa extraña, como son: la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima. Encontramos entonces, que las dos excepciones que existen actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano se configuran en la cirugía estética y en los servicios de salud de ginecología.

1.6.1. Cirugía estética. Cuando se habla de cirugía estética o cosmética, usualmente se considera un tipo de medicina en pos de la satisfacción del paciente, lo que en otras palabras significa, que promete un resultado exitoso a las expectativas de una persona con respecto al procedimiento estético. Mucho se ha discutido en la jurisprudencia de Colombia⁸⁶ sobre el carácter obligacional de la cirugía estética, llegando a la conclusión de que se trata de una obligación de resultado, por cuanto el galeno no se compromete solamente a prestar todos los medios y conocimientos necesarios según la *lex artis*, como sucede con la medicina en general, sino que asegura un resultado exitoso, razón por la cual los pacientes acuden a dicho médico o clínica en principio.

La cirugía estética se diferencia de la medicina tradicional, en que el paciente que acude a este tipo de médicos lo hace en un estado de salud considerado bueno o normal, en otras palabras, se parte desde cero, con un paciente sano y de ahí se busca alcanzar un resultado en el que se cambie un aspecto físico del paciente pero no se le alteren sus condiciones de salud; caso contrario sucede en la medicina general, asistencial, especializada o quirúrgica, en donde se parte de un paciente con ciertos síntomas, patologías o padecimientos, los cuales se buscan mejorar, disminuir o erradicar, sin asegurar con esto un resultado completamente satisfactorio. Así lo ha planteado Pantoja⁸⁷:

En consecuencia la actuación del médico cirujano plástico, por la naturaleza de la prestación que brinda, asume obligaciones de resultado o de fines, es decir, que promete aplicar todos los conocimientos actualizados del arte (*lex arte*) y ciencia de curar mediante los cuales se asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente; como por ejemplo ocurre en el caso de la cirugía estética con fines de embellecimiento, en donde se trabaja con un cuerpo sano.

⁸⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁷ PANTOJA BRAVO, Jorge. Op. cit. Tomo III. p. 64.

En las cirugías estéticas como una obligación de resultado no pueden ser incluidas aquellas con fines reconstructivos, puesto que como afirma Jaramillo, este tipo de cirugías tienen un “inequívoco y demarcado rol sanitario, vale decir porque persigue corregir o morigerar, según el caso, concretos defectos del ser humano, ora congénitos, ora adquiridos ulteriormente (malformaciones, quemaduras, amputaciones, etc.)”⁸⁸; por lo tanto, son consideradas obligaciones de medios.

La Corte Suprema de Justicia se ha expresado al respecto, en una sentencia reciente en la que establecen dos criterios para endilgar uno u otro tipo de responsabilidad (de medios o de resultado):

Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo. En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la *lex artis ad hoc*; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido.⁸⁹

1.6.2. Medicina ginecobstétrica. Los servicios de ginecobstetricia son aquellos en los que se trata la gestación, el parto y todas las situaciones que se presenten antes y después de este; este se considera una obligación de resultado cuando no

⁸⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2007. Pág. 374-375. Citado por: ACOSTA MADIEDO, Carolina Deik. Op. cit. p. 13.

⁸⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

existe ningún inconveniente o se presentan alteraciones a la salud de la paciente y el feto durante la gestación, puesto que como se discutía en el punto anterior, se parte de una situación en que tanto la madre como el nonato se encuentran saludables, por lo que no habría razón para que se presentaran situaciones indeseables en el parto, pues como la establecido el Consejo de Estado: “tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología”⁹⁰.

En otra sentencia⁹¹, el Consejo de Estado ha establecido que en materia de la ginec obstetricia se presentan tres tendencias:

a) La primera de ellas, se afirma que en los casos en que se esté tratando con una gestación en condiciones normales, no hay cabida a que se presenten daños durante el alumbramiento, pues en caso de resultar en daños a la salud de la madre o el recién nacido, se estaría hablando de una falta a la obligación de resultado.

b) En la segunda tendencia, el Consejo de Estado establece como título de imputación la falla del servicio, e igualmente establece la posibilidad, según el caso, de un morigeramiento probatorio en favor de la víctima mediante la demostración de la falla en forma indiciaria.

c) En una tercera tendencia, se habla de que cuando la gestación ocurre en circunstancias normales, en caso de daño, se presentaría una falla del servicio indiciaria; e igualmente, en sentencia posterior se confirma esta tendencia, estableciendo que se debe reconocer como indicio grave de la falla del servicio cuando la gestación concurrió con total normalidad.

⁹⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de agosto de 2000. Citado por: PANTOJA BRAVO, Jorge. Op. cit. Tomo III. p. 66.

⁹¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Citado por: PANTOJA BRAVO, Jorge. Op. cit. Tomo III. p. 65.

La sentencia más reciente que puede encontrarse en el Consejo de Estado⁹² sobre responsabilidad médica en la rama de la ginecología, ha afirmado las tres tendencias anteriormente citadas, enfatizando que la tesis actual es la correspondiente a la tercera tendencia.

Tenemos entonces, que el desarrollo de la responsabilidad, especialmente de la responsabilidad médica, a lo largo de la historia ha sido una constante evolución, pasando por considerarse una cuestión moral en las épocas antiguas, para empezar a considerarse como una actividad peligrosa en Colombia y hasta la situación actual en que se encuentra, con tesis divididas y variadas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; así mismo, se estudiaron los elementos que conforman la responsabilidad civil médica –daño y culpa- y su evolución jurisprudencial, sin embargo, el tema del nexo, por tratarse del objeto de estudio en el presente trabajo, se expondrá un poco más a profundidad en el siguiente capítulo.

⁹² COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

2. EL NEXO CAUSAL Y SU PRUEBA MEDIANTE EL ALIGERAMIENTO PROBATORIO: ENTRE LA CAUSALIDAD JURÍDICA Y LA IMPUTACIÓN FÁCTICA

2.1. EL NEXO DE CAUSALIDAD: CONCEPTO, EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y PLURALIDAD DE CAUSAS (A PROPÓSITO DE UN CASO).

El estudio del nexo de causalidad y su aplicación en la jurisprudencia de las altas cortes de justicia –tanto ordinaria como contencioso administrativa- requiere de un análisis previo acerca de su evolución conceptual y las múltiples teorías en la materia, tejidas al margen de la institución de la responsabilidad. Por lo tanto, en un primer acercamiento se estudiará su concepto haciendo alusión a los aspectos preliminares de su existencia y marcando las diferencias que existen entre causalidad fáctica y normativa (Sección 2.1.). Posteriormente nos adentraremos en las teorías esbozadas en los diferentes sistemas judiciales, junto con sus críticas, que han tenido como finalidad encontrar la causa fáctica que sea relevante para el derecho (Sección 2.2). Una vez tratadas las teorías de la causalidad, se profundizará en los métodos probatorios y en las teorías de aligeramiento que en la práctica han sido relevantes para determinar la existencia de la relación fáctica y jurídica en nuestra jurisprudencia (Sección 2.3.).

2.1.1. Aspectos preliminares. Desde los inicios del razonamiento humano del que se tenga constancia, se ha tratado de determinar la relación de causalidad en la realidad fáctica que rodea cada situación en concreto, pues desde Aristóteles se

exhibe la primera teoría de la causalidad la cual nutre todas las demás teorías referentes al tema en las ciencias en general, tanto humanas como duras o exactas, al tenor de lo dicho por el profesor Psillos, quien expone que:

Aristóteles distinguía cuatro tipos de causas: (i) la *causa material* es aquello de lo que está compuesto algo; (ii) la *causa formal* es la forma del objeto; la *causa eficiente* es aquello que desencadena el proceso causal; (iv) y la *causa final* es el propósito que se persigue con el objeto. En el clásico ejemplo de la estatua de bronce, la causa material es el *bronce*, la causa formal es su *forma o silueta*, la causa eficiente es el *escultor* y la causa final el *propósito* para el que fue hecha. Aristóteles pensaba que una explicación causal completa requería de las cuatro. En este sentido, las cuatro causas explican aspectos distintos del objeto. Por ejemplo, la causa material de la estatua explica por qué es sólida y la causa formal explica por qué solamente es un busto. No obstante, todas las causas contribuyen a una *explicación completa* de las características del mismo objeto.⁹³

La teoría expuesta por Aristóteles⁹⁴ fue reevaluada por David Hume en el siglo XVIII, puesto que su teoría se enmarca –en esencia- entre las teorías “regularistas” de causalidad en la filosofía, en donde las bases o pilares de la misma, irradian muchas otras teorías de la causalidad fáctica en diferentes áreas de las ciencias, tales como la antropología, la biología⁹⁵ y la más relevante para el presente trabajo de investigación, el derecho.

Si bien, dichos aportes marcaron algunas de las teorías que se van a tratar en el presente trabajo de investigación, y a raíz de las mismas a modo de crítica surgieron

⁹³ PSILLOS, Stathis (2002), *Causation and Explanation*, Chesham, Acumen. En: BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. *La Causalidad en el derecho de daños*. Trabajo de grado Doctor en Turismo, Derecho y Empresa. Girona. Universidad de Girona. 2012. p.32.

⁹⁴ Para Aristóteles se consideraba fundamental que la ciencia soberana o superior es aquella que conoce de donde nacen o provienen sus teorías. Además expone que se hace necesario para la existencia de un cambio que entren en interrelación dos principios, esto es, el sujeto y la causa eficiente. En otras palabras, la causa del cambio se da cuando entra en juego la materia –entendida como sujeto– y la causa eficiente –entendida como aquello de donde proviene el movimiento.

⁹⁵ ACEVEDO MORENO, Luz. La teoría de la causalidad aristotélica: una aportación a la biología contemporánea. En: Revista Eikasía. Enero 2014

otras tantas, la explicación de lo expuesto por Aristóteles y posteriormente por Hume, escapa al objeto central de este capítulo⁹⁶.

Ahora bien, se debe dejar sentado que si bien desde inicios del siglo XX, El filósofo y matemático Bertrand Russell⁹⁷, creo una tendencia con miras a dejar de utilizar la causalidad o por lo menos la acepción “causa”, lo cierto es que desde los años sesenta y setenta la causalidad ha tenido auge acerca de la forma en que se debe plantear en cada una de las ciencias, pugna dogmática que como se ha expresado no es pertinente únicamente para el derecho, razón por la cual su estudio resulta relevante en cualquier proceso jurídico en el que se busque la declaración de responsabilidad de un sujeto.

En corolario, y siguiendo la posición regularista, la ciencia ha aceptado de manera casi dogmática para referirse a la causalidad en el plano fáctico real, la siguiente premisa: “**A toda causa le sigue un efecto**”, denominándolo en su aplicación el principio de causalidad o relación de causalidad⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. PSILLOS, Stathis (2002), *Causation and Explanation*, Chesham, Acumen. En: BÁRCENA ZUBIETA. Op. cit. En donde se efectúa un análisis interesante acerca del idealismo subjetivo o bien niega en general la causalidad reduciéndola a una mera sucesión de sensaciones habitual para el hombre.

⁹⁷ Bertrand Russell hizo énfasis en que se debía reemplazar el hablar de las causas por aquellas relaciones funcionales, más propiamente hablando, reclamó el uso de relaciones mentales que sería desentrañadas en cada una de las ciencias. Al respecto véase: RUSSELL, Bertrand. Los problemas de la filosofía. Tomado de: http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsh/LIBROS%2014/Los_problemas_de_la_filosofia_B_Russell.pdf

⁹⁸ La principal influencia sobre este nuevo enfoque radical hacia la naturaleza de la causalidad física fue, por supuesto elaborada por Isaac Newton. El principio de gravitación universal de Newton a muchos les pareció dar no sólo un ejemplo innegable de una fuerza cuya naturaleza no se podía producir por ningún tipo de contacto mecánico entre los cuerpos, sino también un modelo para otras supuestas fuerzas que podían suponerse que dan cuenta de los fenómenos químicos, biológicos y otros fenómenos físicos. Un análisis de este hecho lo encontramos en HENRY, Jhon. Isaac newton y el problema de la acción a distancia. Universidad de Edimburgo. pp.189-226. Tomado de: https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudios_de_filosofia/article/view/12759/11498

2.1.2. Concepto. Una definición escueta pero precisa del nexo de causalidad, es la siguiente: “El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado”⁹⁹.

Se ha considerado, el nexo de causalidad, como uno de los elementos necesarios para irrogar responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, dicha importancia reside en las disposiciones legales contenidas en los artículos 2341 y 2356 del Código de Bello, dado que según el artículo 2341, dispone: “El que ha cometido delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...”

Así mismo, el mencionado artículo 2356 de la norma sustancial civil, reza: “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”¹⁰⁰.

Por lo demás, en lo referente al nexo de causalidad en el ámbito de la responsabilidad contractual, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que dicha necesidad radica no solo en el sentido común, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando éste señala que el autor del daño debe responder por perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, pues si no se puede imputar dolo al deudor éste responderá por los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”¹⁰¹

Esta relación necesaria de causalidad, es uno de los elementos que ha sufrido una mayor evolución tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial -en donde se debe destacar la responsabilidad médica como uno de los escenarios más prolíficos para este debate-, y ha pasado a ser uno de los elementos o partes esenciales dentro

⁹⁹ PATIÑO, Hector. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. En: Revista de Derecho Privado. Enero-Junio de 2011. No. 20. p. 371-398.

¹⁰⁰ TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Op. Cit. Pág. 91.

¹⁰¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Exp. 6.878. M.P. Dr.: Jorge Santos Ballesteros.

del análisis de responsabilidad, puesto que carecería de sentido utilizar el aparato judicial sancionador para obligar a ciudadanos que no tuvieron relación directa o indirecta con la causa y el posterior efecto producido a la reparación del mismo.

En lo que corresponde a la prueba del nexo causal, nos limitaremos a expresar, por el momento, que el mismo debe ser demostrado por el demandante en el proceso debido a la obligación legal impuesta y constatado por el juez ante quien se ha interpuesto la respectiva acción, puesto que se trata de un elemento autónomo dentro de la responsabilidad¹⁰².

Es de advertir que en ocasiones este elemento dentro de los tribunales tiende a ser confundido con el elemento denominado culpa, dado que, en palabras de Orgaz¹⁰³: “muchos de los que examinan la cuestión lo hacen con marcado empirismo y sin penetración crítica, confundiendo a menudo la noción de causalidad con la de culpabilidad, o recurriendo a criterios diferentes para resolver los distintos supuestos de responsabilidad”.

Esta misma falta de claridad para determinar la existencia o no de la causalidad en los diferentes instancias judiciales, es de razonable importancia puesto que en la práctica puede suceder que una persona que se ha comportado de forma ilícita y ha sido la causante del daño, no sea la responsable del mismo, jurídicamente hablando, debido a que en el derecho puede ocurrir que la causalidad fáctica no se considere en la misma medida causalidad jurídica.

La anterior reflexión, sin duda, no es ajena a la responsabilidad de los profesionales y en específico a la responsabilidad de los galenos o profesionales de la salud, más si se tiene en cuenta que la discusión de la muerte o el perjuicio causado a los pacientes es desconocida, aun incluso para los profesionales que intervinieron en

¹⁰² LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Op. cit.

¹⁰³ ORGAZ, Alfredo. La culpa en actos ilícitos. Córdoba. Ed. Marcos Lerner. 1981. P. 34.

su suceso,¹⁰⁴ razón por la cual este estudio se hace necesario para el presente trabajo de investigación.

2.1.3. Causalidad Fáctica y Causalidad Jurídica. Como se mencionó anteriormente el concepto de causalidad fáctica y el de causalidad jurídica no siempre coinciden, siendo el derecho una de las pocas áreas –tal vez la única- de las ciencias en donde dos verdades pueden llegar a contradecirse, situación esta, que por lo general no ocurre dentro del marco lógico de una ciencia¹⁰⁵.

Así mismo, el tratadista Pantoja Bravo¹⁰⁶, enuncia la diferencia de la siguiente manera: “corresponde precisar la diferencia entre la relación de causalidad fáctica y la jurídica. El examen de la primera lleva a conocer exclusivamente como aconteció en la realidad física la cadena de causas y efectos. En cambio, cuando ingresamos al análisis jurídico aparecen otras evaluaciones que tienen que ver con causalidad adecuada que vincula a la previsibilidad con las consecuencias resarcibles y con el de autoría”.

Continúa decantando sus postulados, al exponer que: “En el extenso campo de lo empírico (...) puede ocurrir que el evento previo, que en apariencia se muestra como el motivo determinante de un fenómeno, no sea la verdadera causa del mismo”¹⁰⁷.

Así mismo el reconocido doctrinante Prévot, expone que:

La causalidad cumple en el Derecho de la Responsabilidad Civil dos funciones:

i) Una relativa a la imputación del hecho dañoso a su autor o, si se prefiere, tendiente a la individualización del responsable, denominada por buena parte

¹⁰⁴ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. Editorial Arazandi, S.A. 2002. p. 287.

¹⁰⁵ PANTOJA BRAVO, Jorge. Op. cit. Tomo III. p. 804.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 805

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 805

de la doctrina autoral italiana como "causalidad material"; y, ii) Otra, consistente en determinar el contenido de la obligación resarcitoria, conocida como "causalidad jurídica".¹⁰⁸

Es decir, cuando la causalidad material busque determinar la causa y al regirse por los postulados de las ciencias naturales, se tomará como resultado de la misma el efecto que se observe al finalizar una secuencia constante de hechos¹⁰⁹. Situación que no ocurre con la causalidad jurídica, en donde la sucesión constante de hechos no es un factor determinante para determinar la causa.

Así, por ejemplo, puede suceder que el sujeto A empuje de manera sorpresiva e imprevisible al sujeto B y este a su vez como consecuencia de la fuerza ejercida sobre su integridad empuje al sujeto C, causándole algunas heridas, puesto que el sujeto C cae por un precipicio, en ese sentido se tiene como causa fáctica el empujón del sujeto B sobre el sujeto C. Sin embargo, no existiría causalidad jurídica debido a que se acepta como causa adecuada el que primero empujó, es decir, sería responsable el sujeto A.

En síntesis, la causalidad fáctica tiene como propósito establecer si en el plano empírico o material, el daño producido deviene de un hecho de la naturaleza que puede tener interferencia humana o no. Mientras que la causalidad jurídica atiende a la relación de los sujetos de derecho con los hechos que según el *iter* conforman el nexo causal visto bajo el prisma normativo para adjudicar el resultado dañoso.

En definitiva, y en palabras del Profesor Pirola¹¹⁰: "La causalidad puede ser física o material y jurídica o formal: la primera estudia la relación de los hechos con otros hechos antecedentes o consecuentes, estableciendo cuando un daño fue

¹⁰⁸ PRÉVOT, Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. En: Revista Chilena de Derecho Privado. Diciembre de 2010. Vol 15. Pág. 143-178.

¹⁰⁹ En ese sentido, dicha secuencia constante, sin excepciones, implica que el juicio de causalidad material debe ser susceptible de un contraejemplo, es decir, debe ser una teoría «falsificable» de acuerdo con una famosa afirmación de Popper para poder determinarla con certeza. Cfr. POPPER, Karl R. La lógica de la investigación científica. Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1980. p. 293 y ss.

¹¹⁰ PIROLA, Martín Diego y CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo. Métodos o sistemas para la unificación de la jurisprudencia contradictoria. Tomado del sitio web: www.mertindiegopirola.com.ar

empíricamente ocasionado por un hecho; y la segunda, se interesa por la relación de los hechos con los sujetos, y así determina cuando un daño fue jurídicamente producido por un hecho humano”.

La anterior verificación deviene muy favorable para irrogar responsabilidad, puesto que en la mayoría de casos la causalidad fáctica coincide con la causalidad jurídica; caso distinto ocurre normalmente en la responsabilidad médica, dado que en la mayoría de situaciones no es posible encontrar la causa, puesto que en el grueso de casos esta es desconocida¹¹¹.

Con todo, es posible entonces que un proceso de responsabilidad se atribuya el hecho generador del daño mediante el nexo de causalidad a un sujeto que no hubiera intervenido fácticamente en la producción del mismo, debido a que el derecho irroga responsabilidad desde la causa jurídica, esto es desde una visión normativa. Ahora bien, lo cierto es que debe existir el nexo de causalidad debidamente probado, puesto que de no existir, cualquier acción será rechazada de plano por parte de los censores.

Con el fin de ofrecer claridad sobre este punto se expondrá un caso de manera concisa de la jurisprudencia española¹¹², en donde reluce el predominio de la causalidad jurídica sobre la fáctica.

Resumen del caso: En el año de 1994 se ofrece una exposición de arte en la ciudad de Barcelona, en donde se encontraban presente un niño y sus dos padres disfrutando de la misma. Las esculturas se encontraban abiertas al público sin ningún tipo de seguridad, sin carteles de cuidado o cintas para no traspasar. Mientras los padres disfrutaban de la exposición, el niño, se colgó de una de las

¹¹¹ Con estos criterios médicos, se refiere a aquellos eventos que en materia de responsabilidad médica se conocen como riesgos terapéuticos, que son los daños que de manera eventual o excepcional pueden sufrir los pacientes sometidos a una prestación médica, por causas que regularmente permanecen desconocidas, pero en ausencia también de toda violación a la *lex artis*. Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. Madrid. Civitas. 3 ed. 1993, p. 704.

¹¹² ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia del 26 de enero de 2007. [RJ 1873]. MP: Clemente Auger Liñán.

esculturas, la cual cedió ante el peso y cayó encima de su cráneo ocasionándole la muerte.

Los padres presentan la demanda contra la Junta Directora del lugar de exposición, la cual fue fallada a favor de en primera instancia concediéndoles todas las pretensiones concernientes al daño material y moral. En apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó en parte el recurso por parte de la junta directiva y redujo las pretensiones a la mitad dado que para este tribunal existía una concurrencia de eventos causales, y por ende de culpas.

Decisión del TS: El Tribunal Supremo Español estimó el recurso de casación interpuesto por los padres, otorgando las pretensiones iniciales, pues para este cuerpo colegiado la conducta de los padres del infante, como curso causal alternativo, no contribuyó eficazmente a la producción del daño.

En este caso lo que se observa es una aplicación de la causalidad jurídica neta, puesto que si se aprecia con claridad la causa fáctica de la caída de la escultura fue el peso del niño, y aun estando los padres en el deber de vigilar *–in vigilando–* las actuaciones del niño, el Tribunal considera que el riesgo creado por parte de la Junta Directora de la exposición fue excesivo y no se hubiese podido atenuar por un incumplimiento a los deberes de los padres, por lo que resulta condenada mediante la adecuación de la causalidad jurídica.

2.1.3.1. Hacia la unificación de la causalidad: un modelo alternativo. Sin embargo, esta distinción no es del todo pacífica, a pesar de encontrarse en abundantes referencias bibliográficas y se ser aceptada por la mayoría de tratadistas. Recientemente, se han venido oponiendo diversos autores acerca de la no necesidad de escindir el término “causalidad”, revindicando de esta manera la importancia que el mismo presenta para el derecho, puesto que consideran que tal

distinción obedece prácticamente a un “fetichismo” del puritano positivismo propuesto por Kelsen¹¹³, cuya aplicación práctica no presenta ninguna mejoría con el fin de determinar la relación de causalidad y por el contrario reluce por la confusión y poca determinación de los conceptos. Al respecto, el reconocido filósofo del derecho, Ferrer¹¹⁴ destaca tres acepciones acerca de esta distinción:

i) En un primer sentido, se califica como <<jurídica>> aquella relación causal material que ha sido declarada jurídicamente, ya sea en el sentido en que el legislador la ha tomado en consideración para atribuirle consecuencias jurídicas (causalidad material jurídicamente relevante), ya sea en el sentido de que su ocurrencia ha sido determinada en el marco de un proceso judicial (causalidad material declarada probada jurídicamente)

ii) En un segundo sentido, la causalidad material es un presupuesto de la causalidad jurídica. Así, se entiende por causa en sentido material cualquier condición necesaria de una cadena causal que, conjuntamente, sea suficiente para producir un efecto (...) En este punto la causalidad jurídica opera seleccionado, bajo los criterios diversos y no siempre compatibles, un subconjunto de las causas en sentido material a los efectos de la posterior atribución jurídica de responsabilidad.

iii) Finalmente, en un tercer sentido, se entiende la causalidad material como el ámbito de lo fáctico, mientras que la causalidad jurídica se dirime bajo el criterio de la imputabilidad al sujeto del resultado dañoso.

En efecto, esta crítica reluce bastante acertada, puesto que en lo referente a la primera y segunda acepción, en definitiva, lo que se considera como causalidad jurídicamente relevante en un proceso judicial de responsabilidad médica, como es

¹¹³ Kelsen defendía la separación del término causa en el derecho puesto que afirmaba: “La diferencia entre estos juicios hipotéticos y aquéllos por los que la Ciencia del Derecho describe su objeto, consiste en que los primeros son enunciados de ser, los últimos son enunciados de deber ser, y de que la relación entre la condición y la consecuencia, expresada por los enunciados que describen al Derecho, no es de causalidad, sino el principio para el que la Teoría Pura del Derecho ha sugerido la palabra imputación”. KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Barcelona. Ed. Ariel. 1991. Pág. 223.

¹¹⁴ FERRER, Jordi. La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil. En: PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2014. Págs. 215-254.

el caso que se analiza en este trabajo, será aquella que se tenga como probada en el mismo proceso con base en el haber probatorio y dependiendo del criterio dogmático (causalidad adecuada, imputación objetiva, etc.) utilizado para determinarlo como tal.

En cuanto a la tercera premisa, hace referencia a la imputación del hecho, en este caso, acto médico dañino, respecto al sujeto que jurídicamente sea el que deba responder por éste.

Otra crítica efectuada, resalta que la causalidad fáctica no solamente atiende a cuestiones netamente empíricas, pues para determinar la causa relevante de una cadena de causalidades se tienen en cuenta factores normativos¹¹⁵ como por ejemplo, los test elaborados a base de normas jurídicas o precedentes jurisprudenciales o doctrinales. En las mismas palabras lo expresa el doctor Bárcena¹¹⁶: “el establecimiento de la causalidad fáctica es una actividad que está modulada por normas jurídicas”. El mismo autor, seguidamente resalta que: “Este proceso de selección quizás pase inadvertido en el derecho porque se realiza de forma intuitiva”¹¹⁷.

Esta intuición en el juez no es otra cosa que la aplicación del llano sentido común, ya que en la mayoría de ocasiones éste no indica la causa del daño desde el principio, puesto que después de la indagación sobre los mismos se llegan a conocer otras condiciones que propiciaron el efecto. Este análisis que resulta natural en la percepción humana, se ve volcado en el derecho según los dualistas de la causalidad, dado que primero se identifican una serie de factores causalmente relevantes y luego, según esa posición, se indaga acerca de la relevancia jurídica

¹¹⁵ Para el presente apartado se debe entender como “norma” la creación tanto legal como jurisprudencial.

¹¹⁶ BÁRCENA ZUBIETA, Arturo. El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad. En: PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2014. Págs. 183-214.

¹¹⁷ *Ibíd.* Pág. 210.

de cada una, situación que resulta ingenua, pues no encuentra apoyo en el sentido común¹¹⁸.

Así, en estricto sentido, estos planteamientos tienen eco suficiente para obviar un poco tal distinción, puesto que en la aplicación práctica la misma reluce un tanto por su ausencia, ya que a pesar de exponerse en la jurisprudencia lo cierto es que tal coherencia teórica no se ve expresada en sus fallos, “por todo ello, quizás fuera una operación de sana terapia lingüística abandonar la distinción en cualquiera de sus tres acepciones [causalidad material, causalidad jurídica e imputación objetiva] y hablar, más bien, de causas (materiales) jurídicamente relevantes y de causas (materiales) jurídicamente irrelevantes”¹¹⁹.

En síntesis, una vez explicadas las diferencias existentes entre la causalidad fáctica y la causalidad jurídica; además de apreciar la crítica que nace de esta distinción; para los efectos de la presente investigación se debe advertir que la acepción “nexo de causalidad”, “causalidad” o “relación causal” se utilizará únicamente -y siguiendo la tesis unificadora de las causalidades- con el significado atribuido anteriormente a las causas (materiales) que según la apreciación probatoria y normativa serán jurídicamente relevantes¹²⁰.

2.1.4. La pluralidad de causas. En el normal desarrollo de las actividades de los sujetos resulta corriente que en la mayoría de casos exista no solo una causa posible del daño, sino que al contrario, se observen pluralidad de causas que pudieron haber incidido en el resultado final.

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág. 196.

¹¹⁹ FERRER, Jordi. *Ibíd.* P. 196.

¹²⁰ Siguiendo la misma línea afirma Taruffo que “se puede hablar de causalidad jurídica cada vez que una norma toma en consideración un nexo de causalidad material calificándolo jurídicamente y atribuyéndole consecuencias jurídicas.” TARUFFO, Michele. *La prueba*. Buenos Aires. Ed. Marcial Ponds. 2008.

Determinar la relación de causalidad no reviste mayor problema cuando la misma es lineal y consecutiva, puesto que para el censor los fenómenos físicos o palpables serán semejables a los jurídicos. El problema subyace cuando en una estructura no lineal de causas se observan múltiples hechos o actos que pudieron haber incidido de manera directa en el resultado.

En palabras del profesor Pantoja Bravo¹²¹: “Un resultado dañoso puede producirse por una causa única o bien por el contrario, por la concurrencia de varias causas que concurren a la producción del mismo”.

De cualquier modo, puede darse la situación que participe en la producción del daño más de una concurrencia causal como anteriormente se ha mencionado, en donde el origen de cada una es independiente pero ambas concurren en la acción, en ese caso se llamará concausa o pluralidad de causas¹²².

Igualmente, Llambías¹²³ describe el problema de la pluralidad de causas de la siguiente manera:

La complejidad del asunto proviene de que los hechos no aparecen perfectamente dibujados, sino que, de ordinario, integran un conjunto o masa de acontecimientos que actúan como factores determinantes, condicionantes o coadyuvantes de sucesivos fenómenos, y que se interfieren recíprocamente en sus respectivas derivaciones, de manera de presentar un panorama borroso que dificulta descubrir el nexo de causalidad que se está indagando.

La importancia de esta disquisición, radica en que una vez se determinen las líneas causales (suma de posibles causas), se deberá retomar el análisis hecho sobre las mismas líneas, a fin de determinar en cuál de éstas se encuentra la causa relevante para la producción del daño y diferenciarla de las causas no determinantes y de las

¹²¹ PANTOJA BRAVO, Jorge. Op. cit. Tomo III. 812.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ LLAMBÍAS, Jorge. El Derecho no es una física de las acciones humanas. En: Revista la Ley. Vol 107. Buenos Aires, 2009, p. 1.015.

simples condiciones, las cuales en últimas si bien no son factores del todo ajenos a la realización del daño, si resultan ser meros antecedentes o factores de ese resultado.

Otra arista relevante sobre el tema de la concausa, es la de determinar en qué porcentaje debe responder el causante del daño en el evento de que ambas relaciones causales tengan injerencia sobre el daño. Al respecto, y para no entrar en más divagaciones doctrinales, las cuales no conforman el grueso de la presente investigación, se tomará la solución brindada por la tratadista Zavala¹²⁴, quien expone:

Compartimos la opinión que sostiene que ambos participantes (responsables) en el proceso causal responden indistintamente ante la víctima, quien puede, en definitiva, demandar a los dos o cualquiera de ellos por el total de la indemnización, sin perjuicio del posterior ejercicio de las acciones regresivas que pudieran corresponder, en caso de abonar alguno una parte mayor de la que le correspondería según su propio aporte causal.

La anterior solución, atiende a la predisposición jurídica de otorgar una solución judicial a la víctima del daño, es decir, la responsabilidad civil tiende a desarrollarse desde la perspectiva de la víctima, más no de la lógica judicial interna de la institución¹²⁵. Si bien, la solución judicial puede ser debatible, lo cierto es que quien determina el autor o autores determinantes de la relación causal, deberá estar basado en las teorías que la jurisprudencia, apoyada en la doctrina, utilice como herramienta teórica para irrogar dicha responsabilidad.

De ahí, que se hubiesen desarrollado un buen número de teorías para establecer el nexo de causalidad, tal como lo expone el profesor Pirola¹²⁶:

¹²⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Buenos Aires. Tomo 4. Funciones y presupuestos del derecho de daños. 1999. Pág. 298.

¹²⁵ VINEY, Gieneviève. Tratado de Derecho Civil, Introducción a la responsabilidad. Traducción de Fernando Montoya Mateus, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 88.

¹²⁶ PIROLA, Martín Diego. Op. cit. Pág. 189.

Existen varias teorías sobre la relación de causalidad (el jurista español Jiménez de Asúa cita 14 teorías principales y muchas intermedias), pero las más importantes son: la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*; la teoría de la causa próxima (que se utiliza en el derecho anglosajón); la teoría de la causa eficiente; de la causa preponderante, y la teoría de la causalidad adecuada.

Si bien, existen una gran cantidad de teorías que explican la relación de causalidad, lo cierto es que algunas resultan un tanto irrelevantes para el derecho como para la responsabilidad médica, ya sea por su poca aplicación jurisprudencial o práctica, o porque su funcionalidad resulta acorde con otra ciencia.

Con todo, es relevante para iniciar el estudio de algunas de las teorías causales aplicadas en nuestra jurisprudencia a los casos de la responsabilidad médica, además de otras utilizadas en la toma de decisiones judiciales foráneas sobre el mismo asunto.

2.2. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD: CONCEPCIÓN, TRATAMIENTO DOCTRINAL Y SU APLICACIÓN JUDICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Es de advertir, nuevamente, que la causalidad en el derecho no es un tema pacífico y zanjado definitivamente, pues sufre de la misma imprecisión conceptual que conlleva a innumerables debates en otras ciencias, tal como lo expone el reconocido jurista inglés Fleming¹²⁷: “la causalidad es el tema que más ha atormentado a los jueces y a los académicos”.

Si bien es cierto, al derecho solo le interesa utilizar el concepto de causalidad con fines prácticos, esto es, el de irrogar responsabilidad a un sujeto de derecho, lo

¹²⁷ FLEMMING, Jhon. 1987. p. 172. Citado por: BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. Op. cit. p. 85.

cierto es que la mayoría de los test que se utilizan para encontrar la relación causal en el derecho provienen del ingenio de algunos filósofos. El jurista Bárcena¹²⁸, en su tesis doctoral nos pone de presente dicha acotación, de la siguiente manera:

A diferencia de la gran mayoría de trabajos que pueden encontrarse en castellano, en la literatura jurídica anglosajona existen muchos ejemplos de juristas que han abordado el tema apoyándose ampliamente en la discusión filosófica acerca de la causalidad. Desde los clásicos artículos de Richard Wright publicados en los años ochenta, pasando por los trabajos de Jane Stapleton y Michael S. Moore.

En ese sentido, como al derecho solo le interesa utilizar los test de causalidad con el fin de determinar la responsabilidad; la discusión jurídica se ha centrado efectivamente en este punto, pero al parecer, se desconoce un aspecto muy importante, el cual consiste en la definición que se le otorga a la palabra “causa”, puesto que si bien el tema no resulta pacífico en la filosofía, muchos menos lo es en el derecho que bebe de los conceptos esgrimidos por algunos filósofos.

Por tal motivo, al existir una gran cantidad de controversias epistemológicas y metafísicas sobre la causalidad, se han brindado una serie de soluciones con el fin de superar este aspecto y poder determinar cuál será el concepto o –por lo menos- el tipo de causalidad que se deba utilizar tanto en el ámbito filosófico, como en el campo del derecho. En síntesis, se debe mencionar que han sido múltiples las concepciones de causalidad utilizados, y con el fin de hacer claridad en este concepto antes de pasar a los test, se expondrán tres –las más relevantes- de dichas concepciones a continuación.

¹²⁸ BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. Op. cit. p. 103.

2.2.1. Concepciones de la causalidad. La causalidad se puede concebir desde diferentes prismas, a saber: i) la causalidad como una teoría regularista; ii) la causalidad como una necesidad natural; y, iii) la causalidad como una necesidad lógica. Dichos conceptos nacen con el fin de entender o comprender a cabalidad los test de causalidad como se verá a continuación.

2.2.1.1. La causalidad como causalidad o regularidad accidental. Lo que expone este concepto es un presupuesto, en donde lo relevante, para determinar la relación de causalidad es la regularidad de los hechos demostrados y perceptibles, ya que no se perciben muchos otros pequeños acontecimientos que suceden, los cuales conectan el efecto con la consecuencia principal. Veamos un ejemplo: Al girar el contacto de un coche, se espera que la consecuencia sea el coche encendido, pero no se determinan, los pequeños sucesos que se dieron para producir ese resultado: la chispa producida por cerrar el circuito del contacto, la gasolina que una vez inflamada produce el movimiento de los pistones, entre otros¹²⁹.

La escuela empirista, más exactamente Hume¹³⁰ –de quien anteriormente ya se esbozaron algunos aportes a la causalidad-, extrae de este fenómeno la siguiente conclusión: “Solo se podrá considerar un acontecimiento A como causa de B, en el caso que: i) A sea temporalmente anterior a B; ii) haya contigüidad espacial entre el lugar de suceso de A y el lugar de suceso de B; y iii) que los acontecimientos A se encuentren unidos a los B en nuestra experiencia”.

¹²⁹ TARUFFO, Michell. (1993), págs. 341 y ss. Citado por: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Consultado en: http://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n

¹³⁰ Ibídem. Pág. 116

En cuanto al primer requisito, se encuentra que este es debatible, toda vez que existen sucesos de causación simultánea, en donde los fenómenos actúan a la par (Ej: agua hierve a los 100 grados centígrados) y causación retroactiva, en donde la causa es razón de la consecuencia (Ej: el movimiento del brazo genera un suceso neurofisiológico previo para poder efectuar dicho movimiento).¹³¹

Es de apreciar, que si bien la causalidad se da en términos de acción, ésta va necesariamente hacia una dirección, pero no en todos los casos coincide con la del tiempo.

Igualmente, el requisito dos adolece de veracidad, pues existen causas que producen efectos a distancia, un ejemplo de esto, sería la gravedad del sol que afecta a los planetas a millones de distancia, sin la necesidad de que medie algún tipo de unión física.

La importancia del análisis hecho por Hume radica en el tercer requisito, en el entendido que, los acontecimientos A se encuentran unidos a acontecimientos B únicamente en nuestra experiencia. Pero de ninguna manera se puede deducir que ocurrido el acontecimiento A, pueda producirse el B, ya que no existe ninguna necesidad lógica entre dos acontecimientos relacionados causalmente. En otras palabras, nunca se podrá deducir lógicamente la consecuencia de un hecho, pues para este planteamiento las variables son infinitas.

La idea esbozada por Hume, hace parte de la reiterada visión filosófica que se niega a aceptar una única verdad, razón por la cual, en la mayoría de los casos, en condiciones normales, si es factible determinar, mediante la lógica, la consecuencia de un hecho. Por ejemplo: Si se lanza una piedra, esperamos que vuelva a caer; si se frota una cerilla, esperamos que esta se encienda. Es decir, las regularidades universales son posibles en escenarios normales.

¹³¹ *Ibíd.* Pág. 117.

2.2.1.2. La causalidad como necesidad natural. Con respecto a la causalidad como necesidad natural, algunas críticas establecen que la causalidad no se debe considerar como una mera asociación entre fenómenos, pues debe estar presente un requisito más fuerte que la regularidad universal para encontrar una causa. Es decir, existen regularidades que no son relaciones causales; por ejemplo, no podemos afirmar que el día cause la noche.

Con todo, se puede afirmar que existe una asociación invariable entre dos fenómenos con el simple hecho de que hubiesen ocurrido una vez. Así, la principal función de causa no es solo su asociación al hecho ocurrido sino que sirva para explicar los fenómenos que suceden al alrededor del evento.

De esta manera, explica Hume –nuevamente- que la relación debe existir de manera necesaria, pero que esta necesidad no es objetiva, sino más bien posee un tinte subjetivo producto del hábito psicológico humano de relacionar ciertos efectos con ciertos resultados, creando una imagen mental que se traslapa a la realidad.

Por el contrario algunos autores han sostenido que es una necesidad objetiva, pues esta parte de una necesidad natural o física entre los eventos, derivando de la causalidad nomológica unos condicionales contrafácticos. Verbi gracia: la afirmación “el calor dilata el cobre”; ahora bien, supongamos que ese pedazo de cobre se destruye, entonces podría afirmarse que “si ese pedazo de cobre se hubiera calentado, se hubiera dilatado”. Recreando de esta manera un hecho que no ocurrió¹³².

Es de agregar, que estos contrafácticos son una herramienta judicial muy importante, pues se podría considerar que básicamente la responsabilidad

¹³² *Ibidem*.

extracontractual anglosajona se estructura sobre estas premisas antagónicas de la realidad¹³³.

2.2.1.3. La causalidad como necesidad lógica. Una tercera posición acerca de la necesidad que existe entre causa y efecto proviene de los llamados “convencionalistas”, los cuales exponen que efectivamente se trata de una necesidad lógica, conceptual o formal.

Esta posición la toman de ciertos conceptos, los cuales pueden derivar lógicamente una consecuencia, sin necesidad de acudir a la experiencia o experimentación. Por ejemplo: cuando se afirma “Todas las viudas tienen al menos un marido muerto”, podemos establecer que es una verdad necesaria por razones conceptuales gracias al término “viuda”. Pero si esto fuera siempre así, la ciencia no tendría por qué apoyarse en experimentos y valdría hacer hipótesis para comprobar sus premisas.

Consideramos que puede encontrarse una razón válida acerca de por qué algunas leyes de la naturaleza parecen lógicamente necesarias. Esto es debido a la ambigüedad de las oraciones, pues mientras en un determinado contexto puede considerarse como una verdad necesaria, en otro puede ser una necesidad contingente, esto es, que sea necesario corroborarse por la experiencia¹³⁴.

Luego de expuestas –brevemente- estas concepciones y no sin olvidar que se dejan a un lado algunas teorías metafísicas de la filosofía, lo que se quería lograr con este apartado era determinar las concepciones más utilizadas por el derecho de daños para irrogar responsabilidad.

De modo que, la concepción que se asume desde ya como la más acertada para el derecho, es la concepción de causalidad como una necesidad, más exactamente,

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*. 131.

como una necesidad natural, ya que evita por un lado centrarse completamente en el factor físico de las teorías regularistas y; además advierte que la concepción de la necesidad lógica puede quedar “camuflada” y pasar por verdad física.

Igualmente esta concepción no riñe con la teoría regularista, escogida como sustento filosófico de la presente investigación, puesto que debe entenderse que en la comprensión de los eventos que causaron un determinado daño, se encuentra subsumida la creación de leyes de cobertura o regularidad, pero no se circunscribe únicamente a esta apreciación. Por lo tanto, este enfoque teórico de la causalidad se complementa de mejor manera con el filosófico, dado que evita caer en los silogismos netamente empíricos de la regularidad.

Así mismo, anteriormente se desestima la crítica en torno a la necesidad natural, puesto que la mera apreciación psicológica subjetiva y no objetiva de los hechos puede ser derrotada mediante reglas de la experiencia concisas¹³⁵.

Con todo y escogido este concepto, en donde la principal función de causa no es solo su asociación al hecho ocurrido, sino que sirva para explicar los fenómenos que suceden al alrededor del evento, se dará inicio al estudio de las teorías aplicadas de la causalidad para irrogar responsabilidad en el campo de la medicina.

2.2.2. El test de la equivalencia de las condiciones o test *sine qua non*. Esta teoría fue expuesta en primer lugar por el penalista alemán Maximiliano Von Buri, entre los años 1860 y 1885, en donde se establece que para la producción de un daño es necesario que múltiples condiciones concurren para lograr su efecto. Es

¹³⁵ Es de aclarar que con respecto a la apreciación subjetiva de los hechos, estos siempre gozarán de algún tinte de subjetivismo puesto que desde aprehendemos ya se le otorga cierta subjetividad en este hecho. Se debe apreciar que aunque la interpretación sea relativa, la misma no se debe apartar del sentido común, razón por la cual, el mejor medio para evitar un exceso de subjetividad, será el de argumentar los criterios de interpretación sobre un determinado hecho. Cfr. TARUFFO, Michele. (1993), págs. 341 y ss. Citado por: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit.

decir, ninguna de estas condiciones es por sí misma suficiente para engendrar el perjuicio, puesto que hipotéticamente, el daño es el resultado de su encadenamiento fáctico y temporal o en otras palabras, para saber si un hecho se puede determinar como causa se necesita saber qué hubiera ocurrido en ausencia de este¹³⁶.

En este sentido, este test o teoría, resulta bastante acertado para los juristas del siglo XX, sobretodo en el área del derecho penal, en donde la relación fáctica juega un papel preponderante, puesto que muchos de los tipos penales requieren de un resultado determinado por un *iter*. De hecho este test es el más utilizado tanto en el sistema jurídico del *Civil Law* como del *Common Law*, el doctor Bárcena¹³⁷ lo describe de la siguiente manera:

Este concepto – el de la teoría de la equivalencia de las condiciones- se encuentra recogido en el test que se emplea en la determinación de la contribución causal en ambas tradiciones: el test de la condición *sqn* (o la teoría de la equivalencia de las condiciones) en los países continentales y el *but-for* test en los países anglosajones (...) En este sentido, los tests de la condición *sqn* y *but for* aluden al mismo concepto con una etiqueta distinta.

Dicho de otra manera, las teorías que antes se pregonaban como diferentes entre sí, resultan semejables toda vez que la imprecisión en su separación obedece a criterios más bien geográficos e idiomáticos, más no se refieren a conceptos de la propia teoría, por lo que se puede concluir que la misma teoría se utilizó en ambos sistemas jurídicos, de ahí la importancia de su aclaración¹³⁸.

Siguiendo lo expresado por el tesista español, las teorías de la equivalencia de las condiciones y la del *but for test*, recogen el mismo postulado lógico, puesto que

¹³⁶ DALCQ, Roger. Citado por: TAMAYO-JARAMILLO, Javier. Op. Cit. Pág. 356.

¹³⁷ BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. Op. Cit. Véase al respecto también el importante estudio elaborado por MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de la oportunidad. Madrid. Ed. Thomson-Civita. 2007. Pág. 247.

¹³⁸ El sistema anglosajón se pregunta en últimas: ¿habría ocurrido el daño de no haber tenido lugar la conducta del demandado? Esto es: *Would the damage have occurred "but for" the defendat's conduct?*

ambas se encaminan a elaborar un contrafáctico hipotético basado en el siguiente postulado “que hubiera ocurrido en ausencia de X acontecimiento”.

De ahí que, esta teoría expone que todos los factores determinantes para la producción de un daño, tienen la misma importancia, dado que solo la concurrencia de los mismos pudo generar aquél efecto y hacer posible su resultado, en palabras sencillas “la causa determinante de un suceso es la suma de las condiciones necesarias para producirlo haciéndolas equivalentes”¹³⁹.

En consonancia, para que una de las causas que conforman el conjunto de eventos mediante el cual se produjo el resultado, se considere como la causa *sine qua non*, es necesario realizar una abstracción contrafáctica de los hechos, hasta que se suprima la causa sin la cual el resultado no se efectuaría, esa causa sería la condición *sine qua non*.

Es decir, todos los hechos que participan en la cadena causal de la producción del ilícito, y sin los cuáles el mismo no hubiese ocurrido, deben ser consideradas como equivalentes, y solo si entre aquellas causas se encuentra alguna acción del demandado, éste se podrá considerar como causante del perjuicio¹⁴⁰.

Es de aclarar que la teoría de la condición *sine qua non*, también tiene aplicación en lo referente a las omisiones, puesto que se toma en cuenta que la ausencia de una determinada acción es la causa de que ocurriera el daño, por ejemplo: con la ausencia de un evento A se produce B; al contrario si ocurre el evento A, B no se produce. Al final la condición equivalente será la ausencia de la acción.

Por otra parte, esta teoría no fue muy utilizada en el campo de la responsabilidad por actos médicos, no puede ser despreciada puesto que a partir de los planteamientos dogmáticos de la misma, nacen otra serie de teorías que sí tuvieron un poco más de cabida en este campo del derecho de daños.

¹³⁹ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 867.

¹⁴⁰ TAMAYO-JARAMILLO, Javier. Op. Cit.

Como muestra, veamos un ejemplo de aplicación de esta teoría en la responsabilidad médica el cual es traído desde la jurisprudencia francesa¹⁴¹: Una persona sufre una lesión en su columna vertebral debido a que un automóvil lo atropella en un accidente de tránsito, por lo tanto lo remiten a un hospital en donde en medio de la intervención quirúrgica pierde la visión de uno de sus ojos porque uno de los medicamentos aplicados le produjo esa afectación. En el juicio, la jurisprudencia francesa expresó que la responsabilidad se irrogaría dependiendo de la teoría causal que se usará, puesto que si se aplica la teoría o test de la equivalencia de las condiciones se tendrá como responsable al que causó el accidente, dado que si se suprime ese evento, jamás se hubiese tenido que intervenir quirúrgicamente a quien perdió el ojo¹⁴².

Así mismo, la doctrina nacional, expone la utilización de esta teoría de la siguiente manera: A empuja a B, causándole una herida leve en su mano. Al ser llevado al centro médico en donde es atendido por un galeno que se encontraba en estado de embriaguez, en ese estado interviene a B ocasionándole la muerte. Desde el punto de vista de esta teoría, la solución que se daría es declarar responsable a A, puesto que si él no hubiese empujado a B, B no habría tenido que ser llevado a la clínica, en donde no se hubiese tenido que someter a una intervención con un médico en estado de ebriedad¹⁴³.

Tenemos entonces, que esta teoría tiende a observar el resultado como lo principal en su test, puesto que en últimas el ejercicio abstracto y contrafáctico debe, a su vez, dar como conclusión el no obtener el resultado, así se hubiese podido llegar a este mismo por otro curso causal diferente.

¹⁴¹ FRANCIA. Consejo de Estado. ASS. 24 de noviembre de 1961, citado por HENAO, Juan Carlos. El daño. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 5ª reimpresión. 2005. Pág. 252.

¹⁴² Es de destacar que en la jurisprudencia nacional la teoría de la equivalencia de las condiciones o como se denominaba en esa misma época de la causalidad ocasional, se aplicó en algunos casos de responsabilidad civil extracontractual por parte de la Corte Suprema de Justicia. Dichos casos no se traen a colación al presente trabajo de investigación, puesto que la finalidad es ver aplicadas las figuras a casos específicamente del área de la responsabilidad profesional de la salud.

¹⁴³ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 825.

Es concluyente que la teoría bajo estudio resulta haber sido abandonada por la mayoría de los juristas, puesto que presenta un gran manojito de objeciones, a continuación algunas de las más importantes.

2.2.2.1. Crítica de la Suprainclusión. Esta crítica tiende a demostrar que este test es inadecuado para demostrar la responsabilidad de algún sujeto, debido a que considera como causa a cualquier condición que incida en el resultado, que causaría una falta de limitación en el riesgo, lo cual conllevaría a juicios extremadamente largos e inseguridad jurídica.

Según la crítica efectuada al test de la equivalencia de las condiciones, el cúmulo de factores que componen el conjunto de causas es a todas luces ilimitado, pues como lo expone en un ejemplo la jurisprudencia nacional “en relación con un homicidio, desde el punto de vista causal es tan relevante la conducta de quien causa la lesión como de aquél que fabricó el arma o la vendió y aún de los mismos padres del homicida que le dieron la vida”¹⁴⁴.

Un ejemplo parecido se pudiese utilizar para el campo de la responsabilidad médica, en donde tendría igual responsabilidad el anesthesiólogo que inyecta minutos antes de iniciar el procedimiento al paciente el coctel para que entre en un sueño profundo, con el oblitio producido al mismo paciente debido al descuido de las enfermeras o instrumentadoras en la cirugía que le dejaron una gasa dentro de su cuerpo.

Por otro lado, es de aclarar, que esta crítica se efectúa en el marco del problema de la proliferación de las causas¹⁴⁵, que es una crítica netamente filosófica más no jurídica, pues como se ha mencionado anteriormente, el derecho además de las

¹⁴⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia 11090 del 22 de noviembre de 2001. Radicado. 11090., M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴⁵ BEEBEE, Helen, MENZIES, Peter, y HITCHCOCK, Christopher. The Oxford Handbook of Causation, Oxford, Oxford University Press. 2009. En: BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. Op. cit. p.117

causas fácticas tiene miramientos sobre la causa jurídica, como bien lo expone el profesor Bar¹⁴⁶: “de ahí que se insista en que la selección de una causa no es una operación determinada por criterios fácticos o científicos, sino una operación guiada por consideraciones pragmáticas o normativas”.

En otras palabras, los defensores de la teoría de la equivalencia de las condiciones argumentan, que se pueden separar las causas fácticas que no tienen incidencia en el resultado antijurídico, eliminando los elementos causales netamente fácticos, irrelevantes y alejados del efecto, también conocidas como “causalidad mínima”¹⁴⁷; dejando únicamente causas jurídicas llevadas a cabo por sujetos con capacidad para responder por los daños, las cuales, en el derecho privado se pueden dividir solidariamente entre quienes lo causaron; lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil¹⁴⁸.

La misma crítica, es planteada en referencia a las omisiones, puesto que es factible tomar un sinnúmero de omisiones que pudieran incidir en el resultado. Para ilustrar mejor este punto, traeremos a colación el ejemplo propuesto por Bárcena:

Martha y Vicente planean encontrarse para almorzar, pero Vicente no aparece (no ocurre ningún evento del tipo: “Vicente-aparece”), así que Martha se pone triste. Por tanto, si Vicente hubiera aparecido (si un evento del tipo “Vicente-aparece” hubiera ocurrido), Martha no se hubiera entristecido. Sin embargo, otra cosa que no sucedió fue la aparición de Bill Gates para obsequiarle a Martha un cheque por diez millones de dólares, así como tampoco apareció Benedicto para anular su matrimonio religioso, ni Elton John para cantar en el Castillo de Chapultepec. Si Bill Gates, Benedicto o Elton John hubieran hecho acto de presencia, seguramente Martha no se hubiera entristecido.¹⁴⁹

¹⁴⁶ BAR, Christian von, *The Common European Law of Torts*. Vol. II. Oxford Clarendon. 2000. En: BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. Op. cit. p.118

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 11 ed. Bogotá. Temis. 2003. Pág. 238

¹⁴⁹ BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. Op. cit. p. 103

En este sentido, la crítica se centra en la infinidad de elementos causales, ya sean por acción o por omisión, que la teoría *sine qua non* toma como equivalentes del daño, puesto que esto deriva en que las cadenas causales se puedan rastrear hacia atrás en el tiempo indefinidamente, vinculando eventos recientes con otros muy remotos e inocuos.

Para este punto, sus defensores, se apoyan en la teoría del derecho penal de la prohibición de regreso y posición de garante, en donde los elementos causales se encuentran limitados hasta la causa directa de los hechos, la cual puede ser o no inmediata, por lo que un sujeto de derechos solo responderá por una causa lejana si actúa en posición de garante¹⁵⁰.

2.2.2.2. Crítica de la Sobredeterminación o la infrainclusión. Esta crítica se centra sobre la posibilidad que la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones no determine una relación de causalidad, sino que al contrario, deseche algunas de las causas concurrentes en la producción del daño. En otros términos, el concepto de causa en esta teoría resulta sobredeterminado o infraincluyente, debido a que su aplicación en situaciones donde existe una pluralidad de causas concurrentes, conduce a una conclusión antilógica: ninguno de los hechos examinados son causas del daño.

Para ilustrar el anterior postulado, se traerá a colación el ejemplo propuesto por el profesor Honoré¹⁵¹: “Si dos cazadores independientemente, pero simultáneamente,

¹⁵⁰ JAKOBS, Günter. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza. Citado por: PANTOJA BRAVO. Op. Cit. Pág. 829. El ejemplo que utiliza el gran jurista alemán, es similar al expresado en este trabajo de investigación en la página anterior, en resumen, el ejemplo expone un caso en donde se fija descartar responsabilizar a un sujeto que pagó una deuda legal al acreedor, y éste, con ese dinero compra un arma, la cual utiliza para cometer un ilícito, quedando así demostrada la prohibición de regreso.

¹⁵¹ El profesor Honoré resuelve este problema mediante la perspectiva de que el agente que provee una condición suficiente de manera conjunta del daño, ha de cargar con ese riesgo y por lo tanto deberá

disparan y matan a una tercera persona (...) es clara la intuición de que cada uno ha de ser responsable. No obstante, al aplicar el test de la condición sine qua non el resultado es que ninguna persona causó el daño”.

En el ejemplo anterior, es factible que se utilicen elementos normativos para determinar el responsable del daño, como el de determinar responsabilidad compartida o solidaria entre los cazadores, pero lo cierto es que, esto no resuelve el problema, dado que siempre se deberá determinar la responsabilidad individual de los agentes¹⁵².

También se plantea como solución a esta crítica, la alternativa de utilizar criterios de interpretación como las máximas de experiencia, la creación o generación de riesgo, y en contera, el puro y llano sentido común, este último no deberá estar atado de manera subjetiva al censor, sino que debe tener en cuenta el contexto del evento ocurrido. Sin embargo, esta crítica parece ser una de las más serias para esta teoría, y a raíz de la misma, se encuentra la necesidad de elaborar otras teorías que solucionen este problema o por lo menos lo atenúen.

De esta manera, nacen un número considerable de teorías las cuáles nacen de las críticas expuestas, algunas brindan un mejor análisis respecto a algunos criterios, pero ninguna pasa invicta por el análisis riguroso de los académicos. A raíz de lo anterior, se mencionarán, en los siguientes apartados de esta investigación, las teorías que nacieron con motivo de las críticas expuestas y tuvieron relación o fueron aplicadas en casos de responsabilidad médica en el país.

2.2.3. El test de la causa eficiente. La teoría de la causa eficiente, se enmarca dentro de las teorías individualizadoras de la causalidad, en donde se considera que una causa es eficiente para producir el daño, cuando la misma es la determinada como más activa o decisiva en el curso causal del evento dañino. En palabras del

responder por el mismo. Cfr. HONORÉ, Anthony. La Causalidad en el derecho. p. 1488. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/21.pdf>

¹⁵² Ibídem.

tratadista Pantoja¹⁵³: “se considera a aquel de los antecedentes en que desde el principio está virtualmente contenido el efecto, por su mayor eficacia interna en el proceso causal”.

En otras palabras: “no interesa ya el acontecimiento que ha precedido inmediatamente al daño, sino que hay que establecer su condición causal según el grado de eficiencia en el resultado (causa efficiens), en oposición al principio de indiferencia de las condiciones sustentado por la teoría de la *conditio sine qua non*”¹⁵⁴.

Esta teoría nace, como un criterio auxiliar o crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y también a la teoría de la causa próxima¹⁵⁵, puesto que por un lado se deslinda del conjunto de causas igualitarias para individualizar la causa eficiente y por el otro evita la utilización del criterio cronológico de la teoría de la causa próxima. Dicha evolución fue determinante para ganar el favor de un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia nacional reciente¹⁵⁶.

De hecho, en el desarrollo de este test se plantean tres definiciones que se consideran relevantes, a saber: la causa, la condición y la ocasión. Estos términos son definidos por Suescún-Melo, de la siguiente manera:

-la causa- puede definirse como aquello que por su acción produce alguna consecuencia. La condición, en cambio, no produce el efecto sino simplemente permite a la causa eficiente producirlo; descarta, si se quiere, un obstáculo – u omisión- permitiendo así la acción de la causa eficiente. La ocasión no hace

¹⁵³PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 833.

¹⁵⁴ GOLDENBERG, Isidoro H. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1984. p. 27.

¹⁵⁵ Santos-Ballesteros señala: “la tesis de la causa inmediata o causa próxima no es admitida por la generalidad de la doctrina, por la injusticia evidente que encierra su formulación, dado que de aplicarse, daría lugar a atribuir consecuencias dañosas a actos que en sí mismos no tienen la aptitud para producir un resultado, o no atribuir las a los que sí la tienen, al faltar la correspondencia necesaria que debe existir entre uno y otro de los extremos de la responsabilidad, pues la disposición cronológica no se corresponde siempre con la causal o lógica que debe presidir este análisis”. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad civil. 3a ed. Bogotá. Editorial Temis. Tomo I. 2013. p. 396.

¹⁵⁶ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. 2a ed. Bogotá. Legis Editores. Tomo I. 2003. p. 161.

más que favorecer el juego de la causa eficiente y en ningún modo es necesaria para la producción del daño.¹⁵⁷

Un ejemplo de la aplicación de dichos conceptos sería el siguiente: Un perro cae del piso trece de un edificio y golpea a una señora que transitaba por la acera en la cabeza, lo que le ocasiona la muerte. Ahora bien, se puede expresar que la causa eficiente de la muerte de la señora fue el golpe del perro que cayó en la cabeza, a su vez la caída desde el piso trece es solo una condición, puesto que permitió que el perro lograra la velocidad de impacto suficiente para ocasionarle la muerte a la señora. Por último, en lo referente a la ocasión se puede destacar el hecho que la señora estuviera caminando por la acera en ese preciso momento¹⁵⁸.

Esta teoría se plantea que no todas las condiciones son iguales, sino que existen algunas que son más eficientes que otras para lograr un resultado determinado, en este sentido se han utilizado dos criterios para determinarlos: i) el cuantitativo, en donde se sostiene que es más eficiente el hecho que en mayor medida o mayor fuerza ha contribuido al resultado -también conocida como causa preponderante-; y, ii) el cualitativo, que afirma que lo verdaderamente relevante es el evento con mayor o menor eficacia interna en el proceso causal¹⁵⁹.

Este test, se ha utilizado un tanto más en el derecho penal que en el privado o administrativo y sobretodo en el campo de los accidentes de tránsito, pues esta teoría en la práctica ha tenido una mejor aplicación en este tipo de casos, dado que si bien se deslinda del factor cronológico, lo cierto es que funciona de mejor manera cuando los cursos causales son continuos y sin interrupciones¹⁶⁰.

No obstante, su aplicación también ha permeado la responsabilidad médica, puesto que hasta hace un poco más de una década se venía aplicando esta figura por la

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 161.

¹⁵⁸ El ejemplo es extraído con ligeras modificaciones de ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Vniversitas*. 2014. No. 129. p. 187-235. Tomado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>.

¹⁵⁹ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de responsabilidad civil*. 2a ed. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2011. p. 418. Tomado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>.

¹⁶⁰ MORA, Nelson y FRANCO, Alicia. *El accidente automovilístico*. 2 ed. Ed Temis. 1989. Pág. 37

jurisprudencia del Consejo de Estado. Por ejemplo, en un caso en que se condena a la entidad demandada por no haber hecho todo lo necesario para que la víctima tuviese una debida y oportuna atención médica, el máximo organismo de lo contencioso administrativo describe la teoría de la causa eficiente en los siguientes términos:

La doctrina ha señalado que la causa eficiente es lo que se considera como fundamento u origen de algo; basta la verificación de la relación antecedente-consecuente para que pueda sostenerse que un hecho es productor y otro el producido, uno el engendrante y otro el engendrado. No interesa en la consideración meramente física si el encadenamiento es próximo o remoto, cercano o alejado en el tiempo o en el espacio: basta que ocurra, que exista, que se dé. <<Cualquier suceso natural o hecho humano es susceptible de generar repercusiones que se expanden por todo el ámbito social al entrelazarse con otros hechos o acontecimientos que son, a su vez, consecuencia de sucesos anteriores. Esta expansión en el espacio y en el tiempo ocurre en círculos concéntricos, parecidos a los que produce una piedra al caer en el agua tranquila de un estanque; cuanto más alejados están del lugar del impacto, más débiles o imperceptibles se tornan por lo regular tales efectos>>. ¹⁶¹ (Subrayado fuera de texto original).

Este planteamiento, si bien fue aplicado en otros casos y no restringidamente a la falla en el servicio, y a pesar de que en lo teórico relucía bastante bien explicada la teoría, lo cierto es que su aplicación en la jurisprudencia no era del todo pacífica, pues podríamos afirmar que desde ese momento, las distintas secciones de la alta corte del derecho administrativo, han aplicado diversas teorías y no ha encontrado un criterio único para aplicar en lo que a comprobación del nexo de causalidad se refiere ¹⁶².

¹⁶¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2005. Radicación número: 14699. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶² LEIVA RAMÍREZ, Eric. El nexo causal en la responsabilidad médica del Estado según la jurisprudencia del Consejo de Estado (1999-2011). Revista de derecho público. Ene-Jun. 2013. No. 30. p. 12. Tomado de: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub363.pdf

En particular, esta teoría soluciona el problema de la suprainclusión, pues determina alguna causa que considera eficiente, lo cierto es que no resuelve el problema de la sobredeterminación, puesto que en ocasiones al test le resulta difícil escindir o separar una causa de otra que considere eficiente, cuando existe concurrencia de causas¹⁶³.

Para ilustrar esta crítica se podría utilizar el mismo ejemplo de las anteriores páginas, en donde dos incendios (A y B) destruyen una casa (C), puesto que al utilizar esta teoría no se podría determinar cuál es la causa eficiente de la destrucción de la casa, dado que ambos incendios (A y B) serían la causa aún en ausencia del otro.

Este mismo inconveniente lo plantea Goldenberg¹⁶⁴ de la siguiente manera:

Quando se trata de establecer en la práctica la pauta que permita seleccionar entre las diversas condiciones de un resultado la más eficiente o la más preponderante, se advierte con nitidez la fragilidad de estas teorías. En efecto, la imposibilidad de escindir materialmente el resultado, de suyo indivisible, para atribuir a una condición per se un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico.

En conclusión, esta teoría se destaca en primer lugar por superar la crítica básica del test *sine qua non*, en lo que se refiere a la infinidad de cadenas causales, pues destaca la causa que de manera más eficiente o con mayor intensidad modifique el curso causal que lleve al resultado dado. Sin embargo, no supera la crítica de la sobredeterminación, puesto que como se ha expresado anteriormente, sus postulados dogmáticos no serían suficientes para escindir la causa eficiente de una serie de causas concurrentes al daño.

¹⁶³ LOPEZ HERRERA, Edgardo. Manual de Responsabilidad Civil. Bogotá. Ed. Abeledo Perrot. 2012. p. 702.

¹⁶⁴ GOLDENBERG, Isidoro H. Op. cit. p. 420.

En este sentido, la jurisprudencia colombiana ha mudado sus fundamentos judiciales para determinar la relación de causalidad hacia la ahora denominada teoría de la causalidad adecuada, la cual ha venido reinando en los despachos judiciales, por su pragmatidad teórica y la sencillez de su aplicación a los respectivos casos judiciales.

2.2.4. El test de la causalidad adecuada. La teoría de la causalidad adecuada, se le atribuye al Fisiólogo J. Von Kries¹⁶⁵, quien en una crítica a la teoría de las causas equivalentes¹⁶⁶, plantea como premisa que todos los eventos vividos en el mundo empírico son propietarios de una bilateralidad constante, es decir, dadas unas mismas causas o hechos, necesariamente se producirá un determinado daño o resultado, pues solo podrán ser jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo¹⁶⁷.

En palabras del reconocido autor francés Le Tourneau¹⁶⁸: “hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida capaz de producir el efecto que se ha realizado”.

Para ilustrar mejor esta teoría, veamos el siguiente ejemplo: Un sastre no cumple con la obligación de entregar a tiempo un abrigo a uno de sus clientes, como consecuencia el cliente se ve obligado a retrasar su viaje hasta que le entreguen el

¹⁶⁵ Johannes Adolf von Kries: nació en Alemania, se desempeñó como fisiólogo, psicólogo, estadista y profesor emérito de la Universidad de Friburgo. Reconocido en el campo del derecho por la adecuación de la causalidad adecuada, pero su reconocimiento en el mundo científico se debe en parte a la teoría de la visión del color que le valió su nominación al premio Nobel en 1917.

¹⁶⁶ Como se ha advertido desde hace ya varias páginas, las teorías siguientes a la creada por Von Bar, han sido fruto de las críticas hechas a los postulados de la misma, así mismo lo ha considerado la jurisprudencia nacional, al exponer que: “de estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito”. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 11 de diciembre de 2002 Radicado No. 13818. C.P: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁶⁷ PECZENIK, Aleksander y HAGE, Jaap. Conocimiento jurídico ¿sobre qué? Bogotá. Doxa. No. 22. 1999.

¹⁶⁸ LE TORNEAU, Philippe. Op. cit. p. 82.

abrigo. Una vez toma el nuevo medio de transporte, éste se accidenta y le ocasiona la muerte. En aplicación de esta teoría, se tendría que en el curso normal de no entregar un abrigo a tiempo no se encuentra el de los accidentes de medios de transporte, por lo que el sastre no tendría ninguna relación causal con el evento dañino¹⁶⁹.

En esta teoría, no todos los eventos que de alguna manera contribuyeron al resultado o fueron condiciones del mismo son concebidos como *sine que non* del evento perjudicial, puesto que no tienen la relevancia para ser determinadas como causa. En ese sentido, se considerará como causa sólo el evento que normalmente en las mismas condiciones hubiese producido el daño¹⁷⁰.

Así mismo lo expone Iturraspe¹⁷¹:

La condición la cual denominamos causa –adecuada- de tales consecuencias era, en general, idónea para determinarlas, por tratarse de efectos normales que debían concurrir con un alto grado de probabilidad; en una palabra, previsibles. Por ejemplo, es consecuencia inmediata de la enfermedad que padece el animal vendido –causa- tanto su debilitamiento como su muerte, más no el enfermar el resto del ganado propiedad del comprador.

Esta abstracción, se realiza mediante un juicio mental hipotético en que se suprime el evento que se considera como causa adecuada del daño, y mediante la asimilación de un contrafáctico se resalta la causa probable del daño; dicha apreciación debe estar basada bajo criterios de regularidad, probabilidad y previsibilidad.

La regularidad, como ya se ha expuesto, es la apreciación de que un determinado evento –causa- le sigue normalmente un resultado –efecto-; la previsibilidad radica

¹⁶⁹ El ejemplo – aquí transcrito con algunas modificaciones- se le ha asignado a Ennecerus. Cfr. ITURRASPE MOSSET, Jorge. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Revista latinoamericana de derecho. Año I. Ene-Jun. 2004. Pág. 357-380. Tomado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art9.pdf>

¹⁷⁰ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 844

¹⁷¹ ITURRASPE MOSSET, Jorge. Op. Cit. P. 186.

en que según las reglas de la experiencia un hecho es conocido como idóneo en el pasado y por lo tanto eficiente para determinar el resultado sin el concurso de otras causas, o aun existiendo éstas no son lo suficientemente eficientes para lograr el daño; en lo referente a la probabilidad¹⁷², se considera como un factor estadístico de observación de la realidad, en donde siguiendo un factor determinado por otra ciencia o por la experiencia del mismo juez, éste realiza un análisis objetivo retrospectivo del efecto a fin de considerar como adecuada una causa¹⁷³.

Si bien algunos autores denominan, al análisis de la causalidad adecuada como previsibilidad objetiva¹⁷⁴, es decir aquellas condiciones que de acuerdo con la experiencia general son conocidas o cognoscibles por el hombre; o por la probabilidad¹⁷⁵ de que un hecho ocurra basado en las máximas de la experiencia o en una prueba científica.

Lo cierto es que entre estos criterios no existe una diferencia marcada, pues tanto la previsibilidad como la probabilidad mantienen ideas similares y en últimas terminan recayendo sus planteamientos sobre las reglas de la experiencia, pues a pesar de que se han intentado escindir, no se cuentan con matices sustanciales que las haga diferir de la finalidad de la teoría y al contrario las mismas se acercan aún más en cuanto a sus funciones. Por esa razón, tanto la previsibilidad como la probabilidad se asemejarán como sinónimos, en donde serán causas los eventos que mediante las reglas de la experiencia aprehendidas conlleven normalmente a la producción del resultado. La reglas de la experiencia ha recibido respaldo por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha dicho: “-la causalidad adecuada- añadió la exigencia de las reglas generales u ordinarias de la experiencia

¹⁷² PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p.848.

¹⁷³ GIRALDO, Luis Felipe. La relación de causalidad en los procesos de responsabilidad civil médica profesional. Revista Médico Legal. No. 1. 2009. Pág. 28-34.

¹⁷⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Cursos causales irregulares e imputación objetiva. Buenos Aires. B de F. 2011. p. 25.

¹⁷⁵ PREVÓT, Juan Manuel. Op. Cit.

social, para señalar que un acontecimiento es la causa de otro cuando de acuerdo con esas reglas, sea idóneo para la producción de determinado resultado”¹⁷⁶.

La utilización de la probabilidad no se debe desestimar o mirar con reticencia puesto que “es un juicio objetivo, que tiene en cuenta las uniformidades naturales y sociales, científicamente establecidas, en el momento en que el juicio se emite, de manera que este se realiza sobre la base de una descripción generalizador que comprenda las circunstancias del caso”¹⁷⁷.

Esta teoría ha sido de las más relevantes y aplicadas en la jurisprudencia nacional para diversos casos judiciales, incluidos como entre ellos los respectivos a la responsabilidad médica, el Consejo de Estado al respecto de la aplicación de esta teoría en la responsabilidad sanitaria se ha referido a la misma como:

La causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad

(...)

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su

¹⁷⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. Radicado No.14438. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁷⁷ DÍEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN. Fundamentos de derecho civil patrimonial. Madrid. Editorial Thomson. tomo V. 2007. p. 364.

existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”, que permitían tenerla por establecida¹⁷⁸. (Subrayado fuera de texto original)

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia la referirse a la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada en campo de la responsabilidad médica presupone:

- En la causalidad adecuada- todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común la lógica de lo razonable) sea el más 'adecuado el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo⁴. En fin, como se ve la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la' causalidad adecuada), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y éste es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga - obviamente luego de ocurrido el daño (...)- debe realizarse una pronosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y

¹⁷⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Radicado No: 2017814. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud"(Sent. Cas. Civ. de 26 de septiembre de 2002, Exp. No. 6878)

(...)

En suma, en asuntos semejantes al de ahora, es aceptado que la responsabilidad médica depende del esclarecimiento de la fuerza del encadenamiento causal "entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto, el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado.¹⁷⁹ (Subrayado fuera de texto)

Si bien, en la actualidad la teoría de la causalidad adecuada sigue vigente, sobre todo en la jurisdicción ordinaria, pese a que en la mayoría de casos judiciales en donde se aborde la responsabilidad médica, no abordan de manera suficiente el tema concerniente a la relación de causalidad y se limitan a expresar de paso que es necesario demostrar "la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico señalado¹⁸⁰" haciendo de esta premisa una mera formalidad, más no un estudio sustancial del nexo causal o con mayor rigor técnico¹⁸¹.

Por otra parte, la jurisdicción contenciosos administrativa adopto -en su mayoría- un nuevo criterio para determinar la relación de causalidad, hacemos referencia a la imputación objetiva, sin embargo, no ha dejado completamente de lado la teoría de la relación de causalidad, puesto que desde la primera década del nuevo milenio,

¹⁷⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 15 de enero de 2008. M.P: Edgardo Villamil Portilla. Radicado No. 11001-3103-037-2000-67300-01

¹⁸⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. M.P: Margarita Cabello Blanco. Radicado No: 11001 31 03 018 2001 00339 01; Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 20 de junio de 2016. M.P: Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicado No: 11001-31-03-039-2003-00546-01

¹⁸¹ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños. Bogotá. D.C. Ed. Doctrina y ley. 2001. p. 137.

los fallos de las diferentes subsecciones han aplicado tanto la relación de causalidad adecuada¹⁸² como el criterio de la imputación objetiva.

Esta teoría ha sabido hacer un espacio en los despachos judiciales, pues a cuenta con un factor determinante, el cual parece brindar una explicación intuitiva a los jueces, con capacidad para sostener jurídica y lógicamente sus deducciones.

Esta teoría supera la crítica de la infrainclusión, pues no toma como causa adecuada todos los posibles eventos que hubieran podido incidir en el resultado o fueren mera condiciones del mismo, sino que los limita a las que según la experiencia y de manera lógica hubiesen podido concurrir en el hecho dañino, para lo cual se siguen criterios de regularidad y necesidad¹⁸³.

Ahora bien, también esta teoría resuelve de cierta manera la sobredeterminación al exponer que escoger entre una serie de causalidades la que según los juicios de probabilidad resulte adecuada para determinar el resultado. En cuanto a lo concerniente de efectuar este análisis, con el fin de evitar la subjetividad en el mismo, se ha previsto que el censor utilice la prognosis posterior¹⁸⁴, la cual consiste en colocarse en la situación *ex ante* de la ocurrencia del daño, con la información

¹⁸² En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, la jurisprudencia nacional se inclina con mayor preferencia a la teoría de la causalidad adecuada. Véase algunas sentencias al respecto de la aplicación latente de la causalidad adecuada. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2014. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No: 2005920; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2014. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No: 2005975; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2014. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No: 2005969.

¹⁸³ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III.

¹⁸⁴ Citando al Belga DALCQ, Roger, Tamayo-Jaramillo expone este análisis de la siguiente manera: "Bajo esta condición suplementaria, los defensores de esta teoría entienden colocarse sobre el terreno psicológico para dar de la relación de causalidad una explicación práctica. Consideran que es necesario colocarse antes del evento para analizar el nexo de causalidad, lo que les conduce a no retener como causa sino los antecedentes de los cuales debía esperarse que produjeran el resultado que se realizó. Así, pues, esta teoría tiene por efecto eliminar entre los antecedentes, aquellos que no han ejercido un papel en la producción del daño, más que por un encadenamiento que puede ser considerado excepcional". Véase TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. Pág. 379.

Para efectos de la presente investigación tomamos el análisis como *ex ante*, puesto que a pesar que algunos tratadistas lo denominan como *ex post*, lo cierto es que el análisis debe ir dirigido hacia el momento anterior a la realización del evento dañoso.

que se tenía hasta ese momento para intentar abstraer hipotéticamente la probabilidad de evitar el daño¹⁸⁵.

Por lo tanto, la causalidad adecuada pareciera ser la versión mejorada de las diversas teorías de la causalidad (condición *sine qua non*, causa eficiente y causa próxima), puesto utiliza las premisas dogmáticas que cada una desarrolla, pero haciendo maleables estos postulados a fin que el juez en un esquema flexible pueda aplicar mediante las reglas de la experiencia su juicio objetivo, tomando en cuenta todas las circunstancias que un hombre normal debería preveer¹⁸⁶.

En definitiva, el éxito judicial de este método quedará en gran medida en las manos del juzgador, pues en las palabras del tratadista De Cupis¹⁸⁷: “De esta forma, el juicio de causalidad dependerá en un alto grado de la capacidad del juzgador de formar un panorama lo más completo posible, quedando en todo caso una porción muy amplia a su arbitrio”.

Sin embargo, esta discusión continúa vigente, dado que en la jurisprudencia nacional se ha tomado esta teoría para determinar la causalidad fáctica cuando en diversos ordenamientos jurídicos la causalidad adecuada ha servido para imputar, es decir, atribuir causalidad jurídica a ciertos hechos en donde la causa no parece probable o previsible. Para entender el punto anterior, veamos un ejemplo: A golpea la cabeza de B, quien sufre de una enfermedad congénita que hace que estos huesos sean frágiles. En consecuencia, B muere por el impacto recibido. En esta situación el resultado se produjo, lo que normalmente se espera en este tipo de situaciones es que no se produzca el fallecimiento de B, por lo que, siguiendo los postulados de la causalidad adecuada, no daría como causa el golpe dado su imprevisibilidad. Entonces de manera contraintuitiva la causalidad adecuada

¹⁸⁵ ITURRASPE MOSSET, Jorge. Op. Cit.

¹⁸⁶ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Op. cit. Tomo III. p. 490.

¹⁸⁷ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona. Ed. Bosch. 1970. p. 259.

descarta la causa en A, a pesar de que la lógica simple nos llama a hacerlo responsable¹⁸⁸.

En ese sentido, para aliviar esta crítica efectuada a esta teoría se han tomado conceptos que permiten en estos casos raros, mediante la “lógica de lo razonable” teoría que permite la aproximación a una decisión justa. Esta teoría ha sido expuesta por el tratadista Tamayo Jaramillo, de la siguiente manera:

De acuerdo con dicha teoría, cuando el juez debe decidir un proceso de responsabilidad civil no puede condenar a quien no haya causado el daño; pero no es lógico que desde el punto de vista de lo razonable excluya ciertos eventos que, aunque participaron físicamente en la producción del daño, jurídicamente deben considerarse extraños al hecho. El error de la doctrina tradicional consiste en olvidar que se están juzgando conductas humanas y que, por tanto, el buen sentido debe orientar al fallador al momento de decidir si la conducta del agente es o no una causa del daño¹⁸⁹

En definitiva, la crítica se supera agregando en cada aplicación de la teoría un poco de sentido común y no de otra cosa, aunque este debe estar guiado por el buen juicio y atendiendo a lo probado en el caso se logra observar la causalidad como una necesidad natural. Por supuesto, este intento de salvaguardar la teoría de la causalidad adecuada se critica pues deja al arbitrio del censor la decisión judicial. Siendo así, en los últimos años se observa el nacimiento de una teoría para establecer la relación causal, hablamos de la imputación objetiva, la cual se expondrá a continuación.

¹⁸⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. Pág. 378

¹⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 381

2.2.5. La imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva fue un constructo doctrinario elaborado por el jurista alemán Karl Larenz¹⁹⁰ y posteriormente desarrollada por la dogmática penal alemana. Esta teoría bebe de los planteamientos filosóficos expuestos por Hegel¹⁹¹ y aboga por la comprobación de la relación de la causalidad desde una perspectiva netamente jurídica sin mayor consideraciones fáctica que puedan desviar el resultado lógico del juicio de responsabilidad.

La actual aplicación de esta teoría se basaría en la crítica hecha a las teorías de la relación de causalidad fáctica por los resultados no intuitivos en su aplicación. En palabras del profesor Gil Botero¹⁹²:

La actual aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el escenario de la responsabilidad se relación con el resquebrajamiento del dogma causal propio de los siglos XIX y (mitad del) XX, en donde las ciencias sociales estuvieron impregnadas por las leyes causales o naturalísticas a tal punto que la única forma en que surgía la responsabilidad era si se comprobaba científicamente un nexo de causalidad entre daño y la conducta culpable a su autor, aunado a la dificultad que se presenta en el mundo del derecho en lo que se refiere a la posibilidad de atribuir responsabilidad derivada de la omisión, ausencia o intervención.

En esencia, la imputación objetiva busca hacer marcada la distinción entre la causalidad de hecho y la causalidad jurídica, para lo cual todo análisis de relación

¹⁹⁰ Karl Larenz fue un jurista y filósofo del derecho alemán, fue Profesor en dos de las más importantes universidades de Alemania: la Universidad de Kiel y la Universidad de Múnich, en donde no solo por la teoría de la imputación objetiva, sino también por el respeto a los derechos del ser humano.

¹⁹¹ El planteamiento de Hegel desarrollado por el alemán Karl Larenz de la teoría de la imputación objetiva en el campo civil se ve reflejado en su obra *Hegels Zurechnungslehre und der begriff der objektiven zurechnung* (la doctrina de la imputación objetiva de Hegel y el concepto de imputación objetiva) de 1927. Esta construcción teórica sería desarrollada posteriormente para el derecho penal por el doctrinante alemán Günter Jakobs, y se basaría en el principio de confianza. Según Serrano Escobar: "el autor se ocupó en este campo de encontrar un límite a la extensión de la responsabilidad civil estructurada en la noción de causalidad, que posibilita la atribución de consecuencias remotas al hecho dañoso". SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños. Bogotá D.C. Ed. Doctrina y Ley. 2001. Pág. 52.

¹⁹² GIL BOTERO, Enrique. La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: FABRA ZAMORA. *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Op. cit. P. 435.

de causalidad debe estar sustentando en dos estadios: i) el primer estudio, debe hacer referencia a la causalidad fáctica, la cual se debe comprobar mediante la aplicación del test de la *conditio sine qua non* para destacar las posibles causas reales del suceso; ii) el segundo estudio, se debe realizar sobre los eventos encontrados como posibles causas del hecho, a los cuales para determinar a cuales les asiste relevancia jurídica, este último estadio es el conocido como la imputación objetiva¹⁹³.

Esta dicotomía es explicada magistralmente por el doctrinante Gil Botero, a quien se citará *in extenso* por la relevancia de sus apreciaciones sobre este tema:

Una vez constatada o verificada la existencia de un daño, es indiscutible que este tuvo una génesis material o causal, hecho que es irrelevante para el derecho, precisamente porque se mantiene en el plano de las ciencias naturales, es decir, en relación causa efecto. Por el contrario, verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica, lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde el término imputación supone un análisis bifronte o dual consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica (*imputatio facti*) como jurídicamente (*imputatio iure*) imputable. La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica —y con ella la imputación objetiva del daño— consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone

¹⁹³ ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. Op. cit.

la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico —subjetivo u objetivo— de resarcir el perjuicio Así mismo, resulta pertinente destacar que el hecho de que la imputación fáctica tenga un sustrato o contenido material no quiere significar que esté desprovista de conceptos o construcciones normativas o jurídicas y, por lo tanto, es allí donde la imputación objetiva y todos sus elementos delimitadores se conectan para suministrar una serie de herramientas a la hora de valorar cuándo es imputable o no un daño¹⁹⁴ (Subrayado fuera de texto original).

Esta importante distinción –entre imputación fáctica y jurídica- es relevante en la responsabilidad médico y por lo tanto tal discusión ha sido llevada a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en donde se ha determinado que:

En primer lugar, vale la pena determinar que, si bien, la causalidad y la imputación son dos categorías diferentes, por cuanto la primera hace alusión a las ciencias del ser, cuyo objeto es la naturaleza, y la segunda a las ciencias del deber ser, cuyo objeto es el derecho, —categorías que se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos estableciendo una relación entre una condición y una consecuencia—, no debe olvidarse que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, y en particular en los eventos de responsabilidad médico asistencia un estudio en términos de atribuibilidad material a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar —acción u omisión—. (Subrayado fuera de texto original)¹⁹⁵.

Para solucionar esta dicotomía se plantea que para determinar con un mínimo de fiabilidad la relación de causalidad fáctica o imputación fáctica -según lo expuesto por Gil Botero-, como ya se mencionó anteriormente se debe realizar su análisis a la luz de la teoría de la condición *sine qua non*, la cual si bien se expuso y fue criticada en este mismo texto por la falta de imprecisión en lo referente a determinar

¹⁹⁴ GIL BOTERO. Op. Cit. Pág. 476-477.

¹⁹⁵ COLOMBIA. Consejo De Estado. Sección tercera. Subsección C. Rad. 29.913. Sentencia del 14 de mayo de 2014. C.P.: Enrique Gil Botero.

una causalidad relevante jurídicamente hablando, resulta ser un test afortunado, puesto que la aplicación de los contrafácticos o las abstracciones hipotéticas, son muy apropiadas para determinar las causas físicas o naturales de un evento.

En otras palabras “este razonamiento tan básico – el del test sine qua non- conduce, en últimas, a esclarecer el universo de causas determinantes en el acaecimiento del desenlace final, lo que hace de esta idea un postulado muy sugestivo en lo que a la causalidad fáctica se refiere¹⁹⁶”.

Como ya se ha expresado, la teoría de la equivalencia de las condiciones no resuelve el problema referente a demostrar la causalidad jurídica, puesto que al considerar todas las causas como equivalentes, lo que genera es un problema de infrainclusión y sobredeterminación que lo convirtió en una teoría imposible de aplicar en las lindes del derecho de daños.

En ese sentido, es en ausencia de un criterio determinante para establecer la imputación jurídica, donde la teoría de la imputación objetiva nace y utilizando criterios básicos intenta solucionar la cuestión del segundo estadio, es decir, establecer la causalidad jurídica mediante criterios normativos el alcance de la responsabilidad del sujeto que previamente se ha determinado como el causante fácticamente del hecho.

Con todo, se advierte un intento de escindir las relaciones de causalidad y la imputación jurídica, dado que “mientras la teoría de la causalidad responde a la conducta del demandado y el daño, la teoría de la imputación objetiva da respuesta a una cuestión diferente: si el demandado debe responder, y hasta qué extremo, de las consecuencias que su conducta ha provocado¹⁹⁷”.

¹⁹⁶ ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. Op. cit. p. 35

¹⁹⁷ LUNA YERGA, Álvaro. Comentario a la STS de 31 de enero de 2003 En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Vol. 62. 2003. Págs. 655-672 En: GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. 4 ed. Pamplona. Ed. Civitas-Thomso-Reuters... 2014. Pág. 425.

Los criterios que esta teoría utiliza, son los siguientes: i) El riesgo permitido; (ii) el principio de confianza; iii) la posición de garante; iv) la acción a propio riesgo; v) la prohibición de regreso; vi) el fin de protección de la norma¹⁹⁸; y, vii) la adecuación¹⁹⁹.

2.2.5.1. Criterios de imputación objetiva. Se analizarán a continuación los criterios más relevantes de imputación objetiva desde el ámbito de la responsabilidad médica²⁰⁰, con el fin de determinar la manera en que se ha venido aplicando la imputación objetiva para fijar la relación de causalidad jurídica.

2.2.5.1.1. El riesgo permitido o el incremento del riesgo. Este criterio constituye el más primordial de los elementos de la teoría de la imputación, puesto que una vida armónica en sociedad requiere que en ocasiones el riesgo se incremente de tal manera que sus beneficios sean mayores a la carga que debe soportar la sociedad²⁰¹. En palabras de Gil Botero²⁰²:

En el contacto social se generan riesgos constantemente; por lo tanto, el punto de origen lo constituye la premisa de que las actuales sociedades están estructuradas sobre la base del riesgo, pero no se rechazan todos ellos, sino que se toleran precisamente aquellos que se mueven dentro de la categoría de

¹⁹⁸ Estos criterios fueron establecidos por BOTERO GIL, Enrique. Op. Cit. Pág. 480.

¹⁹⁹ Este último criterio lo tomamos por conveniente y complementario de parte de GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. Op. cit. p. 424.

²⁰⁰ No todos los criterios de imputación objetiva apuntados por la jurisprudencia y la doctrina tienen la misma relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Algunos, por el contrario, con completamente ajenos a este ámbito de la responsabilidad, como señaladamente el criterio de la provocación en su estudio en este trabajo.

²⁰¹ Este concepto tiene influencia considerable por parte de la dogmática del derecho penal. Al respecto véase: JAKOBS, Günter. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá D.C. Ed. Universidad Externado de Colombia. Trad. Manuel Cancino. 1998.

²⁰² GIL BOTERO. Op. Cit. Pág. 481.

<<permitidos>>, pues de no hacerlo puede resultar sacrificada la interrelación ciudadana e inclusive el desarrollo de la sociedad (científico, económico, industrial, social, familiar, entre otros).

Así mismo, no es solamente el incremento del riesgo²⁰³ lo que interesa a esta teoría, sino que también dicho riesgo se concrete en un injusto contra algún sujeto de derecho que no tiene la responsabilidad de soportarlo. Igualmente no bastan el mero incremento y la concreción del riesgo, sino que su aumento fuese significativo, puesto que: “A sensu contrario, el incremento del riesgo constituye un criterio de imputación cuando la conducta analizada ha incrementado de forma significativa el riesgo, generando de esta forma el evento dañoso, que, con una alta probabilidad, no hubiere acontecido de haberse observado una conducta diligente²⁰⁴”. (Subrayado fuera de texto original).

En definitiva, el aumento del riesgo se debe tratar de un evento que de manera significativa hizo patente el resultado lesivo, pues en ocasiones se cae en la falacia de que un mínimo de intervención en la línea causal de la concreción del daño, *perse* comprende una imputación objetiva o causalidad jurídica que debe ser sancionado por el ordenamiento.

Esta situación se observa con más incidencia en el campo de la responsabilidad médica, en donde en la mayoría de ocasiones el tratamiento médico se hace en división de trabajo de acuerdo a las especialidades de cada galeno, y un diagnóstico errado o un procedimiento mal practicado puede llevar a otro galeno a efectuar un perjuicio. En ese sentido resulta imperativo determinar en qué grado tuvo incidencia el trabajo anterior del galeno con el resultado posterior.

Este criterio de la imputación objetiva ha sido tratado por la jurisprudencia nacional, y más exactamente por el Consejo de Estado, de la siguiente manera:

²⁰³ Este criterio también es conocido como el *erlaubte Risiken* o *allgemeine Lebensrisiken* en la doctrina alemana, o *General Life Risks* en el Common Law.

²⁰⁴ GALÁN CORTÉS. Op. Cit. Pág. 436.

Según este criterio, un comportamiento que no supere el riesgo permitido no deviene en imputable, lo que significa que no es un comportamiento prohibido, así el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo.

La vida social se caracteriza por unos grados más o menos intensos de división del trabajo y ellos implican diversas formas de interacción entre los componentes de la sociedad. A lo que debe agregarse, como lo dice Jakobs, que todo contacto social implica un riesgo aun si los intervinientes actúan de buena fe: un apretón de manos puede contagiar una enfermedad. Un alimento servido puede generar una intoxicación, así no se percibiera su descomposición. **Un anestésico puede generar un efecto adverso, así se haya cumplido con el protocolo respectivo.**

(...)

Esto se explica porque lo que busca la sociedad es posibilitar las interacciones, no la protección máxima de los bienes jurídicos involucrados en ellas o la prohibición de cualquier puesta en peligro de ellos, **lo que imposibilitaría la realización de cualquier comportamiento social, aun los de salvación. Sin duda, la existencia de un riesgo permitido no resulta contradictoria con la protección de bienes jurídicos, para hacer uso de determinados bienes es necesario poner en peligro otros bienes.**

(...)

La forma más usual de identificar un riesgo no permitido se presenta cuando el derecho lo define como tal, ya sea por su peligrosidad concreta o abstracta, bajo amenaza de pena o multa. (...). Jakobs dice que, en otros ámbitos, **no es necesaria tal regulación, porque se obtiene un alto estándar de seguridad, así se trate de actividades potencialmente peligrosas, como ocurre en el ámbito médico**²⁰⁵. De una parte, porque la atención de un paciente implica altos grados de individualización, por lo que las regulaciones jurídicas pueden

²⁰⁵ Como ya se dejó planteado anteriormente, la responsabilidad médica no revista *per se* una actividad considerada como riesgosa, así ha sido determinado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y foránea, sin embargo, en este apartado se resalta que algunos procedimientos revisten ciertos peligros los cuáles deben ser asumidos o soportados por los pacientes, pues se realizan por el beneficio de los mismos, esto es, su mejoría.

llegar a tal nivel de abstracción que acaban siendo carentes de contenido. **Además, establecer regulaciones resulta inconveniente porque se trata de una materia en evolución permanente. Por eso, la regla profesional, la *lex artis*, sustituye el precepto jurídico²⁰⁶.**

Del extenso extracto citado anteriormente, se desprende que el riesgo permitido no es el que se sanciona o se encuentra determinado como criterio dentro de la imputación objetiva, sino la concreción del mismo. En ese sentido, a pesar de que el riesgo fuese conocido por los actores que intervienen y se hubiese concretado en el daño, lo cierto es que en el ámbito médico las reacciones producto de efectuarse un procedimiento, en no pocas ocasiones resultan imprevisibles, puesto que si bien pueden ser contingentes al acto médico, la multiplicidad y las particularidades de cada paciente resultan ajenas a las funciones propias del galeno.

Ahora bien, como se ha expresado la imputación de este criterio se debe efectuar sobre una estipulación normativa. No obstante, en el caso específico de la responsabilidad médica, el progreso continuo de la ciencia y las consecuencias no aritméticas de la misma, hace imposible que este criterio se aplique de manera cerrada a una norma, por lo que la solución sobre la imputación del aumento del riesgo recaerá necesariamente en la *lex artis*.

Por otro lado, se encuentra que en lo referente al criterio del aumento del riesgo, en ocasiones trae aunado otro criterio de imputación, esto es el del principio de confianza, el cual consiste en reconocer que la sociedad se mueve en el respeto por la asignación de roles asignados por ella misma a cada uno de los sujetos, en ese caso el resultado se imputará a quien defrauda dichas expectativas²⁰⁷.

La jurisprudencia, en lo referente a la responsabilidad médica ha determinado lo siguiente:

²⁰⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección C. Rad. 29.913. Sentencia del 14 de mayo de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

²⁰⁷ GIL BOTERO. Op. Cit. Pág. 485

Así las cosas, debe concluirse que, aun cuando se hubiera establecido inequívocamente que la estenosis devino de la colocación de los clips, debe señalarse que en materia de responsabilidad médico-sanitaria aun cuando el principio de confianza legítima se torna más exigente comoquiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud, es innegable que no se puede llegar al extremo de afirmar que el ejercicio de la ciencia médica lleva implícito el cumplimiento de una obligación exacta pues es evidente que se trata de una ciencia que al margen de los desarrollos tecnológicos e informáticos de los últimos siglos, sigue teniendo un sustrato humano en donde la precisión milimétrica no se ha alcanzado y, por consiguiente, se manejan ciertos márgenes de error, máxime en tratándose de los riesgos propios de una operación²⁰⁸.

Con todo, se encuentra que el criterio del principio de confianza es aplicable a todo sujeto de derechos del cual se espera actúe de una determinada manera dependiendo del rol que le asigna la sociedad a través de diferentes medio normativos, por lo que resultaría en un criterio complementario en la determinación de la responsabilidad, no solo al criterio del riesgo permitido sino a los demás establecidos como parte de la imputación objetiva.

En conclusión, el criterio del aumento del riesgo resulta en una herramienta importante para determinar la imputación objetiva del daño, puesto que atiende principalmente al cumplimiento de las reglas propias de la *lex artis*, fuente que hace maleable este criterio en su aplicación y facilitaría el descubrimiento de responsabilidad de los galenos, atendiendo no solo a la comprensión jurídica de la negligencia, sino que también a juicios científicos lo que llevaría a establecer una relación causal probable y eficiente.

²⁰⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección C. Rad. 29.913. Sentencia del 14 de mayo de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

2.2.5.1.2. La prohibición de regreso. La prohibición de regreso consiste en la posibilidad de imputar el daño o resultado perjudicial a un sujeto que tuvo cierta incidencia en la materialización del mismo, pues si bien intervino de alguna manera en el curso causal, ya sea que hubiere actuado de forma dolosa o negligente, ese actuar no tuvo repercusión en un aumento significativo del riesgo o la concreción del daño²⁰⁹.

En palabras de Galán Cortés²¹⁰: “la prohibición de regreso no debe imputarse objetivamente el daño a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, salvo que esta última conducta se haya visto decisivamente favorecida por la del autor mediato”.

El ejemplo utilizado para ilustrar este criterio es el siguiente: “Un sujeto había envenenado dolosamente a su esposa. El veneno lo había recibido de su amante. En el proceso no pudo probarse en contra de esta amante que hubiese determinado dolosamente al marido a llevar a cabo el homicidio ni que le hubiese prestado ayuda dolosamente en la realización del mismo”²¹¹.

Si bien este criterio resulta claramente beneficio en su aplicación al derecho penal, el mismo ha resultado relevante para la responsabilidad médica puesto que puede brindar una solución adecuada en los casos en que se ven envueltos la responsabilidad de diversos galenos, quienes por la marcada especialidad de sus campos pueden concurrir en la causación de daños. En este sentido, la división de trabajo se torna difusa, puesto que la mayoría de procedimientos el diagnóstico inicial es la base de los siguientes actos médicos.

²⁰⁹ GIL BOTERO. Op. Cit. Pág. 491

²¹⁰ GALÁN CORTÉS. Op. Cit. Pág. 433

²¹¹ Ejemplo extraído de WOLFANG NAUCKE. Sobre la prohibición de regreso en el derecho penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pág. 1. En: GIL BOTERO. Op. Cit.

Así mismo este problema es desarrollado por Iturraspe²¹² de la siguiente manera: “Hipótesis similar se presentan, con relativa frecuencia, ante tratamientos médicos sucesivos, en los que se discute en qué medida una mala práctica plural, a partir de delegaciones del enfermo, ha incidido en el resultado final. El grado de causación de cada uno de los intervinientes o actos médicos”.

Veamos un ejemplo de la jurisprudencia española sobre la aplicación de este criterio en la responsabilidad médica en donde se niega la imputación al primer cirujano, por cuanto en el curso causal que desembocó en la pérdida de una de las trompas de falopio de la paciente ha sido determinante la conducta negligente del segundo galeno, veamos:

Este retroceso no es admisible en la labor de la integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico, que debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de la experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, entre la conducta o conductas negligentes a las que se anuda la responsabilidad y el resultado dañoso producido –que quiebra cuando existen conductas posteriores de carácter más específico y determinante-, sin cuyo requisito la posible negligencia apreciada en la conducta del agente carece de la necesaria relevancia para dar lugar a la existencia de responsabilidad civil.

(...)

Sin embargo, no podemos considerar estos hechos y su posible influencia para cerrar el círculo de imputación objetiva a este médico del resultado dañoso producido, ya que los mismo no han sido reflejados en su valoración de la prueba por los tribunales de instancia, quienes únicamente se refieren a la intervención del mencionado facultativo en la realización del legrado incompleto, que consideran en sí mismo incorrecto, pero no en su control posterior que también estiman defectuoso, sino que vinculan su responsabilidad al hecho de que el legrado incompleto no advertido dio lugar a una cadena de

²¹² ITURRASPE MOSSET. Op. Cit. Pág. 24

acontecimientos anómalos que propiciaron errores de diagnóstico y desembocaron en el resultado dañoso generador de responsabilidad²¹³.

En cuanto a la aplicación de este criterio en la responsabilidad médica, en la jurisprudencia nacional se observa que el mismo criterio no se ha utilizado de manera diáfana. No obstante, si bien no se menciona en ninguna sentencia de responsabilidad médica civil o administrativa, lo cierto es que se trata bajo el manto del criterio del principio de confianza. Veamos el siguiente ejemplo para ilustrar lo dicho:

Basándose única y exclusivamente en la altura uterina y en la dilatación vaginal que se trata de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versailles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza²¹⁴.

En ese sentido, lo que realmente se aplicó fue el descarte del criterio de la prohibición de regreso y no la apreciación del criterio de principio de confianza, que como anteriormente se expresó resulta un ingrediente complementario de los demás criterios de la imputación objetiva.

2.2.5.1.3. La posición de garante. La posición de garante es un criterio producto de la constitucionalización del Estado social de derecho, puesto que en aras del interés general y la solidaridad, un sujeto ostenta la responsabilidad por un daño

²¹³ STS de 14 febrero de 2006. M.P. Xiol Ríos. En: GALÁN CORTÉS. Op. Cit. Pág. 434.

²¹⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. C.P: Enrique Gil Botero. Radicado: 18364

que en principio ha sido causado por un tercero o un hecho ajeno, pero que se le imputa a este sujeto por no haber impedido el suceso dañino, en efecto, consiste en una imputación por omisión al deber²¹⁵.

Este elemento ha sido utilizado ampliamente por la jurisprudencia del máximo órgano judicial de lo contencioso administrativo para imputar responsabilidad a la administración en virtud del artículo 90 y 95 de la Constitución Nacional. En ese sentido, el mencionado cuerpo colegiado ha entendido la posición de garante como: “aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho”²¹⁶.

En ese sentido, este criterio se ha utilizado en la responsabilidad médica dado la especial relación de sujeción que el paciente ostenta para con el profesional de salud, pues para este para su deber consiste en encausar debidamente el peligro hallado en la integridad física o psíquica del paciente para buscar su pronta cura o alivio, y evitar que ese peligro se convierta en un resultado nefasto.

Dicho deber de garante se encuentra recogido en las reglas del arte y la ética médica, las cuales se residen en la ley 23 de 1981, más exactamente en el deber de protección e información. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

En primer lugar, la reglas del arte médico, que se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento jurídico en la ley 23 de 1981, establecen que “el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados” (artículo 15 de la señalada ley) y que el primero tiene la obligación de informarle al segundo acerca de las

²¹⁵ GIL BOTERO. Op. Cit. Pág. 487.

²¹⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Rad. 15.567. C.P. Enrique Gil Botero.

posibilidades de reacciones adversas que se puedan producir con ocasión del tratamiento brindado (artículo 16 ibídem).

Lo anterior significa que el médico ostenta una posición de garante, que se materializa en deberes de protección e información, respecto de las personas que tenga a su cargo²¹⁷. (Subrayado fuera de texto original).

En suma, este criterio se ha aplicado en situaciones en las que el galeno o el sistema de salud (en el caso de las demandas administrativas) no asumen la custodia y protección del enfermo incumpliendo los deberes que asumen gracias al mandato legal. La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha dicho:

Estima la sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante, como quiera que al momento ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia²¹⁸.

2.2.5.2. Críticas y conclusión. Si bien esta teoría, en la práctica reluce por su importancia en la aplicación sobre el derecho penal, en el campo de la responsabilidad extracontractual o de los cuasi delitos, también podría servir de criterio para irrogar responsabilidad, pues como lo expone ALPA “Entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil existen ciertos puntos de contacto; puntos que tienen que ver, principalmente, con la explicación del nexo causal”²¹⁹.

²¹⁷ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2007. Rad. 27.388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

²¹⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2012. Rad. 18274. C.P. Enrique Gil Botero.

²¹⁹ ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil; edición, traducción y notas de Leysser León. Lima Jurista Editores. 2006. p.160.

Entonces, la teoría de la imputación objetiva resultaría acorde con las necesidades de la responsabilidad médica para establecer la imputación fáctica y por sobre todo la imputación, la cual, si bien no se enmarca en la responsabilidad extracontractual, si nace producto de los daños irrogados desproporcionada e injustamente a un sujeto (en este caso paciente) que no está en el deber jurídico de soportarlos.

Igualmente esta teoría no cuenta con completa aceptación por parte de los doctrinantes puesto que en principio “no es precisamente una teoría, en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas. Más bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible”²²⁰.

Así mismo Yágüez²²¹ expone que “la doctrina de la imputación objetiva quizá pudiera llamarse, mejor, doctrina de la no imputación objetiva, puesto que, a su entender, lo más valioso que esa teoría aporta consiste en determinar cuándo no está justificada la aplicación del principio (la genuina imputación objetiva) de que quien desencadena un proceso lesivo deba responder de todos los daños efectivamente resultantes”.

Algunos autores, incluso son más críticos con la imputación objetiva y su aplicación en la responsabilidad civil, puesto que consideran “que en nuestro derecho de responsabilidad civil no existe tipicidad, con lo que el criterio de imputación objetiva, de entrada, no es útil”²²².

Como se observa las críticas resultan meramente formales, puesto que se basan en aspectos netamente teóricos. Lo cierto es que esta teoría ha permitido solucionar algunos problemas concernientes al establecimiento del nexo de causalidad en los procesos judiciales, puesto que si bien puede ser considerado más que un test de

²²⁰ SANCINETTI, Marcelo. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires. 1998, Págs. 181-198. En. PREVOT, Juan Manuel. Op. Cit.

²²¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la imputación objetiva y otros extremos. Edit. Thomson-Civitas. Navarra. 2014.p.589.

²²² GARCÍA RIPOLL MONTIJANO. Martín. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables. Granada. Ed. Comares. 2008. Pág. 209 En: DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Ibidem*. Pág. 89

comprobación de la relación de causalidad un test de exclusión de responsabilidad, o un constructo ajeno a la dinámica del derecho de daños, su efectividad ha sido comprobada, ya que ha brindado cierta seguridad jurídica en la jurisprudencia.

Así mismo, no es relevante la crítica acerca de que la imputación resulta ser un conglomerado de criterios, porque en definitiva así se debe considerar, haciendo de su aplicación una teoría flexible suficiente para las necesidades de justicia hoy en día, pues como lo expone Díaz Regañón²²³: “el papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva es el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de ponderación entre las distintas causas concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil”.

En corolario, a pesar de que la imputación objetiva resulte ser el agrupamiento de diversos criterios elaborados en la extensa dogmática del derecho en general, se debe considerar que no es imperativo el *nomen* propiamente dicho que reciba el test utilizado para determinar la relación de causalidad fáctica y jurídica, sino que al contrario, dicho test debe ser flexible y con una multiplicidad de herramientas en su planteamientos para que resulte útil al operador judicial y no se resigne a ser otra construcción académica para admirar desde la ciencia jurídica.

2.3. PRUEBA Y TEORÍAS DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA

La responsabilidad civil de los profesionales de la salud en lo que a la responsabilidad médico sanitaria se refiere, presenta indudablemente problemas en su determinación ante los juzgados de instancia, puesto que si bien la prueba del daño resulta visible dado que el mismo demandante se convierte en prueba viviente

²²³ DÍAZ REGAÑÓN, GARCÍA ALCALÁ, Calixto. Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Granada. Ed. Comares. 2006. Pág. 10-11. En: DE ÁNGEL YAGÜEZ. Op. cit.

del injusto, la dificultad reside necesariamente en la prueba de la causalidad²²⁴, puesto que en una profesión como lo es la medicina, existen factores casi que infinitos, los cuales pueden incidir en el resultado sobre el paciente.

Esta importancia es resaltada por Luna Yerga²²⁵: “En el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria la cuestión de la causa, el elemento causal o relación de causalidad es una cuestión insoslayable y de importancia evidente, pues son muchos los motivos por los cuales puede producirse un accidente médico y, a un tiempo, son muchas y diversas las personas las personas que intervienen en los procesos médico-sanitarios”.

En este sentido, se torna imperativo estudiar los mecanismos probatorios a la par que las diversas teorías que sustentan la hermenéutica llevada a cabo por la jurisprudencia tanto nacional como foránea que han servido para determinar la prueba de la relación de causalidad tanto fáctica como jurídica.

2.3.1. Aspectos preliminares. Las teorías del aligeramiento probatorio o de facilidad probatoria nacen en la jurisprudencia foránea con la finalidad de hacer más viable la carga de la prueba del demandante en los casos, que como en la responsabilidad médica, la demostración de los elementos de la responsabilidad, más exactamente la culpa y la relación de causalidad, son de una dificultad notable entendiendo la alta especialidad que la misma requiere, pues cuando se debate la

²²⁴ No obstante, La prueba de la culpa o negligencia médica cobra relevante importancia en el campo de la responsabilidad médica, puesto que al determinar que dicha responsabilidad se juzga desde la perspectiva de la falla probada (derecho administrativo) o culpa probada (derecho civil), es de aclarar que en ocasiones las mismas teorías que fundamentan la relación de causalidad subsumen la prueba de la culpa. Si bien dicho efecto no es aceptado del todo por la doctrina, en el presente trabajo se estudiarán las pruebas y teorías de interpretación probatoria únicamente desde la perspectiva de la relación de causalidad a fin de delimitar el objeto del presente trabajo de investigación.

²²⁵ LUNA YERGA, Álvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad. Madrid. Ed. Thomson-Civitas. 2004. p. 63.

responsabilidad en este campo, no solo se utilizan conocimientos jurídico sino técnicos y científicos propios de una ciencia compleja como lo es la medicina²²⁶.

Por lo tanto, como en el primer apartado de esta investigación se ha tratado de manera superficial lo relativo a la prueba de la culpa, pues otra cosa desbordaría por mucho el objeto del presente trabajo, en la presente sección se profundizará acerca de las teorías utilizadas para aligerar la carga de la prueba de la relación de causalidad.

En ese sentido, es de advertir que la prueba de la relación causal jurídica es de vital importancia en todo proceso judicial de responsabilidad extracontractual y de especial relevancia en la responsabilidad de los galenos, puesto que como la ha expresado la Corte Suprema de Justicia²²⁷: “el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque (...) el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputa, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio”. (Subrayado fuera de texto original).

En la misma dirección va la jurisprudencia del Consejo de Estado²²⁸ al señalar que: “ni aún en el evento de que se hubiera probado una falla del servicio, habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado, mientras el vínculo causal no hubiera sido establecido, al menos como probable”. (Subrayado fuera de texto original).

Por tanto, la prueba de la relación causal ha sufrido estados cambiantes, que si bien no van aunados a los cambios jurisprudenciales respecto al tipo de culpa a aplicar, puesto que aún desde la falla o culpa presunta²²⁹, siguiendo por la carga dinámica

²²⁶ FERNÁNDEZ, Mónica Lucía. La Responsabilidad Médica, Problemas Actuales. Ed. Ibáñez. 2008. p. 171-173.

²²⁷ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 enero 2001. Exp. 5507. M.P. José F. Ramírez Gómez

²²⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 1 de junio de 2004. Exp. 14696. C.P. Alier Hernández Enríquez.

²²⁹ En este estado de la jurisprudencia se hacía necesario la prueba de la relación causal, puesto que al tenor de lo expresado por el Consejo de Estado “*el régimen de responsabilidad patrimonial estatal cuando ésta proviene de daños imputables al Estado y sus entidades con ocasión de la prestación del servicio de salud (...) [en] la falla presunta, que releva al demandante de la prueba de la falla propiamente dicha en los eventos*

de la prueba²³⁰ y terminando en la falla o culpa probada, ha sido necesario que el demandante pruebe que el daño sufrido ha sido producto de un acto médico negligente.

2.3.1.1. ¿Certeza o probabilidad de la existencia del nexo de causalidad? Ahora bien, los cambios entorno a la certeza de la relación de causalidad van de la mano de lo aceptado por la jurisprudencia como prueba del nexo, es decir, su la intensidad de su certeza ha disminuido a través del tiempo en la jurisprudencia. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

Posteriormente, en sentencia del 3 de mayo de 1996, se señaló –sin invertir la carga de la prueba del demandante- que dada la complejidad de los asuntos científicos y técnicos que entraña la materia médica o por la carencia de elementos probatorios directos que permitan establecer la relación de causalidad entre la falla del servicio médico y el daño, se podía acudir a la noción de “causalidad probable”, pero sí y solo sí el grado de dificultad probatoria para el actor es tal, que impida demostrar la certeza plena de su existencia. Posteriormente y de manera más explícita, se ha precisado que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad” no implica la exoneración del deber de la parte actora de establecer la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica que hiciera posible atribuir a la entidad pública prestadora del servicio médico el daño padecido por la víctima, sino que ésta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser

de responsabilidad médica, siempre y cuando se acreditaran tanto el daño antijurídico como su nexo causal con el servicio”. Véase COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897. C.P. Alier Hernández Enríquez.

²³⁰ Contrario a lo que algunos tratadistas suponían, como es el caso de Tamayo Jaramillo, la carga dinámica de la prueba no subsumía, en la mayoría de los casos, la prueba de la relación de causalidad dado que cuando se trata de demostrar el nexo causal entre la conducta del galeno y el daño ocasionado, aquí no se puede aplicar la inversión de la carga probatoria, siendo el demandante quien deberá por cualquier medio demostrar al juez dicho nexo, ya que ambas nociones, es decir, la prueba de la causalidad y la prueba del elemento culpa, difieren en su contenido y desempeñan una función diferente, teniendo que el nexo causal no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto, y mucho menos si se ha llegado a dicha conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Cfr. FERNÁNDEZ, Mónica Lucia. Op. cit.

acreditado de manera indirecta, mediante indicios²³¹. (Subrayado fuera de texto original)

El anterior apartado jurisprudencia denota que la prueba del nexo de causalidad o imputación fáctica y jurídica, se ha venido “dulcificando” puesto que, en una primera medida se pedía la prueba del mismo con una determinación casi igual a la certeza absoluta, para posteriormente devenir en una existencia probable que puede ser probada incluso a través de medios indirectos de prueba, lo que significa una reducción de la rigidez del criterio probatorio.

En palabras de Prévot²³²:

Atrás ha quedado aquella vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo.

No vamos a explayarnos aquí sobre los argumentos que esbozaban quienes defendían a ultranza esta tesis radical del "todo o nada"; dado que éstos han caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad; a punto tal que hoy se habla, sin añadiduras, de causa probabilística. (Subrayado fuera de texto original).

En lo referente al planteamiento del nivel de certeza requerido para probar la relación de causalidad ha sido tratado por la doctrina y la jurisprudencia foránea,

²³¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Rad. 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³² PREVOT. Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit. p. 89.

puesto que por ejemplo en Alemania se consagra que con base en el artículo 287²³³ del ZPO (*Zivilprozessordnung*), el juez puede conformarse la probabilidad considerable de la existencia de la misma para tener por acreditada dicha responsabilidad²³⁴.

Igualmente el tema ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia del Common Law, más exactamente en la concerniente a EEUU, puesto que propio de la tradición americana, se ha buscado mediante diversos test lograr la persuasión del juzgador, a fin de determinar la existencia de la relación de causalidad. En ese sentido, los test de: i) Certeza Médica Razonable (*Reasonable Medical Certainty*); ii) Probabilidad Razonable (*Reasonable Probability*); y, iii) Posibilidad Sustancial (*Substantial Possibility*), han buscado determinar la relación causal, lo que en definitiva resultó en aceptar la existencia de la misma cuando, cuando su probabilidad de concurrencia estuviera en el 51%²³⁵.

En los tribunales americanos, en suma, el criterio de certeza también se ve sustituido por el de probabilidad razonable o preponderante, la cual se aplica siguiendo la regla *more probable than not*²³⁶, puesto que la probabilidad de existencia de la relación causal debe ser siempre superior al 50%. Así mismo en el derecho anglosajón se utiliza una regla jurisprudencial similar en el que la causalidad debe ser más probable que improbable o *balance of probabilities*²³⁷.

²³³ El mencionado artículo, en su inciso primero traduce: “En caso de que sea controvertido entre las partes si un daño se ha producido y cuán elevado es o a cuánto ascienden los intereses devengados, entonces el tribunal decide considerando todas las circunstancias, de acuerdo con el libre convencimiento. Si y cómo debe ordenarse una prueba requerida o una pericial mediante un perito decretada de oficio es decisión del tribunal, de acuerdo con su discreción”. Véase su traducción en KONRARD ADENAUER Stiftung. Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Uruguay. Trad. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Ed. Fundación Konrard Adenaur. 2006. Tomado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf.

²³⁴ ANGEL YAGUEZ. Op. Cit.

²³⁵ ROBERTSON, David W. The Common Sense of Cause in Fact. 1997. En: Texas Law Review. No.75. Pág.1773-1774 En. Ibídem.

²³⁶ Esta regla se viene aplicando desde el conocido caso de *Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc*. En el cual se reclama que el medicamento denominado Bendectin producía malformaciones a los fetos de las madres gestantes que lo tomaban. El caso fue desestimado pues si bien a pesar de que existía un incremento del riesgo de padecer alguna malformación por el consumo del medicamento, debía hacerlo en una magnitud en donde el daño fuera más probable causarlo que no causarlo.

²³⁷ GALÁN CÓRTEZ. Julio César. Op. Cit. Pág. 440.

Así mismo en Colombia, este criterio de probabilidad se esgrimió en algún momento mediante la jurisprudencia del Consejo de Estado en donde se expuso que:

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

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad”²³⁸. (Subrayado fuera de texto original).

En corolario, una vez expuestas la situación actual de la prueba de la relación de causalidad en los sistemas jurídicos en donde más se ha debatido acerca de cuál debe ser el criterio para determinar o no la existencia de la misma, se concluye que no tiene sentido exigir la prueba de la plena certeza de la existencia de relación de causalidad, pues dadas las limitaciones del proceso civil y, en particular, del procedimiento probatorio, la constatación subjetiva de la existencia de nexo causal

²³⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 03 de mayo de 1999. Exp. 11169. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

no permite obviar el hecho de que, en el plano real, la existencia de nexo causal solo será en mayor o menor medida, probable.

En consecuencia, establecer mediante la probabilidad la prueba de la causalidad puesto que en palabras de Ángel Yaguez²³⁹: “parece reflejar mejor el modo en que, de ordinario, razonan Jueces y Magistrados (...) el juez puede contentarse con la mera probabilidad de su existencia, lo que no supone sino rebajar el umbral de convicción. En este sentido, su posición es más cómoda si tal probabilidad puede expresarse en términos estadísticos”.

Es imperativo no confundir esta reducción del umbral de certeza de la prueba de la causalidad con las aligeraciones de prueba que se contempla, ya que éstas intervienen exclusivamente para morigerar la medida de la prueba de la causalidad en que se fundamenta la responsabilidad. En ese sentido, será necesario abordar las teorías de aligeramiento probatorio esgrimidas por la jurisprudencia para determinar la causalidad fáctica y jurídica, esto cuando no es posible llevar ni siquiera la probabilidad de la existencia de la misma al proceso, dado que el medio probatorio para efectuar dicha persuasión al censor resulta de difícil acceso por parte de la víctima.

2.3.2. La prueba. Antes de dar inicio al estudio específico de los medios de prueba de la relación de causalidad, es relevante determinar para efectos de este trabajo lo que se entiende como prueba. En consecuencia, este término de importancia vital para cualquier área del derecho puede consistir materialmente en cualquier elemento abstraído de la realidad. En ese sentido, Carnelutti define la acción de probar en el ámbito jurídico como:

Demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no

²³⁹ DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo. Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba. Madrid. Civitas. Pág. 118.

realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal (...). Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinado procedimientos²⁴⁰.

Hecha esta distinción entre el significado de probar en el ámbito jurídico y científico, nos remitiremos al maestro Devis Echandía²⁴¹ para la definición de prueba como: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción, y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.

La prueba es el elemento más importante que puede obrar en un expediente, puesto que el fin mismo de esta consiste en formar la convicción del juez respecto de la existencia y circunstancia de hecho que constituye su objeto o tema²⁴², por lo que, en definitiva, el material probatorio tiene que ir destinado a demostrar las premisas que se insinúan o exponen en la presentación de la demanda.

Estas premisas junto con su correspondiente prueba resultan de un valor indispensable para el juez, quién deberá sustentar su decisión en las mismas. Si bien, los conceptos expuestos de manera superficial, se prevén sencillos pues se considera que un mero análisis lógico pudiese dar con la decisión judicial acertada, lo que en la práctica ha sucedido y sobretodo en el campo de la responsabilidad médica se ha observado, es una constante dificultad en analizar el material probatorio, puesto que en este campo el constante avance científico junto con la imprevisibilidad latente de los actos médicos ha llevado a hacer del censor una

²⁴⁰ CARNELUTTI. Francisco. La prueba civil. 2 ed. Buenos Aires. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Depalma. 2000. Pág. 32.

²⁴¹ DEVIS ECHANDIA. Hernando. Teoría general de la prueba judicial. 6 ed. Bogotá. D.C. Ed. Temis. Tomo I. 2012. Pág. 36.

²⁴² MOLINA GONZÁLEZ. Héctor. Teoría general de la prueba. Revista de la facultad de derecho de la UNAM. 1978 Tomado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/109/dtr/dtr7.pdf>.

mente inquieta que mediante la jurisprudencia subsane, corrija o encause en debida forma las peticiones y pruebas de cada caso en particular.

En esa búsqueda jurisprudencial por determinar con la mayor exactitud una decisión correcta con respecto a los casos de responsabilidad médica, se ha visto el giro constante de la jurisprudencia y sus constantes cambios y metodologías en analizar la misma, por lo que a continuación se esbozarán algunos de los más relevantes medios probatorios que facilitan la demostración del nexo causal.

2.3.2.1. De la prueba indiciaria o los indicios. Básicamente el indicio se concibe como un hecho conocido a través del cual se puede inferir otro hecho desconocido²⁴³.

El indicio es un medio de prueba que permite a través de inferencias lógicas abstraer de la realidad una determinación información aplicable al estudio del caso. El indicio, si bien se considera un medio de prueba, lo cierto es que el hecho que este indique debe estar plenamente demostrado devenir de un hecho probado por otro medio de prueba. De la misma manera lo expone Ferrajoli²⁴⁴:

Las pruebas contienen indicios, pero éstos mismos no son los medios de prueba. Por tanto, de las pruebas, con la ayuda de partir de éstos se hacen inferencias, con ayuda de las máximas de experiencia, de otros hechos. El indicio no se produce en el proceso de la misma manera que una fuente o un medio de prueba, sino que tiene vocación de ser apreciado y creado por el juez al momento de la valoración de la prueba. Esto significa que el indicio se estructura es en el razonamiento del juez en la valoración de la prueba, pues

²⁴³ DEVIS HECHANDÍA. Hernando. Op. Cit. Pás 601.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid. Ed. Trotta. 1995. Pág. 132.

este es el momento en el que aquél hace inferencias a partir de los medios de prueba que están disponibles en el proceso.

En ese sentido, se considera que las inferencias pueden ser directas o indirectas; las inferencias directas son las propias que el medio de prueba trae a colación con su inclusión en el haber probatorio; mientras que las indirectas o indiciarias, son elucubraciones que realiza el juez a través de máximas de la experiencia y en apoyo técnico o científico de otros medios probatorios mediante su apreciación.

Hecha esta aclaración, en materia de responsabilidad médica y más específicamente en la prueba del nexo causal, la prueba indiciaria ha cobrado importante relevancia para el establecimiento de la misma, puesto que al tenor de lo expuesto por el Consejo de Estado²⁴⁵:

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual si bien para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, en la mayoría de los casos resulta idónea la prueba directa, esto es, el dictamen de expertos, también es posible llegar a la certeza sobre la existencia de dicha relación a través de indicios, para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

En ese mismo sentido la Corte Suprema de Justicia²⁴⁶ ha desarrollado que “el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes”.

²⁴⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 09 de octubre de 2014. Exp. 02464 C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁴⁶ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 41001 3103 004 2000 00042 01. M.P: Pedro Octavio Munar Cadena. Reiterada en múltiples jurisprudencias, al respecto véase: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación de civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01. M.P: William Namén Varga; Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 02 de septiembre de 2014. Exp. 11001-31-03-029-2008-00469-01. M.P: Fernando Giraldo Gutiérrez.

En esencia, lo que salta a la vista es la importancia de los indicios en la prueba causal de este tipo específico de responsabilidad, que al encontrarse consagrada en el nuevo estatuto procesal civil²⁴⁷, hacen de la misma una prueba completamente válida para las jurisdicciones civiles y administrativas.

La comprobación de la relación de causalidad mediante indicios, como ya se ha expresado, nace de las inferencias que se puedan abstraer a partir de otros medios probatorios, lo que en responsabilidad médica significa abstraer principalmente indicios de la historia clínica²⁴⁸, la que se considera la prueba por excelencia en este tipo de procesos, por encima incluso del prueba pericial.

Al respecto de los indicios deducibles de la historia clínica la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

Como quiera que en un momento dado puede consistir en la única prueba a favor del paciente, no son pocos los eventos en los que la ausencia del aludido documento o su diligenciamiento incorrecto o incompleto puede comportar en alguna medida un cercenamiento de las expectativas probatorias de aquel. En esa perspectiva la ausencia de historia o su elaboración incompleta puede eventualmente, dependiendo de las circunstancias de cada caso, aparejar secuelas para quien debiendo diligenciarla no lo hizo o lo hizo inexactamente, supuesto que puede generar un grave indicio en contra del profesional²⁴⁹.
(Subrayado fuera de texto original).

Así mismo, el Consejo de Estado ha expresado:

²⁴⁷ COLOMBIA. Código General del Proceso. Artículos 240, 241 y 242

²⁴⁸ La Historia Clínica debe ser entendida como el “relato de lo sucedido durante la atención sanitaria, lo encontrado en relación a las condiciones de salud del paciente, las valoraciones médicas, y la atención suministrada. En el citado documento, obran o deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la ficha de anamnesis (cuestionarios hechos al paciente), el diagnóstico, la terapia o tratamiento a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada, el consentimiento informado del paciente; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudio complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido”. SERRANO, Luis. Régimen probatorio en la Responsabilidad Médica. Bogotá D.C. Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2012.

²⁴⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Exp. 15746-2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

La renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.²⁵⁰

Por lo tanto, es primordial la prueba indiciaria a fin de determinar el vínculo causal entre la atención médica y el daño ocasionado, ya que este criterio ha aliviado la carga probatoria del demandante en lo referente a los casos de responsabilidad médica y especialmente la responsabilidad de los ginecobstetras, tal como se expuso anteriormente, ya que excluye de allegar al proceso lo que comúnmente se denomina una *prueba diabólica*²⁵¹.

2.3.2.2. Res ipsa loquitur. La regla *res ipsa loquitur* proviene del derecho anglosajón, aunque su aplicación histórica se encuentra dada a Cicerón quien lo utilizó como uno de sus argumentos probatorios en el *Discurso Pro Milone*²⁵². Ahora bien, se aplicó jurisprudencialmente por primera vez en el conocido caso *Byrne vs*

²⁵⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 15772. C.P. Ruth Stella Correa.

²⁵¹ Este término acuñado por varios autores al referirse a la imposición de la carga probatoria de la culpabilidad se puede asemejar a la dificultad de la prueba de la relación causal. Al respecto véase: DE ÁNGEL YÁGÜEZ. Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid. Ed. Civitas. 1995. Pag.77.

²⁵² En esta defensa Cicerón intentó demostrar que si Milón asesinó a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias, a su juicio, eran elocuentes, ya que describió que Milón iba con ropa que entorpecía la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa; mientras que Clodio iba solo, a caballo y se había desviado de su trayecto para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón iba a transitar por él para asistir a la posesión de un nuevo *flamen*. Estos datos revelaban, según Cicerón, la falta de intención de Milón de cometer un asesinato. Argumento éste, que no fue escuchado, pues Milón fue condenado al destierro. Al respecto véase: FEDELI, Paolo. Estrategias retóricas en el pro Milone de Cicerón. *Auster* (4), 95-109. . 1999. En: Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2754/pr.2754.pdf

Boadle de 1863, en donde el actor fue golpeado en la cabeza por un barril que cayó de la ventana de la tienda. El juez Pollock, a quién correspondió revisar el caso, determinó que a pesar de no haber prueba aportada por el demandante de la negligencia de la tienda, hay ocasiones en que “se puede decir *res ipsa loquitur*, y éste parece ser uno de ellos”²⁵³.

Aunque este hito jurisprudencial se considera la primera vez que se utilizó esta acepción, lo cierto es que no sería hasta 1865, en el caso *Scott vs London & St. Katherine Docks Co.* en donde se establecería como una regla jurisprudencial, a pesar de que se trataría sobre casos idénticos, puesto que en este particular lo que cae sobre la cabeza del demandante es un saco de azúcar. Así el Tribunal estableció, en referencia a la regla *res ipsa loquitur*, que: “cuando el objeto que causa el daño está bajo control del demandante o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están encargados de controlar la situación actúan con diligencia a falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente es producto de falta de diligencia”²⁵⁴.

Dicha regla se aplicó primordialmente en casos de causalidad directa dado que el resultado es producto de una abstracción lógica de la realidad propia del sentido común más básico, utilizando de manera indirecta deducciones de elementos directos de los procesos “en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo”²⁵⁵.

²⁵³ NAVARRO MICHEL. Mónica. Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario. En: Anuario de derecho civil. Vol. 56. No. 3. 2003. Pág. 1198. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-30119701230_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sobre_la_aplicaci%F3n_de_la_regla_res_ipsa_loquitur_en_el_%E1mbito_sanitario

²⁵⁴ Ibíd. p. 1198.

²⁵⁵ BULLARD G., Alfredo. Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil En: Themis 50. Disponible en:

En este mismo sentido, destaca Díez Picazo:

La regla *res ipsa loquitur* no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de utilización de presunciones. Es, se ha dicho, una irrefutable presunción o deducción de que el demandado ha sido negligente, que deriva de la prueba de que los instrumentos o medios que causaron la lesión se encontraba bajo el control exclusivo del demandado y de que el accidente pertenecía al tipo de los que ordinariamente no ocurren sin negligencia. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características y circunstancias del mismo si ello conduce razonablemente a creer que sin negligencia no habría ocurrido y que las cosas con las que se causó eran manejadas y se encontraban bajo el control del demandado.²⁵⁶

Si bien, este criterio de interpretación probatoria judicial al parecer es solo aplicable a la prueba de la culpabilidad según la jurisprudencia mayoritaria del *Common Law*²⁵⁷. No obstante, lo que resalta a la vista, es que no puede determinarse la negligencia sin efectuar el análisis previo de la relación causal, por lo que el mismo criterio debe fungir como guía o interpretación cuando no se logra establecer dicha relación mediante pruebas directas. En palabras de Llamas Pombo:

Hay una evidencia circunstancial (que no requiere el dictamen de un experto) que permite inferir, no sólo la causalidad, sino también la culpa, como por ejemplo cuando se amputa la pierna equivocada, se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, se olvida gasa o pinzas en la zona equivocada, el odontólogo

file:///D:/INFORMACION/Documents/Marlon/DERECHO/Tesis/Documents%20tesis/Sentencias/Dialnet-CuandoLasCosasHablan-5110783.pdf

²⁵⁶ DÍEZ PICASO, Luis. La culpa y riesgo de la responsabilidad civil extracontractual. Madrid. UAM. 2000. Pág. 153. Tomado de:

<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf>

²⁵⁷ Esta premisa también ha sido debatido por algunos doctrinantes del mencionado sistema judicial ya que, por la propia naturaleza del principio *res ipsa loquitur*, tal planteamiento no puede ser aceptado en estos términos tan genéricos, pues parece evidente que el principio también ayuda a acreditar la relación de causalidad bajo determinadas circunstancias. Así, aunque de un modo infrecuente, aparece también en la doctrina del *Common Law* alguna referencia a la posibilidad de que el principio *res ipsa loquitur* permita no sólo acreditar la negligencia sino, según los casos, aliviar simultáneamente a la parte demandante la prueba de la relación de causalidad; si la causa es conocida, el único elemento a presumir será la negligencia. STREET, Harry. Margaret Brazier (Ed.) *Street on Torts*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1993, 9ª ed., p. 246. En: LUNA YERGA. Op. Cit.

deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, en lugar del apéndice se corta otra parte del intestino.²⁵⁸ (Subrayado fuera de texto original).

Hecha esta aclaración, se debe destacar que en principio este criterio se aplicó en la responsabilidad médica para casos esencialmente de oblitio quirúrgico, puesto que se la negligencia y la relación de causalidad podría ser inferida porque se trataba de supuestos tan obvios que no era necesario la prueba pericial²⁵⁹²⁶⁰.

Al respecto el Consejo de Estado se pronuncia acerca del tema, sin etiquetar necesariamente el razonamiento judicial como *res ipsa loquitur*, lo cual se deduce a continuación: “El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde”²⁶¹. (Subrayado fuera de texto original).

Ahora bien, el caso hito (o *leading case*) que permitió la aplicación de este criterio para comprobar la relación de causalidad fue el denominado *Ybarra vs. Spangard* de 1944 en EEUU, en el cual un hombre sufre una parálisis en sus hombros a consecuencia de diversas intervenciones pro parte de distintos galenos. Llegado el

²⁵⁸ LLAMAS POMBO. Eugenio. La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos. Madrid. Ed. Trivium. 1988. En: PARRA SEPÚLVEDA. Darío. La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa. Trabajo de grado para optar al título de Doctor en Derecho. España. Universidad Carlos III. 2014.p. 195.

²⁵⁹ NAVARRO MICHEL. Mónica. Op. Cit. Pág. 1200.

²⁶⁰ Si bien, en este tipo de casos resulta patente la aplicación del criterio para determinar negligencia y causalidad. Existen excepciones como por ejemplo en el caso peruano de Rebolledo con Sabat (en una operación de urgencia practicada a un paciente con varias heridas cortopunzantes en su intestino, se olvidó una pinza quirúrgica en su abdomen), puesto que la Corte Suprema expuso: “[El médico] realizó su labor en buena forma, salvando la vida del ofendido quien presentaba heridas vitales y graves, por acción de armas blancas, además de un estado de ebriedad manifiesto. No siendo posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la labor del médico, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo” En: CHILE. Corte Suprema. Sentencia del 23 de abril de 2007. Citado por: LARROUCAU TORRES, Jorge. ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? Tomado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200003

²⁶¹ COLOMBIA. Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 1992. Exp. 7221. C.P. Julio César Uribe Acosta.

momento del juicio, el actor no pudo determinar cuál de todos los médicos fue el responsable de su parálisis, puesto que todos se encubrían o huían de dar respuestas claras en el proceso, por lo que el Tribunal optó por imputar el daño a todos los demandados²⁶².

Este postulado, fue tomado por nuestra jurisprudencia hasta hace unos pocos años, puesto que sentencia de 19 de agosto de 2009 el Consejo de Estado estableció la relación causal mediante este criterio, el cual sigue vigente en su jurisprudencia más actualizada, ya que expone:

Así pues, una vez se produce la verificación y análisis del daño, considerado en sí mismo, se desprende una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio). En estas situaciones, el daño antijurídico reviste tal magnitud o dimensión que es evidente la atribución del perjuicio en cabeza de la entidad demandada, ya que el yerro médico se explica por sí solo sin que se requiera de un análisis específico para derivar su acreditación. No significa lo anterior que la parte demandada no pueda desvirtuar esa prueba evidente —aunque será de sumo exigente esa demostración—, bien destruyendo la presunción de culpa que este tipo de sistemas lleva aparejado o acreditando la existencia de una causa extraña que resquebraje el análisis de imputación.²⁶³ (Subrayado fuera de texto original).

Con todo, es de apreciar este avance jurisprudencial en la aplicación del criterio expuesto en este apartado de la investigación, dado que, en definitiva, se busca de la determinación de la relación causal mediante la inferencia lógica o *juicio probabilístico de sentido común*²⁶⁴ de la misma a través de los medios probatorios

²⁶² Esta apreciación de la prueba de la causalidad resulta lógica sobre todo si se tiene en cuenta que si justamente lo que no se puede identificar son los hechos que acreditan que hubo negligencia, tampoco se puede acreditar que el demandado causó el daño, pues sin conducta específica es difícil determinar que la conducta causó el daño. Cfr. LUNA YERGA. Op. Cit.

²⁶³ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 38738. C.P: Hernán Andrade Rincón.

²⁶⁴ GALÁN CORTÉS. Op. Cit.

allegados al proceso, la actuación procesal de cada uno de los actores y la deducción de la normalidad de las consecuencias de los actos médicos.

2.3.2.3. Prima facie. La prueba *prima facie*, que traducida del latín significa “a primera vista”, es utilizada en la prueba del nexo de causalidad, ya que se utiliza como la prueba por primera impresión o por apariencia de la causalidad (prueba *prima facie* de la causalidad, *Anscheinsbeweis der Kausalität*) desarrollada por la doctrina alemana, la cual consiste básicamente en establecer de una cierta situación un hecho correspondiente, según lo dicta la “experiencia común”, permitiendo señalar que de un antecedente se ha producido cierto resultado, en definitiva, el método de deducción utilizado es el de máximas de la experiencia²⁶⁵.

Siguiendo con lo expuesto, en el ámbito de la responsabilidad médica, Luna Yerga, expone que:

Así, cuando conforme a las máximas de experiencia o los principios de la ciencia médica el daño constituye una consecuencia típica de un determinado suceso, el demandante, víctima de un daño como consecuencia de una actividad médica u hospitalaria, se ve liberado de la prueba de la relación de causalidad. En este sentido, es posible, no sólo deducir de un determinado suceso acreditado en el proceso (por ejemplo, un error de tratamiento) una conexión causal con el daño producido sino, también a la inversa, tener por acreditado un determinado suceso (por ejemplo, un error de tratamiento negligente) como causa del daño probado en el proceso.²⁶⁶ (Subrayado fuera de texto original).

²⁶⁵ LUNA YERGA, Álvaro. Op. Cit.

²⁶⁶ Dietmar Franzki, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß*, op. Cit., p. 47; Alfred Kerschbaum, *Die Waffengleichheit Arzthaftungsprozess*, op. Cit., pp. 27-28. También la sentencia del BGH de 10 de junio de 1956 (VI ZR 199/55, KG): <<Beim Anscheinsbeweis kann nicht nur von einem feststehenden Ereignis auf den Zusammenhang mit einem eingetretenen Erfolg, sondern auch umgekehrt von einem eingetretenen Erfolg auf ein bestimmtes Ereignis als Ursache geschlossen werden>>, en *VersR*, 1956, pp. 577-578. P. 577. En: LUNA YERGA. Op. Cit.

En consecuencia, la prueba *prima facie*, no constituye una presunción, sino una prueba indirecta proveniente de los indicios producto de la inferencia de otros medios probatorios que permiten deducir de hechos probados una máxima de la experiencia de carácter objetivo y fiable, el cual podría ser o no estadística²⁶⁷.

Así mismo este criterio ha sido aplicado en la jurisprudencia española en donde un caso de amniocentesis fallida se resuelve con base en máximas de la experiencia objetiva de tipo estadístico:

Conforme resalta el informe de la inspección médica (...) el número de amniocentesis el servicio de ginecología del Hospital Severo Ochoa en los años de 1992 y 1993 fue de un [total de] 205 con un índice de pérdidas fetales de un 2.5%, superior al del Hospital Ramón y Cajal de Madrid, que en el momento de la sentencia tenía un 1% de pérdidas fetales, mientras que según la resolución reurrida otros datos de servicios en otros países dan cifras comprendidas entre un 0,3% y un 0,5% de pérdidas fetales

De ello se deduce no solamente el alto riesgo que entrañaba la práctica de la extracción de líquido amniótico, corroborada por la propia declaración prestada en el proceso penal por el médico sino que este riesgo se incrementaba precisamente en el Hospital que practicó la prueba (...) riesgo que además lógicamente resultaba mayor si se intentaba obtener tras la práctica de varias punciones (...) por lo que resulta deducible la responsabilidad en el daño por parte del centro hospitalario.²⁶⁸

La relación expuesta entre el alto grado de sufrimiento fetal producto de la práctica de la amniocentesis en ese centro médico llevo al tribunal a declarar la existencia del nexo de causalidad con bases en las estadísticas aportadas creando de esta

²⁶⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. 2da. Ed. Ed. Lex Nova. 2007.

²⁶⁸ ESPAÑA. Tribunal Superior. Sentencia del 20 de abril de 2005. Citado por: GALAN CORTÉS. p. 324. Op. cit.

manera una relación lógica o máxima de la experiencia que hacía probable que el daño al feto hubiese ocurrido producto de dicho examen.

Así las cosas, la prueba *prima facie* de la relación causal puede ser utilizada en determinados supuestos de infecciones nosocomiales. Tal cual puede verse en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que a pesar de sentar una posición de responsabilidad objetiva en este tipo de casos, no exime al actor de la prueba de la imputación jurídica, por lo que incluso al no establecer expresamente la utilización de este criterio, lo que se observa hace concluir el manejo de sus postulados. Por ejemplo:

La Sala considera que aparece demostrado que la infección presentada por el señor César Augusto Ospina León, fue adquirida en la Clínica San Pedro Claver, por cuanto la historia clínica es contundente en señalar que desde la entrada al centro hospitalario, 4 de abril de 1998, y hasta antes del primer postoperatorio, 28 de abril de esa anualidad, el paciente no presentó ningún síntoma o señal de infección, al punto que el cultivo practicado dio resultado negativo. Ahora bien, es claro que fue a partir de la cirugía que apareció el proceso infeccioso el cual se hizo persistente a punto que ni siquiera con la amputación de la extremidad se logró restablecer la salud del paciente (...), situación fáctica que se ajusta a lo que la jurisprudencia de esta subsección sostiene acerca de la responsabilidad de índole objetiva para eventos de infecciones intrahospitalarias.²⁶⁹ (Subrayado fuera de texto).

Es claro entonces, ya que la experiencia nos dicta que un paciente que entra sin enfermedades infecciosas a una cirugía (hecho comprobado mediante la historia clínica en donde se denota que el resultado de la prueba fue negativo), y posteriormente se inicia un proceso infeccioso que le causa un daño, necesariamente dicha infección tuvo que ser adquirida en el centro hospitalario, por lo que la Corporación a pesar de no dar como probado la relación causal tanto

²⁶⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014. Exp. 13709. C.P. Hernán Andrade Rincón.

fáctica como jurídica mediante la utilización de la prueba *prima facie*, lo deduce mediante así mediante la aplicación de las máximas de la experiencia.

2.3.2.4. ¿Son tan necesarias las distinciones entre teorías de aligeramiento probatorio en la prueba de la relación de causalidad? Las diferentes teorías expuestas y aplicadas en nuestra jurisprudencia nacional resaltan por su viabilidad frente a la prueba de la relación causal, tal y como se han expuesto, pero la pregunta a realizarse en este apartado de la investigación es: ¿Estas teorías presentan rasgos tan característicos que hacen posible su distinción?

Lo cierto es que las diferencias son mínimas y de hecho sus denominaciones vienen dadas por la jurisprudencia del país que se originaron, esto es expuesto magistralmente por el profesor Barría Díaz, quien subsume las teorías expuestas en la siguiente frase:

Como es sabido, la regla *res ipsa loquitur*, utilizada habitualmente por los tribunales de la familia anglosajona, permite al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de probar la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que este se hubiera producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida (*thing speaks for itself*). Las otras modalidades mencionadas tienen una finalidad idéntica y rasgos distintivos similares: la prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis* o prueba por apariencia) desarrollada especialmente en Alemania y Austria, consiste en deducir la causalidad y la culpa de máximas de experiencia y puede entenderse como la versión alemana de la regla angloamericana *res ipsa loquitur*. La conclusión o convencimiento, a diferencia de la prueba de presunciones, no se obtiene aquí de un hecho absolutamente probado, sino de una máxima de experiencia. La "culpa virtual" (*faute virtuelle*), de creación francesa, "se limita a deducir la negligencia de la anormalidad del resultado. Lo que en realidad, además de

aproximarnos nuevamente a la máxima *res ipsa loquitur* y sin dejar de ser también una presunción judicial, no hace sino mezclar o confundir culpa con causalidad²⁷⁰.

Entonces, tanto el criterio *res ipsa loquitur*, como el *prima facie*, e incluso la “culpa o causalidad virtual”²⁷¹, si bien pueden tener un grado mínimo de diferencia entre ellas, esto de acuerdo a la normativa en que se desarrollan, lo cierto es que su teoría en conjunto tiende hacia la misma finalidad, la cual es aligerar la prueba de la relación de causalidad, tanto fáctica como jurídica, que se encuentra a cargo del demandante, planteamiento que toma relevancia en la responsabilidad médica, área profesional que por sus conocimientos científicos y técnicos propios de la mencionada especialidad, sus rastros probatorios resultan de difícil apreciación incluso por el juez, quien no solo debe preocuparse de dictar una sentencia motivada, sino que también debe analizar cada medio probatorio a fin de dictar una decisión justa²⁷².

Incluso para efectos prácticos de la jurisprudencia nacional, estos criterios se pueden tomar como uno solo, e incluso la jurisprudencia y doctrina española los recoge en la doctrina de los daños desproporcionados²⁷³. Al respecto el Consejo de Estado ha establecido:

En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (*faute virtuelle*), en aquellos eventos en los que el daño padecido

²⁷⁰ BARRÍA DÍAZ, Rodrigo. La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo. *Ius et praxis*. Vol. 20 No. 2. 2014. Tomado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200008

²⁷¹ Este criterio no es expuesto en el presente trabajo de investigación dado su similitud con el *res ipsa loquitur* y la prueba *prima facie*, puesto que se limita a deducir la negligencia y la relación causal de la anormalidad del resultado, premisa expuesta en los anteriores criterios. Lo reprochable de este criterio es que se asume la existencia de la culpa a partir de la causalidad. Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Op. Cit. 148.

²⁷² FERNÁNDEZ, Mónica Lucia. Op. Cit.

²⁷³ El daño desproporcionado acontece cuando un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal. Cfr. SANCHEZ GARCÍA, Marta María. El daño desproporcionado. *CESCO*. No. 8. 2013. Págs. 240-248. Tomado de: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/viewFile/417/359>.

es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño²⁷⁴.

Con todo, los diferentes criterios adoptados por la jurisprudencia nacional, a pesar de que son expresados en las sentencias, el criterio mayoritariamente aceptado por los sistemas jurídicos foráneos resulta ser el de *res ipsa loquitur*, a pesar que resulta ser el criterio que cronológicamente se instauró primero, pues lo cierto es que ya se encuentra internalizado en la práctica judicial nacional, ya que su precisión no excede de una intuición lógica por parte del censor, lo que efectivamente hace más sencillo su aplicación.

Por otra parte, se encuentra otro criterio que a pesar que se encuentra expuesto en el anterior capítulo resulta ostensible volver sobre él, puesto que algunos doctrinantes y jueces extranjeros lo han aplicado para determinar la relación de causalidad, hablamos pues, de la pérdida de oportunidad.

2.3.2.5. Pérdida de la oportunidad como medio para establecer la relación de causalidad. La pérdida de la oportunidad podría definirse, según Le Torneau²⁷⁵ como:

La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable.” Así mismo, se refiere a la limitación en la indemnización por pérdida de oportunidad “Pero

²⁷⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Exp. 3225. C.P. Enrique Gil Botero.

²⁷⁵ LE TORNEAU, Philippe. La responsabilidad civil profesional. Op. cit. p. 85.

este se limita a dicha pérdida; solo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor.

En el primer capítulo nos referimos a la teoría de la pérdida de oportunidad desde el enfoque del daño autónomo; en donde se toma como un perjuicio eventual pero con una probabilidad cierta, la cual está dotada de un valor pecuniario objeto de indemnización; pues esta es la postura actual del Consejo de Estado, quien en el 2011 establece:

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

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

que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”.²⁷⁶

Sin embargo, existe otro segmento de la doctrina en donde se toma la pérdida de la oportunidad como un factor para determinar la imputación fáctica o como un criterio de morigeramiento de la prueba del nexo. Al respecto, se ha pronunciado Enrique Gil Botero²⁷⁷:

Así las cosas, la pérdida de la oportunidad no puede analizarse con la perspectiva del daño, puesto que no constituye un daño autónomo (las oportunidades restadas), sino que constituye un elemento para aligerar el curso causal, sirve como instrumento para establecer la indemnización a partir de los porcentajes que científicamente estén acreditados en el proceso judicial, en los cuales se hayan disminuido los “chances” de recuperación.

Entender, entonces, la pérdida de la oportunidad como una lesión autónoma supone sobreponer al daño efectivamente padecido, establecido por el juez, lo que conlleva problemas de índole procesal y probatoria (modificación o alteración de la causa petendi de parte del operador jurídico, determinación de la magnitud del daño a partir de estándares arbitrarios trazados por éste).

Esta teoría, de origen jurisprudencial, se ha planteado principalmente para aquellos casos en que no puede probarse con un porcentaje de probabilidad o de certidumbre (50% de certidumbre es lo planteado por el *Common Law* y aproximadamente un 80% de certidumbre en el derecho continental europeo)²⁷⁸ que el daño fue causado por el demandado, pero sí puede probarse que la negligencia de éste redujo la oportunidad del paciente de una mejoría o que aumentó el riesgo permitido. No obstante lo anterior, se establece que la probabilidad de esta pérdida

²⁷⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 25 de agosto de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁷⁷ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Op. cit. p. 589.

²⁷⁸ GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. Responsabilidad civil médica. Op. cit. p. 448.

debe ser cierta, real, no una simple expectativa del paciente, pues debe estar fundamentada conforme a criterios científicos, Galán Cortés²⁷⁹ lo ha expresado así:

En todo caso, esta figura jurídica necesita que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, banal, fantástica, vaga, meramente especulativa o excepcional (<<pérdida de una simple ilusión o quimera>>); no debe tratarse, por tanto, de la mera, ínfima y remota posibilidad del acaecimiento eventual o hipotético de alguna ventaja, sino que la chance, para ser tributaria de reparación, ha de ser real, razonable, seria, sustancial y consistente, gozando de suficiente fundamentación y apreciable entidad (lo que se ha denominado <<umbral de seriedad>> o <<dignidad de la chance>>), aunque su previsión ocurra en el futuro.

De igual forma, se han establecido en la doctrina²⁸⁰, los grados de certeza o incertidumbre que sirven para realizar el análisis en que se concluya si la pérdida de oportunidad es factor suficiente para morigerar la carga probatoria del nexo; a saber: un primer grado, en que la certidumbre de que el hecho del demandado esté conectado con el daño al demandante es muy baja, no se puede hablar de pérdida de oportunidad, puesto que con tal grado de incertidumbre no se puede probar la existencia del nexo causal y por lo tanto, no habría lugar a indemnización; en un segundo grado, en que la certeza es alta, se estaría hablando de una prueba suficiente del nexo, por lo que tampoco cabría la teoría de la pérdida de la oportunidad, pues la certidumbre es suficiente para que sea indemnizado en su totalidad el daño; y el tercer grado, es aquél que sin ser muy bajo, tampoco es lo suficientemente cierto para probar el nexo, por lo que tiene cabida una indemnización parcial en razón del porcentaje de oportunidad perdida.

Aunque la teoría de la pérdida de la oportunidad no se aplique en la jurisprudencia Colombiana como un criterio de morigeramiento probatorio, sino como un daño autónomo; podemos encontrar en el derecho comparado ordenamientos jurídicos

²⁷⁹ *Ibidem*. p. 448.

²⁸⁰ MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de la oportunidad. Madrid. Thomson-Civitas. 2007. P. 79 y 81. Citado por: GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Op. cit. p. 596.

en donde esta teoría es acogida como aquél, tal como en el Consejo de Estado Francés²⁸¹:

Considerando que se desprende de las piezas del expediente puestas a consideración de los jueces de fondo que la endoftalmia de la cual fue atendido M.J., quien sufrió una complicación extraña de la cirugía de glaucoma, puede conducir, incluso tratada a tiempo, a la ceguera del ojo y que suponiendo que la infección ocular sea curada, el pronóstico visual permanece aleatorio, que, en estas condiciones, el retraso culposo [del hospital demandado] solo implicó para el interesado una pérdida de oportunidad de escapar de la ceguera total de su ojo derecho; que, en consecuencia, la reparación que incumbe al centro público hospitalario debe evaluarse en una fracción del daño corporal determinada en función de la magnitud de la oportunidad perdida.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado de Colombia, se ha pronunciado en sentencia reciente sobre el carácter probatorio de la pérdida de la oportunidad, enfatizando que se trata de un daño autónomo; al respecto se afirma:

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

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del

²⁸¹ FRANCIA. Consejo de Estado. Sección del Contencioso. Sesión del 7 de diciembre de 2007. Núm. 289.328. Centro Hospitalario de Vienne. Citado por: GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Op. cit. p. 600

afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño.”²⁸²

La Corte Suprema de Justicia también acoge el concepto de pérdida de oportunidad como daño autónomo y en sentencia reciente se afirma: “Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales.”²⁸³(Subrayas fuera de texto).

Tenemos entonces, que aunque son diversos los autores que estiman la pérdida de oportunidad como un criterio de morigeramiento probatorio de la relación causal, en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado y de la Corte Suprema se sigue tratando la teoría de pérdida de oportunidad como un daño autónomo.

Hechas las disquisiciones en el presente capítulo frente a las teorías de causalidad, el medio de prueba de la relación causal y las teorías que aligeran o flexibilizan la prueba de la misma, es de anotar que tanto no existe un teoría causal completamente aceptada, como no existe un método probatorio o de morigeramiento de aceptada absolutamente, ya sea por la doctrina o la

²⁸² COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸³ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 01 de noviembre del 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

jurisprudencia, por lo tanto en el último apartado de este trabajo de investigación de intentará dilucidar algún método para solucionar las diversas críticas en cuanto de la prueba de la relación causal se trata.

Si bien, la teoría de la pérdida de oportunidad resuelve el tan cuestionado problema de la certeza en la existencia del nexo causal, pues establece, como afirma el tratadista Gil Botero²⁸⁴: que “(...) en estos casos, ante la incertidumbre e imposibilidad de atribuir al ciento por ciento del daño irrogado, corresponderá al juez apoyarse en las pruebas científicas para que, a partir de ellas, se determine el porcentaje en que se le restó oportunidades de salvación a la persona y, con fundamento en esos márgenes porcentuales, establecer el monto de la indemnización.”

Sin embargo, esta teoría no establece criterios, ni fórmulas para poder llegar a un grado adecuado de certeza en la existencia del nexo causal, por lo que este tema, que sería lo más importante en el análisis probatorio, es dejado completamente a un lado, trayendo consigo, otro problema aún más relevante: El cálculo de probabilidades; es por esta razón, que a continuación se presentará lo que consideramos –con base en la investigación plasmada en el presente trabajo- una solución a este interrogante, esto es, un nuevo criterio con el que se busca darle herramientas al censor para sustentar la existencia del nexo de causalidad sin atender a un criterio numérico, que no posee bases teóricas que justifiquen su aplicación.

²⁸⁴ GIL BOTERO, Enrique. Op. cit. p. 599.

3. HACIA UN NUEVO CRITERIO DE LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD: UN ANÁLISIS DESDE LA PROBABILIDAD

Es de advertir que el problema llamado a resolver en este apartado de la investigación daría lugar a un trabajo de una extensión que excede el objetivo del presente, por lo tanto nos limitaremos a esbozar un criterio que producto de la profundización hecha sobre el tema, consideramos es el más adecuado para resolver la determinación sobre la prueba de la relación de causalidad y analizar su utilidad en la responsabilidad médica.

3.1. EI ANTECEDENTE DE LA CAUSALIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA

Como se dejó planteado anteriormente (apartado 2.1.3), para efectos de esta investigación se partirá de la base de no considerar a la causalidad como una tesis dual, es decir, no es pertinente la división de la causalidad en causalidad fáctica y causalidad jurídica (o imputación objetiva), por lo que a *contrario sensu*, de una extensa y aprobada doctrina mayoritaria, consideraremos la causalidad desde el modelo alternativo de la unificación de las causas²⁸⁵.

Este modelo resalta que lo que interesa al derecho y en específico al proceso judicial de responsabilidad civil –incluyendo la responsabilidad de los profesionales de la medicina- son las causas jurídicamente relevantes en virtud de los criterios valorativos o normativos que se asuman²⁸⁶.

Ahora bien, la pregunta que resalta entre las premisas expuestas es ¿cuál será el criterio para determinar que una de esas causas jurídicamente relevantes prueba la existencia de la relación de causalidad? Esta pregunta se intentará responder con relación a la responsabilidad médica.

3.2. LA PROBABILIDAD COMO UN MERO DICHO DE PASO EN LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL

²⁸⁵ Al respecto se pronuncia Bárcena: “El modelo alternativo complementa la idea de que la causalidad fáctica no es una cuestión que se resuelva atendiendo exclusivamente a criterios empíricos (como sostiene el modelo dominante), con la tesis de que la única manera de mantener la distinción entre aspectos fácticos y normativos es dentro del ámbito de la indagación que se conoce como causalidad fáctica. Por ello se sugiere una forma distinta de trazar esa distinción: establecer cuál es la situación apropiada con la que se debe contrastar lo que realmente ocurrió es una cuestión normativa; en cambio, determinar si la conducta antijurídica constituye una diferencia entre lo que ocurrió y el escenario de contraste el daño no tiene lugar es una cuestión de hecho”. BÁRCENA ZUBIETA, Arturo. *En*: PAPAYANNIS, Diego. Op. Cit.

²⁸⁶ Como ya se dejó planteado la apreciación de la causa jurídicamente relevante encuentra su apoyo en el sentido común, el cual a pesar de ser subjetivo se encuentra agrupado por una serie de reglas jurídicas que permiten su identificación casi que de inmediato, mantener una posición contraria sería casi que ingenuo. *Ibíd.*

Aceptado es en la mayoría de ordenamientos jurídicos que probar la relación de causalidad con un componente de certeza es prácticamente e incluso ontológicamente imposible, puesto que tal como lo acepta el Consejo de Estado:

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”, que permitían tenerla por establecida²⁸⁷.
(Subrayado fuera de texto).

En múltiples sentencias, se ha dejado establecido –como un dicho de paso de las mismas- que el nexo de causalidad debe ser fijado en un grado de consideración como probable, pero en ningún apartado jurisprudencial se ha encontrado explicación acerca de cómo debe fijarse la convicción lógica del juez para que la prueba de causalidad alcance el grado de probable, es decir, la jurisprudencia obvia el tema dejándolo al completo entendimiento y su arbitrio la determinación de la relación causal.

Esta situación se hace patente en la responsabilidad médica en donde, de la misma manera se ha pronunciado el Consejo de Estado:

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional [médica], no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar

²⁸⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Radicado No: 2017814. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad²⁸⁸”. (Subrayado fuera de texto).

Por tanto, se encuentra que aunque se recurre a al término de probabilidad, pero en ninguno de los apartados jurisprudenciales se hace referencia a los criterios probatorios para llegar a un grado de probabilidad fehaciente, y al contrario la única precisión que se hace, es la de determinar esa probabilidad con base a los elementos probatorio suministrados, como si ya esta premisa no fuera básica, pues mal haría cualquier juez de la república con fallar con base en sus conocimientos privados o de causa de los hechos.

Por consiguiente, ese término no resulta una mera apreciación teórica sin importancia, pues desconoce la jurisprudencia, que los novedosos avances teóricos doctrinarios sobre la prueba de la relación de causalidad se encuentran basados principalmente sobre la probabilidad de la existencia del mismo. En razón a lo anterior se intentará transpolar algunos planteamientos teóricos desarrollados – sobre todo en la doctrina anglosajona y española- de la probabilidad como criterio judicial a la prueba de la relación de causalidad en materia de responsabilidad médica.

3.3. LA PROBABILIDAD COMO CONSTRUCTO TEÓRICO QUE PERMITE LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD.

La probabilidad como un elemento teórico para probar la relación causal se ha venido tratando en realidad desde hace poco tiempo y parte de los postulados

²⁸⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 03 de mayo de 1999. Exp. 11169. C.P: Ricardo Hoyos Duque.

teóricos propuestos por algunos filósofos del derecho²⁸⁹, que se han preocupado por la escases de herramientas epistemológicas que puedan servir al juez de base para emitir una decisión.

En ese sentido, se han apoyado en la probabilidad, un término que si bien es bastante mencionado, cuando de atribuir causalidad se trata, este no se ha desarrollado, con excepción del test de la pérdida de oportunidad, en tratándose en el sentido de determinar causalidad y no como un daño autónomo.

Siendo así partiremos de los problemas que presenta que presenta la probabilidad, entendiendo está, como una criterio de análisis judicial el cual atiende a los elementos probatorios aportados al proceso, de los cuales infiere una probable existencia de la relación de causalidad²⁹⁰.

3.3.1. Crítica a la probabilidad numérica o estadística. Esta crítica se basa principalmente en la imposibilidad de establecer criterios numéricos en la probabilidad de la prueba de la relación causal, pues el razonamiento sobre el cual se debe extraer dicha cuantificación resulta imposible de determinar en los casos específicos.

Aunque se pueden utilizar causalidades generales del tipo estadístico²⁹¹ para determinar ciertos aspectos de un caso en específico, lo cierto es que no se pueden utilizar como criterio pues lo único que muestran es una suerte frecuencias entre sucesos y nada acerca de hechos individuales²⁹², en palabras de Ferrer: “cuando la

²⁸⁹ Para un recuento de las ideas trasladadas de algunos doctrinantes anglosajones al derecho continental del *civil law*. Véase. LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica. Trad. VÁZQUEZ, Carmen y AGUILERA, Edgar. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2013.

²⁹⁰ FERRER, Jordi. La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil. En: PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2014. Págs. 215-254.

²⁹¹ Estas causalidades del tipo estadístico son contrarias a las causalidades generales de tipo determinístico, ya que para estas últimas es necesario que la comprobación de la ley de regularidad o cobertura se encuentre probada en un 100%, situación que no ocurre sino en pocos campos de la ciencia, que en materia judicial únicamente acepte como regla científica o criterio científico determinístico la prueba de ADN. Cfr. TARUFO, Michelle. Op. Cit.

²⁹² FERRER, Jordi. Valoración racional de la prueba. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2007. Pág. 102.

probabilidad se aplica a la frecuencia con la que sucede un cierto tipo de evento, de ella no puede inferirse nada sobre la ocurrencia o no de un determinado evento específico en un momento y espacio determinado”²⁹³.

Para ilustrar este punto se abordará un ejemplo: la probabilidad de que a un paciente que tiene los ojos azules, lleve camisa manga corta y padezca de gangrena en un pie, se le ampute el pie que tiene sano es ínfima, pero esto no dice nada de la probabilidad que tiene pedro, quién sufre de gangrena en uno de sus pies y tiene los ojos azules, e incluso si lleva camisa manga corta²⁹⁴.

Es decir, no se le puede atribuir en un caso específico una generalización causal que, por ejemplo, que tal medio probatorio hace probable la existencia del nexo causal en 7%, 8%, o 9%, porque no existe una tabla en el derecho que asigne esos valores un medio de prueba en específico toda vez que en la mayoría de ordenamiento jurídicos se maneja el estándar de valoración probatoria libre.

Esta misma crítica la sufre la pérdida de la oportunidad puesto que con base en un criterio numérico espera llegar una indeterminada probabilidad, puesto que no cuenta con fundamento razonable para cuantificar los medios probatorios.

3.3.2. La probabilidad como criterio lógico. Este criterio es desarrollado por la reticencia de los operadores judiciales a asignar probabilidades a un determinado medio probatorio, puesto que se consideraba que dicha asignación correspondía a valores numéricos, que como se expuso eran imposibles de aplicar. En razón a esto, el método lógico eliminativo²⁹⁵ puede ser el adecuado para la valoración de la existencia del nexo de causalidad.

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ El ejemplo es una modificación del propuesto por Ferrer. *Ibíd.*

²⁹⁵ *Ibíd.* La idea original de Ferrer, era el de un modelo lógico inductivo, el cual consideramos no es el único pues olvida el modelo de abducción, pero dicha distinción no tiene nada de relevante, dado que solo busca

Este criterio no admite probabilidad numérica, sin embargo, ello no significa que plano sea rechazada la graduación del soporte inductivo de cada hipótesis, es decir, de la graduación de la inferencia o corroboración desprendida de cada medio probatorio.

En palabras de Ferrer: “Lo que se pretende medir no es una frecuencia relativa ni tampoco la fortaleza de nuestras creencias subjetivas en la verdad o falsedad de una proposición, sino la fiabilidad de la inferencia que va de una proposición a otra en contextos donde no la puede garantizar la lógica deductiva [de reglas generales]”²⁹⁶.

Este criterio procede de la siguiente manera: se inicia “imaginariamente” en una escala en las hipótesis planteadas en la demanda y su contestación son expuestas, por ejemplo: i) hipótesis del demandante: “el cirujano D dejó una gasa en el interior de mi intestino grueso lo que me produjo un daño en el mismo”; ii) hipótesis del demandado: “lo que se encontró en el cuerpo del paciente A es un bezoar y no una gasa”.

Teniendo ambas hipótesis se planteará que son probables, en el inicio del proceso, en un nivel de 0, posteriormente como cada actor del proceso deberá allegar su material probatorio, se analizará cada uno de ellos y el censor intentará “falsear” cada uno de estos, en otras palabras, el juez al recibir el material probatorio y analizará cada elemento mediante la medición de su contrastación y fiabilidad. Así por ejemplo, en el caso mencionado anteriormente, y dada la situación que se alleguen dos informes periciales en donde se apoyen tanto una hipótesis como la otra, se deberán contrastar y encontrar las divergencias, para lo cual si el juez mediante su deducción encuentra algún informe más probable que otro establezca la razón de haber dado un alto grado de probabilidad al que considero suficiente, o

comparar los hechos y las pruebas e inferir de allí un conocimiento. Cfr. GONZÁLES LAIGER, Daniel. Argumentación y prueba judicial. En: Estudios sobre la prueba. México. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1971/6.pdf>

²⁹⁶ Ferrer, Jorid. Valoración racional de la prueba. Op. Cit. P. 165.

en caso contrario solicite él un informe pericial extra que dé cuenta de esas diferencias²⁹⁷.

3.3.3. Las inferencias de la prueba son probabilísticas. El método de inferencia es relevante, puesto que resulta ser el adecuado a través del cual se puede desarrollar el criterio de probabilidad en el sentido lógico y no numérico. En lo atinente a las inferencias que necesariamente pueblan todos los procesos judiciales, pues a pesar de allegar al proceso pruebas directas acerca de las hipótesis efectuadas en la demanda, lo cierto es que el juez no puede más que de esos elementos abstraer una inferencia que necesariamente será probabilística²⁹⁸.

La doctrina establece cinco razones por las cuales se consideran las inferencias como probabilísticas, a saber: i) la evidencia es siempre incompleta; ii) la evidencia suele no ser concluyente, pues resulta compatible con varias hipótesis; iii) con frecuencia resulta ambigua; iv) puede ser disonante, favorece hipótesis que ni siquiera se plantearon en el proceso, y; v) las fuentes de información tienen distintos grados de fiabilidad y nunca son perfectamente confiables²⁹⁹.

Estas inferencias, basadas en el principio de libre apreciación probatoria, necesariamente tienen que ir atadas unos parámetros de razonabilidad y buen juicio, sin que se extienda hasta la arbitrariedad y la irracionalidad, puesto que el mismo se tiene que realizar mediante la capacidad sensorial, es decir, se abstraerá el conocimiento a través de los sentidos, pero al ser esta capacidad de los órganos de los sentidos similares en toda nuestra especie, se crea una situación de

²⁹⁷ Esta valoración individual de la prueba, que resulta imprescindible para posteriormente realizar una valoración conjunta. *Ibíd.*

²⁹⁸ A pesar de haber expresado en anteriores apartados que la función de la prueba es el convencimiento del juez, lo cierto es que este grado de certeza es imposible de alcanzar, por lo que el convencimiento no sería más que una certeza psicológica pero en el plano jurídico necesariamente es probable.

²⁹⁹ PAPAYANNIS, Diego. Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad. *En*: PAPAYANNIS, Diego. Op. Cit. Pág. 139-182

intersubjetividad, por lo cual, una percepción desviada sería fácilmente controlable por el grueso de la cultura³⁰⁰.

Aunque un exceso de subjetividad puede no ser recomendable para el derecho, este no sería mayor problema si se exigiese una argumentación sólida con base en la inferencia del criterio probabilístico. Razón por la cual será necesario brindar ciertos requisitos para aplicar la inferencia en un determinado medio probatorio para asumir cierto grado de probabilidad.

3.4. REQUISITOS DEL CRITERIO PROBABILÍSTICO DE CAUSALIDAD

Con el fin de no hacer simplemente una exposición teórica suficiente acerca del criterio de probabilidad que llene el vacío argumentativo en las sentencias respecto de la prueba de causalidad en la responsabilidad médica, se expresarán algunos ítems a tener en cuenta y que servirán de herramienta al juez en el momento de determinar el grado de probabilidad de una hipótesis.

3.4.1. Fiabilidad de los hechos. Por fiabilidad en el derecho debe entenderse la manera en que el conocimiento de estos hechos ha llegado al censor, pues si llegaron por medio de la observación directa de los mismos, deben estarse ceñidos a las reglas de experiencia y la sana crítica; mientras que si llegaron a través de un medio probatorio, por ejemplo una prueba de ADN será una confirmación completamente fiable. No ocurre lo mismo con otras pruebas de tipo científico o dictámenes periciales dado que no existe otro método corroborado (diferente a la

³⁰⁰ GONZÁLES LAIGER, Daniel. Op. Cit.

prueba de ADN) por las ciencias forenses que sea completamente aceptado, por lo que el juez debe igualmente analizar los dictámenes con cierta criticidad³⁰¹.

Por último también hay que mencionar la inferencia, pues si un hecho se infiere de un medio probatorio, Por ejemplo, si al paciente se le encuentra un bisturí quirúrgico en el abdomen días después de una operación, lo que se puede inferir es que fue producto de la misma operación, en donde el galeno dejó olvidado este instrumento, porque un elemento de este tipo, tiene la particularidad que no puede durar un largo tiempo en el cuerpo sin producir daños que se delatan a través de los síntomas. La fiabilidad de las inferencias será mayor cuanto menor es la cadena de inferencias³⁰².

3.4.2 variedad de los hechos. Este criterio es primordial para el criterio probabilístico toda vez que al existir una serie de hecho variables se pueden eliminar otras hipótesis ayudando a determinar la probabilidad mediante la lógica eliminativa antes descrita³⁰³. Por ejemplo, cuando decimos que una persona murió debido a las complicaciones que presento por un supuesto exceso en la droga anestésica que se le había suministrado, pero además agregamos que al paciente nunca se le hicieron las pruebas de alergia pertinentes, ya tenemos un hecho que elimina otras hipótesis e incrementa la probabilidad de la hipótesis del daño por un suministro inadecuado de anestesia.

³⁰¹ TARUFFO, Michele. La prueba pericial. En: Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal. (XXIV:2014: Panamá). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ATsOrmD58IM>.

³⁰² GONZÁLES LAIGER, Daniel. Op.Cit.

³⁰³ Ibíd.

3.4.3. Cobijados bajo una ley general. Los hechos ocurren en una secuencia que puede suele llamarse como ley de cobertura³⁰⁴ o regularidad, que unen dos hechos generales. Ahora bien, esta ley de cobertura no representa una certeza de la causalidad, puede ayudar a aumentar la probabilidad en un caso específico, pues una causalidad específica puede subsumirse en una general y no al revés.³⁰⁵

Como se ha mencionado, esta reglas de la experiencia generales o abstractas deben ser estudiadas con suprema atención a fin de evitar prejuicios o pseudociencias (ciencias “basuras”³⁰⁶). Como lo expone la profesora Gascón: “Así, el grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria es mayor cuando las máximas de la experiencia constituyen reglas científicas [mayormente aceptadas] o vulgarizaciones de conocimiento ampliamente confirmados”³⁰⁷, o que no existan otras reglas generales con mayor sustento o fundamento científico que ratifique la hipótesis contraria.

Por ejemplo, ocurre que se le administra penicilina a Pedro, quien es alérgico a dicho medicamento, y producto de una anafilaxia, Pedro muere. En este caso, existe una relación específica entre la administración de penicilina y la muerte de Pedro; así mismo, existe una ley de cobertura general que planteaba que la administración de penicilina a personas alérgicas puede producir la anafilaxia y posteriormente la muerte. En este caso se subsume la relación causal específica –la muerte de Pedro- en la de cobertura –general-, lo que sirve de apoyo en aumentar la probabilidad de la existencia causal.

³⁰⁴ TARUFFO, MICHELE. La prueba. Op. Cit.

³⁰⁵ FERRER, Jordi. Op. Cit.

³⁰⁶ TARUFFO, MICHELE. La prueba pericial. Op. Cit.

³⁰⁷ GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de las pruebas. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 1999. Pág. 180.

3.4.4. Anormalidad o Adecuación. La anormalidad es un criterio expuesto desde hace algunos en la doctrina anglosajona³⁰⁸, que de hecho se utiliza actualmente en el test de la causalidad adecuada, en donde se considera la causa del daño, aquel evento que normalmente ayude a producirlo, o en el análisis de su contrafáctico aquel evento que dada su presencia anormal en la cadena causal ha producido el daño.

Por ejemplo, en un hospital un exceso en la oxigenación a un recién nacido le causa problemas de ceguera. Utilizando este criterio se determinará que la presencia anormal del suministro en el exceso de oxígeno del recién nacido ha es adecuada para la producción del daño.

3.4.5. Coherencia. Este criterio que parece básico puede resultar se esencial en el análisis de probabilidad de la causalidad, pues presta atención a la lógica de las inferencias pues estas deben ser coherente con el postulado que intentan corroborar internamente, y ser congruentes con el resto de material probatorio que se ha hecho allegado al proceso. Siendo así, que el nexo se explica de forma más creíble que otra hipótesis de causalidad³⁰⁹.

Por ejemplo, en el caso que se pretenda probar que el paciente murió debido a una enfermedad no diagnosticada, la cual no aparece en la prueba documental de la historia clínica, no puede ser un criterio coherente de aumento de probabilidad puesto que de la historia clínica no se puede inferir de manera lógica una enfermedad diferente a la diagnosticada, lo que llevaría a concluir que la muerte del paciente es otra.

³⁰⁸ Este criterio es desarrolla por el conocido doctrinante anglosajón Honoré para determinar la relevancia jurídica de la causa. HONORÉ, Anthony. Op. Cit.

³⁰⁹ FERRER, Jordi. Valoración racional de la prueba. Op. Cit.

3.5. LA FUNCIÓN DE LOS CRITERIOS

El criterio probabilístico expuesto, sumado a los requisitos que se deben tener en cuenta para su aplicación, el mismo resulta viable en la responsabilidad médica, toda vez que dotan al juzgador de herramientas epistemológicas para determinar la existencia de la relación de causalidad. Si bien, pueden resultar para algunos extraño apoyarse en este tipo de criterios, lo cierto es que los jueces ya se encuentran utilizando criterios similares que aunque silenciosos y camuflados en un aparente test jurídico utilizan para resolver sus fallos.

Nada menos coherente, que por ejemplo, fallar diciendo que se va a utilizar la teoría de la causalidad adecuada o la imputación objetiva y terminar utilizando inferencias a partir de indicios que no es otra cosa que un criterio epistemológico camuflado.

En ese sentido, esta propuesta se presenta como una guía en parte práctica y en parte teórica para solucionar los problemas de determinación causal por parte de los jueces. Es de advertir que un fallo judicial podría sustentarse en este tipo de criterios que también forman parte del espectro del derecho, que permiten la valoración judicial de la prueba en parte con la sana crítica y las máximas de la experiencia, sitio dentro del cual podría ubicarse el criterio de probabilidad en la determinación causal.

Para finalizar, es de advertir que esta teoría no soluciona todos los posibles problemas que representa probar una relación de causalidad en cualquier ámbito; además los requisitos que se exponen no son una camisa de fuerza para el juez, puesto que simplemente actuarían como una guía de su razonamiento con el fin de evitar el exceso de subjetivismo y la arbitrariedad. En síntesis, su aplicación si podría ayudar a seguir avanzando en el descubrimiento de nuevos criterios para establecer la relación causal en esta área del conocimiento.

4. CONCLUSIONES

El nexo de causalidad al no formar parte del mundo empírico, dado que es un constructo teórico propio del razonamiento humano, escapa al simple análisis externo de los sentidos, lo que problematiza su determinación, y a su vez, conlleva a crear cierto halo de inseguridad sobre el censor, que se da a la tarea de reconocerlo en un área de amplia complejidad como lo es la responsabilidad médica.

En búsqueda de aportar un poco claridad en el presente tema, se optó por tomar la siguiente ruta de investigación.

Mediante el estudio del primer capítulo se abordaron las nociones básicas acerca de la responsabilidad en general, y la responsabilidad médica, en particular. Desde este apartado, se hizo importante determinar el tipo de responsabilidad que cobija

el actuar médico, esto es, si la responsabilidad médica se ubica dentro del campo de la responsabilidad contractual o si al contrario encuentra asidero en la responsabilidad extracontractual.

Una vez expuestos los postulados teóricos que respaldan a cada una las tesis, optamos escindirnos de estas corrientes que no aportan nada relevante al tema y se enfrascan en una discusión decimonónica sin importancia real; razón por la cual, se plantea que la responsabilidad médica como un subsistema de responsabilidad exponiendo los argumentos para dicha conclusión.

Hecha esta determinación, se finaliza el primer apartado analizando los elementos básicos que sirven de sustento determinar la responsabilidad de los galenos, estos son, la culpa y el daño, puesto que el nexo sería el objeto a tratar en el siguiente capítulo.

En el segundo apartado, el cual corresponde al grueso de nuestra investigación, en un primer momento se esboza una suerte de antecedente histórico en el que se destaca la importancia del nexo causal para cualquier ciencia. Igualmente abordamos el complejo tema de la división de la causalidad en fáctica y jurídica, exponiendo los postulados que defienden esta no tan antigua partición. Sin embargo, en este trabajo de investigación decidimos dar eco a los recientes planteamientos en torno a la causalidad en el derecho, optando por escoger para el presente trabajo de investigación la novísima, pero bien sustentada teoría que unifica la causalidad, esta es, la conocida como “causalidad jurídicamente relevante”. Acoger este planteamiento teórico permite observar con mayor claridad la manera en que el proceso judicial se desarrolla al interior de los tribunales, en donde, dicha división no surtía ningún aporte al juez en el análisis probatorio.

Así mismo, haber acogido lo postulados de unificación de la causalidad, permite tratar a profundidad, y sin lugar a divisiones inocuas, las más importantes teorías utilizadas para determinar la causalidad, incluyendo la mayoría de problemas referentes a la relación de causalidad desde el punto de vista de la responsabilidad de los profesionales de la medicina.

Finalmente, nos adentramos al estudio de los medios probatorios, destacándose los criterios doctrinales de aligeramiento probatorio que han sido herramienta para la jurisprudencia nacional, en donde determinamos que el nexo de causalidad resulta prácticamente imposible de establecer con certeza, por lo que siempre se ha acudido a satisfacer la prueba del mismo con la probabilidad de su existencia.

Por lo tanto, en el último apartado se expone a título de propuesta un mínimo aporte a la teoría de la prueba del nexo causal, con una acepción o profundización en el área de la responsabilidad médica.

Este criterio propuesto por la epistemología jurídica, es sintetizado y acoplado a la realidad jurídica en la responsabilidad de los profesionales de la salud, brindado una herramienta más a los jueces para que en medio de un juicio en donde no se logró establecer con claridad el nexo causal, se pueda dar por probada esta relación con base en la probabilidad, pero no cualquier intuición de existencia, sino una probabilidad que cumpla con ciertos requisitos y supere el examen intersubjetivo de otro tribunal. Por esta razón, la investigación se redirigió hacia un aporte teórico que pretende ayudar a soportar, en primera medida la inadecuada distinción entre causalidad fáctica y jurídica que es complicada en la teoría y no aporta mucho en la jurisprudencia³¹⁰.

Con todo, se encontró que la jurisprudencia en nuestro país, en lo referente a la determinación de la relación de causalidad en la responsabilidad médica no dista más allá de utilizar figuras teóricas de difícil aplicación, lo que ha conllevado a basar la discusión judicial en los problemas propios de los doctrinantes, como por ejemplo el tipo de teoría causal a aplicar, el criterio de aligeramiento a tener en cuenta, entre otros.

Estas discusiones si bien enriquecen el debate teórico-jurídico no deberían de interesar en mayor medida a los tribunales puesto que la función de aplicar el derecho a la realidad debe hacerse por cuestiones de eficiencia en el menor tiempo posible, lo que produce en la mayoría de las situaciones una ausencia de completo material probatorio.

Ausencia probatorio que se hace notoria en las sentencias judiciales de los altos tribunales, por lo que se destaca con necesidad apremiante que los jueces accedan a una herramienta que haga más sencillas las inferencias que realizan en el trámite procesal, sin tener que camuflarlas en cientos de palabras producto de teorías en desuso, puesto que, en definitiva, la relación causal en el ámbito de la responsabilidad médica se toma con atención a una alta probabilidad de existencia, pero nunca con completa certeza.

En vista de esta necesidad, se ha intentado brindar un mínimo de requisitos con base en un criterio de probabilidad que actúan principalmente como una especie de

³¹⁰ Bárcena Zubieta, considera que la única función de esta distinción es la justificación de la decisión judicial. BÁRCENA ZUBIETA, Arturo. Op. Cit.

recomendación de los análisis judiciales, y no busca reemplazar alguna teoría aplicada en la jurisprudencia hasta el momento, puesto que el interés en su propuesta es más práctico que mediático.

A pesar de que este criterio propuesto, resulta de un análisis elaborado, por sobre todo, desde la filosofía del derecho, este no debe confundirse con una exposición etérea de premisas, pues de hace algún tiempo esta área del derecho se ha hecho relevante, puesto que ha vertido su interés en otras áreas más prácticas de la ciencia jurídica, buscando dar soluciones jurídicas en los sitios en donde la interpretación normativa no llega.

Para finalizar, solo nos queda agregar que aún existen algunas falencias en las posturas propuestas en el último apartado, pero creemos firmemente que con un poco más de desarrollo esta contribución conllevará a que este criterio se pueda utilizar en la práctica judicial en alguna medida.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO MORENO, Luz. La teoría de la causalidad aristotélica: una aportación a la biología contemporánea. En: Revista Eikasía. Enero 2014

ACOSTA MADIEDO, Carolina Deik. Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. En: Revista de Derecho Privado. Junio de 2010. No. 43

ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil; edición, traducción y notas de Leysser León. Lima Jurista Editores. 2006.

ARIZA FORTICH, Alma. La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En: Vniversitas. 2013. No. 126. p. 15-37.

BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad. En: PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2014. Págs. 183-214.

BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo. La Causalidad en el derecho de daños. Trabajo de grado Doctor en Turismo, Derecho y Empresa. Girona. Universidad de Girona. 2012.

BARRÍA DÍAZ, Rodrigo. La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo. *Ius et praxis*. Vol. 20 No. 2. 2014. Tomado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200008

BULLARD G., Alfredo. Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil En: Themis 50. Disponible en: <file:///D:/INFORMACION/Documents/Marlon/DERECHO/Tesis/Documentos%20tesis/Sentencias/Dialnet-CuandoLasCosasHablan-5110783.pdf>

CARNELUTTI, Francisco. La prueba civil. 2 ed. Buenos Aires. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Depalma. 2000.

CÓDIGO DE HAMMURABI, Rey de Babilonia, año 2394 a.c. Tomado de: <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf> el 07/03/2016.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 57 (15 de abril de 1887) Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Por la cual se adopta el Código Civil Colombiano.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 (12 de julio de 2012) Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. D.C. No. 48.489.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU254 del 24 de abril de 2013. M.P. Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 25 de Octubre de 1999. Exp. 5012. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 212 del 19 de noviembre de 2002. M.P. Dr Jorge Santos Ballesteros.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. Dr. Jose Fernando Ramírez Gómez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de abril de 1968. M.P. Dr. Fernando Hinestrosa.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de los Negocios Generales. Sentencia del 14 de marzo de 1942. G. J. N° 1981

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1959. M.P. Hernando Morales M.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1986. M.P. Héctor Gómez Uribe.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de marzo de 1940. M.P. Dr. Liborio Escollón.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 1985. M.P. Dr. Horacio Montoya Gil.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de mayo de 2005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Exp. 6.878. M.P. Dr.: Jorge Santos Ballesteros.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 15 de enero de 2008. M.P: Edgardo Villamil Portilla. Radicado No. 11001-3103-037-2000-67300-01

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 20 de junio de 2016. M.P: Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicado No: 11001-31-03-039-2003-00546-01

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2007. Rad. 27.388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 enero 2001. Exp. 5507. M.P. José F. Ramírez Gómez

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 41001 3103 004 2000 00042 01. M.P: Pedro Octavio Munar Cadena.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación de civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01. M.P: William Namén Varga;

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 02 de septiembre de 2014. Exp. 11001-31-03-029-2008-00469-01. M.P: Fernando Giraldo Gutiérrez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Exp. 15746-2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 01 de noviembre del 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 1997-00967 de 08 de abril de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 19 de 2000. Radicación No. 11.842. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 28 de 2015. C. P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 24 de 1990. Radicación No. 5902. C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de septiembre de 2016. M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. C.P. Daniel Suarez Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Estela Correa.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 1994.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de agosto de 2000.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2011.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sentencia 11090 del 22 de noviembre de 2001. Radicado. 11090., M.P. Ricardo Hoyos Duque

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2005. Radicación número: 14699. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 11 de diciembre de 2002 Radicado No. 13818. C.P: María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. Radicado No.14438. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Radicado No: 2017814. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2014. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No: 2005920;

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2014. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No: 2005975;

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2014. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No: 2005969.

COLOMBIA. Consejo De Estado. Sección tercera. Subsección C. Rad. 29.913. Sentencia del 14 de mayo de 2014. C.P.: Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. C.P: Enrique Gil Botero. Radicado: 18364

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Rad. 15.567. C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2012. Rad. 18274. C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 1 de junio de 2004. Exp. 14696. C.P. Alier Hernández Enríquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897. C.P. Alier Hernández Enríquez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Rad. 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 03 de mayo de 1999. Exp. 11169. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 09 de octubre de 2014. Exp. 02464 C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 15772. C.P. Ruth Stella Correa.

COLOMBIA. Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 1992. Exp. 7221. C.P. Julio César Uribe Acosta.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 38738. C.P: Hernán Andrade Rincón.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014. Exp. 13709. C.P. Hernán Andrade Rincón.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 25 de agosto de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Radicado No: 2017814. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 03 de mayo de 1999. Exp. 11169. C.P: Ricardo Hoyos Duque.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ. Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid. Ed. Civitas. 1995

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la imputación objetiva y otros extremos. Edit. Thomson-Civitas. Navarra. 2014.

DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo. Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba. Madrid. Civitas.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. Madrid. Civitas. 3 ed. 1993

DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona. Ed. Bosch. 1970.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. 6 ed. Bogotá. D.C. Ed. Temis. Tomo I. 2012

DÍAZ REGAÑÓN, GARCÍA ALCALÁ, Calixto. Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Granada. Ed. Comares. 2006.

DÍEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN. Fundamentos de derecho civil patrimonial. Madrid. Editorial Thomson. Tomo V. 2007.

DÍEZ PICASO, Luis. La culpa y riesgo de la responsabilidad civil extracontractual. Madrid. UAM. 2000. Pág. 153. Tomado de: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf>

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. 2da. Ed. Ed. Lex Nova. 2007.

DUQUE OSORIO, Alberto León. Tema de prueba en la responsabilidad médica. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2014.

EL PAÍS [En línea]. (17 de mar. De 2012). Disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/california/noticias/fallas-medicas-aumentaron-45-en-pais>. Citado el 30 de abril de 2016.

ESPAÑA. Tribunal Superior. Sentencia del 20 de abril de 2005.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia del 26 de enero de 2007. [RJ 1873]. MP: Clemente Auger Liñán.

Estudios sobre la prueba. México. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1971/6.pdf>

FABRA ZAMORA, Jorge. Estado del arte de la responsabilidad extracontractual. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá. Editores Carlos Bernal Pulido, Jorge Fabra Zamora. 2013.

FEDELI, Paolo. Estrategias retóricas en el pro Milone de Cicerón. Auster (4), 95-109. . 1999. En: Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2754/pr.2754.pd

FERNÁNDEZ, Mónica Lucia. La Responsabilidad Médica, Problemas Actuales. Ed. Ibáñez. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid. Ed. Trotta. 1995.

FERRER, Jordi. La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil. En: PAPAYANNIS, Diego. Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2014. Págs. 215-254.

FERRER, Jordi. Valoración racional de la prueba. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2007.

FRANCIA. Consejo de Estado. ASS. 24 de noviembre de 1961

FRANCIA. Consejo de Estado. Sección del Contencioso. Sesión del 7 de diciembre de 2007. Núm. 289.328. Centro Hospitalario de Vienne

GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. 4 ed. Pamplona. Ed. Civitas-Thomso-Reuters... 2014.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá. Editores Carlos Bernal Pulido, Jorge Fabra Zamora. 2013.

GARCÍA RIPOLL MONTIJANO. Martín. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables. Granada. Ed. Comares. 2008.

GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de las pruebas. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 1999.

GIL BOTERO, Enrique. La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: FABRA ZAMORA. La filosofía de la

responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Cursos causales irregulares e imputación objetiva. Buenos Aires. B de F. 2011.

GIRALDO, Luis Felipe. La relación de causalidad en los procesos de responsabilidad civil médica profesional. Revista Médico Legal. No. 1. 2009.

GOLDENBERG, Isidoro H. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1984

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Consultado en: http://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n

HENAO, Juan Carlos. El daño. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 5ª reimpresión. 2005.

HENRY, Jhon. Isaac newton y el problema de la acción a distancia. Universidad de Edimburgo. Pp.189-226. Tomado de: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudios_de_filosofia/article/view/12759/11498

HONORÉ, Anthony. La Causalidad en el derecho. p. 1488. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/21.pdf>

HONORÉ, Anthony. La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual.

ITURRASPE MOSSET, Jorge. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Revista latinoamericana de derecho. Año I. Ene-Jun. 2004. Pág. 357-380. Tomado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art9.pdf>

JAKOBS, Günter. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá D.C. Ed. Universidad Externado de Colombia. Trad. Manuel Cancino. 1998.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2007.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Barcelona. Ed. Ariel. 1991.

KONRARD ADENAUER Stiftung. Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Uruguay. Trad. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Ed. Fundación Konrard Adenaur. 2006. Tomado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf.

KOTEICH, Milagros. Responsabilidad contractual y aquiliana, Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación. En: Estudios de Derecho Civil. 2003. Vol. II. p. 175-192.

LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica. Trad. VÁZQUEZ, Carmen y AGUILERA, Edgar. Madrid. Ed. Marcial Ponds. 2013.

LARROUCAU TORRES, Jorge. ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? Tomado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200003

LEIVA RAMÍREZ, Eric. El nexos causal en la responsabilidad médica del Estado según la jurisprudencia del Consejo de Estado (1999-2011). Revista de derecho público. Ene-Jun. 2013. No. 30. p. 12. Tomado de: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho/pub/pub363.pdf

LEY IX, Título XV, Partida VII Tomado de: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/01fb8a30-82b2-11df-acc7-002185ce6064_640.htm el 07/03/2016.

LE TOURNEAU, Phillippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. 3 ed. Colombia. Legis. 2010.

LLAMBÍAS, Jorge. El Derecho no es una física de las acciones humanas. En: Revista la Ley. Vol 107. Buenos Aires, 2009

LOPEZ HERRERA, Edgardo. Introducción a la Responsabilidad Civil. Consultado en: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> el 05/03/2016.

LOPEZ HERRERA, Edgardo. Manual de Responsabilidad Civil. Bogotá. Ed. Abeledo Perrot. 2012.

LUNA YERGA, Álvaro. Comentario a la STS de 31 de enero de 2003 En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Vol. 62. 2003. Págs. 655-672

LUNA YERGA. Álvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad. Madrid. Ed. Thomson-Civitas. 2004.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel. La evolución del derecho de daños. En: Jornada sobre Derecho de Daños (12 de diciembre de 1991, Barcelona). Ponencias y coloquios. Barcelona. Bosch Casa Editorial, 1992.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual. 11 ed. Bogotá. Temis. 2003

MAZEAUD Henri y León; TUNC André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. trad. de Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires. Ejea, 1977, Tomo I.

MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de la oportunidad. Madrid. Ed. Thomson-Civita. 2007. Págs. 247-276.

MOLINA GONZÁLEZ. Héctor. Teoría general de la prueba. Revista de la facultad de derecho de la UNAM. 1978 Tomado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/109/dtr/dtr7.pdf>.

MORA, Nelson y FRANCO, Alicia. El accidente automovilístico. 2 ed. Ed Temis. 1989.

NAVARRO MICHEL. Mónica. Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario. En: Anuario de derecho civil. Vol. 56. No. 3. 2003. Pág. 1198. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-30119701230_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sobre_la_aplicaci%F3n_de_la_regla_res_ipsa_loquitur_en_el_%E1mbito_sanitario

ORGAZ, Alfredo. La culpa en actos ilícitos. Córdoba. Ed. Marcos Lerner. 1981.

PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños. Bogotá. Leyer. 2015. Tomos I, II y III

PAPAYANNIS, Diego M. El enfoque económico del derecho de daños. En: DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. 2009. No. 32. p. 459-496.

PARRA SEPÚLVEDA. Darío. La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa. Trabajo de grado para optar al título de Doctor en Derecho. España. Universidad Carlos III. 2014.

PATIÑO, Hector. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. En: Revista de Derecho Privado. Enero-Junio de 2011. No. 20. p. 371-398.

PECZENIK, Aleksander y HAGE, Jaap. Conocimiento jurídico ¿sobre qué? Bogotá. Doxa. No. 22. 1999.

PIROTA, Martín Diego y CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo. Métodos o sistemas para la unificación de la jurisprudencia contradictoria. Tomado del sitio web: www.mertindiegopirola.com.ar

PIZARRO, Daniel. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual, tomo I. Bogotá: Ed. La ley, 2006.

POPPER, Karl R. La lógica de la investigación científica. Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1980. p. 293 y ss.

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. 2ª ed. México. Fondo de Cultura Económica. 2007.

PRÉVOT, Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. En: Revista Chilena de Derecho Privado. Diciembre de 2010. Vol 15. Pág. 143-178.

PRÉVOT, Juan Manuel. La obligación de seguridad. 2 ed. Bogotá. Temis. 2012.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. Editorial Arazandi, S.A. 2002.

ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Vniversitas*. 2014. No. 129. p. 187-235. Tomado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>.

ROSENKRANTZ, Carlos. Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual. En: La filosofía de la responsabilidad civil, estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual

RUSSELL, Bertrand. Los problemas de la filosofía. Tomado de: http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsh/LIBROS%2014/Los_problemas_de_la_filosofia_B_Russell.pdf

SAAVEDRA MADRID, Cesar Augusto. La indemnización del Daño No Patrimonial. 1 edición. Bogotá D.C. Ed. Leyer. 2007.

SANCHEZ GARCÍA, Marta María. El daño desproporcionado. *CESCO*. No. 8. 2013. Págs. 240-248. Tomado de: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/viewFile/417/359>.

SANCINETTI, Marcelo. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires. 1998

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad civil. 3a ed. Bogotá. Editorial Temis. Tomo I. 2013

SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de daños. En: *Revista de Derecho Privado*. 1963.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños. Bogotá. D.C. Ed. Doctrina y ley. 2001

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Régimen probatorio en la Responsabilidad Médica. Bogotá D.C. Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2012.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. 2a ed. Bogotá. Legis Editores. Tomo I. 2003

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización. Bogotá. Editorial Temis. 1999. Tomo IV

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 2 Ed. Colombia. 2007. Tomo I y II.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2005.

TARUFFO, Michele. La prueba. Buenos Aires. Ed. Marcial Ponds. 2008.

TARUFFO, Michele. La prueba pericial. En: Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal. (XXIV: 2014: Panamá). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ATsOrmD58IM>.

TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de responsabilidad civil. 2a ed. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2011. p. 418. Tomado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>.

VINEY, Gieneviève. Tratado de Derecho Civil, Introducción a la responsabilidad. Traducción de Fernando Montoya Mateus, Universidad Externado de Colombia, 2007

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Buenos Aires. Tomo 4. Funciones y presupuestos del derecho de daños. 1999.