

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Juan Carlos García Huayama¹

Fecha de publicación: 01/07/2018

Sumario: I. Introducción. II. Teorías sobre la relación de causalidad. III. Relación de causalidad y omisión. IV. Supuestos de fractura del nexo causal. V. Flexibilización de la prueba del nexo causal.

1 Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía de Familia de Chiclayo. Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Piura. Cursa estudios de Doctorado en Derecho Civil y Empresarial en la Universidad de Piura-UDEP.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los elementos que estructuran la responsabilidad civil se encuentra la relación de causalidad. Este requisito tiene una función doble: indica “quién” es el autor o responsable del daño y, establece “hasta dónde” corresponde resarcir.

La relación de causa a efecto que debe existir entre el comportamiento del agente y el daño acontecido, es indispensable a efecto que surja la obligación de resarcir. Santos Briz, al respecto sostiene: “Uno de los requisitos esenciales para que proceda la indemnización de daños tanto a consecuencia de infracción contractual como extracontractual es la relación o nexo causal entre el hecho que se estima productor del daño y éste, es decir, que haya una relación de causa a efecto entre uno y otro. Y para que proceda la indemnización no basta en puridad con la existencia de ese nexo causal, es preciso además la prueba del mismo”².

El análisis de la relación de causalidad a primera vista pudiera parecer sencillo de realizar; pero ante un examen minucioso queda demostrada la enorme dificultad que implica en la vida normal, determinar exactamente cuál ha sido la causa material de un daño concreto³, como sucede en muchos casos de responsabilidad civil médica, donde se evidencia una multiplicidad de acontecimientos que pueden ocasionar daños al paciente, que inclusive pueden ser consecuencia natural de la dolencia o lesión que motivó el tratamiento. Es más, la aludida dificultad se aprecia también en casos cotidianos como ocurre con cualquier accidente de tránsito que pueden ser el resultado del comportamiento del conductor, del peatón o de un tercero; de las condiciones atmosféricas, de un vicio del vehículo, del desnivel de la calzada, etcétera⁴.

2 SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de daños. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 213.

3 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 586.

4 LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Legis Editores S.A, 2004, p. 78. En el siguiente caso, dada la pluralidad de circunstancias concurrentes, también se aprecia dificultad para identificar la causa del daño:

Corresponderá al juez seleccionar entre esta innumerable serie de hechos para establecer cuál de ellos tiene la calidad de causa del daño. Esta tarea no es fácil, situación que se puede apreciar en el surgimiento de un innumerable conjunto de teorías que pretenden establecer a cuál de todas las condiciones se debería otorgar el rango de causa.

Es verdad que sobre el tema existen múltiples estudios, pero también es cierto que es un tema sobre el que siempre se puede decir algo más. En el presente artículo analizaremos la transformación de los principios que rigen la carga probatoria del nexo causal, principalmente ante el surgimiento de nuevos tipos de daños (vgr. Sida, daño ambiental, entre otros), donde la difícil acreditación de la causalidad conlleva a que muchas veces se frustre la indemnización pretendida; asimismo, el desarrollo tecnológico y la complejidad organizacional presente en ciertos sectores de la actividad profesional o empresarial (responsabilidad médica, daños por productos defectuosos...) conllevan que al perjudicado le resulte también particularmente difícil averiguar la causa del hecho dañoso. Esto ha llevado a afirmar que el mismo inconveniente que en algún momento significó para la víctima la prueba de la culpa del responsable, hoy en día puede darse respecto a la prueba de la relación de causalidad⁵.

II. TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Las diversas teorías causales surgieron para dar respuesta a aquellos supuestos donde no quedaba claro establecer a cuál de los diversos comportamientos correspondía otorgar la categoría de causa. Las principales teorías esbozadas son las que expongo a continuación:

2.1. Teoría de la equivalencia de condiciones (*conditio sine qua non*)

Elaborada en 1980 por el penalista alemán Maximiliano Von Buri, aparece fundada en la concepción filosófica de causa de John Stuart Mill (filósofo y economista inglés, 1806-1873).

Se le denomina como equivalencia de condiciones porque no distingue

si un hombre que es herido en el pecho con un arma de fuego, es trasladado a un nosocomio en una ambulancia que en el trayecto colisiona violentamente con un camión. Luego al llegar al hospital, el herido es atendido por un médico que se encuentra embriagado. ¿Quién responde por la muerte de esta persona: el sujeto que le disparó, quien conducía el vehículo que colisionó con la ambulancia, o el médico que lo atendió en el hospital? (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. 11° edición, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2003, p. 238).

- 5 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio de la carga probatoria”, en: *Ius Et Veritas PUCP*, N° 14, Lima, 1997, p. 83 y 84.

entre éstas. Considera que todas las condiciones son a la vez necesarias y esenciales para la producción del daño, y ninguna de ellas puede separarse de las otras sin que repercuta sobre el efecto en sí, que no puede dividirse entre las varias condiciones. Bajo esta premisa, las condiciones son equivalentes entre sí, y entre ellas el derecho no elige una determinada para considerarla como causa del efecto dañoso⁶. Entonces, si todas son condiciones del daño ostentan el mismo valor, todas son causa la causa del mismo.

El problema que surge es que se amplía de forma ilimitada el concepto de causa y, como consecuencia, también el campo de la responsabilidad, conduciendo a soluciones inaceptables toda vez que cada individuo que puso una sola de las condiciones debe responder de todo el resultado, ya que cada condición es en sí misma causa de éste. Por mínima que hubiese sido la participación en el complejo fáctico determinante del efecto, su eficacia resultaba total: sin esa participación aquél no se hubiera producido⁷.

En tal sentido, si una persona víctima de un accidente automovilístico recibió una transfusión de sangre contaminada por el virus de la denominada inmunodeficiencia adquirida o SIDA. Desde el punto de la equivalencia de las condiciones, el accidente de circulación es considerado causa de la enfermedad adquirida⁸. En otro caso, un militar fue atropellado por un auto, sufriendo aplastamiento de una pierna. La víctima, trastornada por el dolor intolerable, extrajo inmediatamente el arma de dotación y se suicidó para terminar con su sufrimiento. La Corte de Casación italiana estableció, acogiendo la teoría bajo análisis, que el conductor responsable del atropellamiento debía responder también por el suicidio del militar, en cuanto el gesto de autolesión, aunque no usual, debía considerarse de todas formas como consecuencia del atropellamiento⁹.

La teoría expuesta no admite interrupción alguna del nexo causal, para graficar esta consecuencia basta con recordar una decisión del Tribunal de

6 DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana realizada por Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1975, p. 256.

7 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9ª edición ampliada y actualizada, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1997, p. 268.

8 DIEZ – PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Civitas, Madrid, 1999, p. 335.

9 VISINTINI, Giovanna. *¿Qué es la responsabilidad civil?*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 333.

Milán que extendió la responsabilidad de una persona que había ocasionado la caída de un motociclista, también a las consecuencias que este último se había procurado, al arrojararse de una ventana de la clínica en la cual se encontraba hospitalizado, meses después, por miedo a someterse a una cirugía necesaria para limitar las secuelas del mismo accidente¹⁰.

2.2. Teoría de la causa próxima

Sostiene Bustamante Alsina¹¹ que conforme con esta postura, se califica como causa únicamente a aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se encuentra temporalmente más próxima a éste; las otras son simplemente “condiciones”.

La teoría analizada tuvo su auge en Inglaterra y halla su fundamento en un pasaje del filósofo Francis Bacon en su *Máximes of Law*, donde indica: “sería para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última sin remontar a un grado más lejano”.

Se critica a esta teoría por la superficialidad de su planteamiento: a la dificultad de establecer en muchos casos cuál ha sido la condición última de un suceso, se agrega que no siempre el antecedente cronológicamente más próximo en la cadena causal resulta ser el determinante. Veamos, si una persona dolosamente cambia un fármaco que debe suministrarse a un enfermo por una sustancia tóxica, y la enfermera, ignorando la sustitución, se la entrega al paciente enfermo y éste muere. El causante del fallecimiento, desde el punto de vista de la teoría comentada, sería la enfermera que puso la condición más próxima, mas no aquella persona que realizó el cambio del fármaco¹².

10 Idem.

11 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. Cit., p. 269.

12 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Ob. cit, p. 193. Asimismo, uno de los casos más famosos que se ocupan de este problema es el caso *Palsgraf vs. Long Island Railroad Co.*, cuyos hechos se resumen así: un hombre que cargaba un paquete envuelto en papel periódico se apresuró para subir a un tren de Long Island Railroad Co., que ya había iniciado su movimiento. En esta operación fue ayudado por dos empleados de la compañía (desde dentro y fuera del vagón), en estas circunstancias el paquete de aproximadamente treintiocho centímetros que llevaba el pasajero cayó y estalló, la razón era que el paquete contenía fuegos artificiales, pero nada de su apariencia indicaba su contenido. El choque de la explosión derribó algunas escaleras portátiles que se encontraban al otro extremo de la plataforma a varios metros de distancia. Las escaleras golpearon a Helen Palsgraf causándole lesiones, razón por la cual demandó a Long Island Railroad Co.

La falta de lógica de la teoría comentada se aprecia también en la siguiente escena: “A” realiza un foso a la una de la mañana en un lugar determinado, omitiendo colocar señas para advertir el peligro. Luego de media hora “B” convence a “C” para que fuera a dar un paseo por dicho lugar. “A” es quien indujo a “C” para que salga a dar un paseo, por tanto, sería el causante que éste cayera al foso y, por ende, debe responder. Empero, si “B” aconseja en un momento de la noche a “C” para que haga un paseo por un lugar determinado, luego de media hora “A” hace un foso en dicha zona. El desenlace se resume en que “C” cae dentro de foso, pero en este caso se considera que “A” es el causante, por tanto, debe resarcir. En ambos supuestos no se advierten diferencias en cuanto al evento que ocasionó el daño, sin embargo, la distinta respuesta -según el foso haya sido realizado antes o después de iniciar el paseo-, proclamar la insuficiencia de este criterio¹³.

2.3. La causalidad adecuada

Fue desarrollada por el fisiólogo alemán Johannes Von Kries en el año 1988. Es la teoría que en la actualidad tiene mayor aceptación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Desde su perspectiva no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. La relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas. No todas las condiciones *sine que non* del daño son equivalentes: sólo la condición que típicamente origina esa consecuencia dañosa puede ser retenida por nuestra mente en el carácter de causa adecuada del daño¹⁴.

La adecuación –explica Cueva Matozzi- “...quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del

El tribunal de apelaciones de Nueva York determinó que el ferrocarril no era responsable de las lesiones de la señora Palsgraf porque las acciones de los guardias del ferrocarril que empujaron al pasajero eran demasiado remotas en la cadena de acontecimientos como para considerarlas la causa legal del daño sufrido por la accionante. El juez ponente rechazó cualquier responsabilidad de la compañía argumentando que el empleado no podía saber que su acción podía generar daños, no había ningún especial deber de cuidado ni negligencia que sirviera para hablar de responsabilidad. Se obvió en este caso, que fue incorrecta la acción de los empleados que fueron que ayudaron al pasajero a subir a un tren en marcha, lo que estaba prohibido, hecho que era suficiente para acarrear responsabilidad.

13 PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Themis, Bogotá 1981, p. 416.

14 Citado por PALUDI, Osvaldo. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por hecho propio*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 26 y 27.

daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los sucesos, es decir, para que existe nexo causal, según el análisis interpretativo de la doctrina expuesta, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto acaecido, tiene que determinarlo normalmente. Ahora bien, a fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación sería la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era per se apta o adecuada para producir normalmente esa consecuencia?”¹⁵.

El concepto de causalidad adecuada implica necesariamente regularidad del suceso, la acción tiene que normalmente ser idónea para producir el efecto esperado. En consecuencia, no hay causalidad del caso singular. Si los hechos sólo sucedieran una vez y tuvieran que ser captados en su individualidad no se podría afirmar que entre ellos existe relación de causa a efecto, sino una mera sucesión temporal de fenómenos¹⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1985 del Código Civil recoge la teoría de la causa adecuada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, al establecer que debe “existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”: En sede contractual, por el contrario, se asume la teoría de la causa próxima dado que en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil se indica que corresponde resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso “en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”¹⁷.

Sin embargo, atenta doctrina nacional entiende que realizando una interpretación sistemática de los artículos 1321 y 1985 del Código Civil, no existiría inconveniente para emplear también, en el ámbito la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, la teoría de la

15 DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 91 y 92

16 GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. 2º edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 22.

17 Así, De Trazegnies sostiene que la teoría de la causa próxima influyó en nuestro Derecho y todavía esta terminología se mantiene en el campo contractual al señalar el artículo 1321 del Código Civil que se debe indemnización por los daños derivados del incumplimiento contractual, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Luego, en sede extracontractual el artículo 1985 del Código Civil prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada, es la “adecuada” (DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. *La responsabilidad extracontractual*. 7º edición, Tomo I, *Biblioteca para Leer el Código Civil*, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 312 y 318).

causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil). Esto en atención a que el artículo 1321 del Código Civil se refiere al quantum indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el artículo 1985 del Código Civil a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho)¹⁸.

En todo caso, no resulta correcto obligar al operador jurídico a emplear una teoría determinada de causalidad, por el contrario, el modelo legislativo adoptado por el Código Civil debería limitarse a prescribir que el demandante tiene la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, éste utilizará la teoría más idónea al caso en particular¹⁹.

III. RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y OMISIÓN

En ocasiones el nexo causal se establece a partir de una conducta omisiva del agente. Así, por ejemplo: en las denominadas acciones por concepción injusta, donde se imputa al médico haber dado lugar a un embarazo no deseado al omitir informar a los progenitores que luego de la esterilización existe un riesgo de recanalización espontánea y, por tanto, era necesario utilizar algún mecanismo anticonceptivo durante un tiempo determinado.

Cuando el comportamiento que se imputa al agente está configurado por una omisión, la cuestión causal se complica aún más. El hecho se ha producido materialmente por otros acontecimientos y, por lo mismo, si se pretende imputar responsabilidad por omisión, la única vinculación que es posible al demandado es la trasgresión a un deber de actuación que haga reprochable la falta de conducta²⁰.

Este deber de actuación reconoce tres fuentes distintas: a) un precepto legal que consagra un comportamiento específico; b) un negocio jurídico mediante el cual un individuo se ha comprometido a realizar una determinada actividad en beneficio de su contraparte y c) una conducta precedente que impone una posterior obligación²¹.

En cuanto al contenido del “deber legal”, existen interpretaciones discrepantes, por un lado, se sostiene que para que surja responsabilidad

18 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 6ª edición, Editorial Rodhas S.A.C, Lima, 2011, p. 210.

19 Idem.

20 BARAONA GONZÁLES, Jorge. “La causa del daño en la reciente jurisprudencia chilena”, en *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo V, Editorial Grijley, Lima, 2006; p. 385.

21 GOLDENBERG, Isidoro H. Ob. Cit., p. 156.

civil en el caso de los comportamientos omisivos es imprescindible la transgresión de un deber legal que obliga de manera expresa a cumplir el hecho omitido. De otra parte, se entiende que es suficiente a esos fines la violación de un genérico deber jurídico de actuar por hallarse interesadas las obligaciones generales de conducta, la moral y las buenas costumbres que integran el orden normativo sin necesidad de que esa actividad haya sido impuesta por una disposición específica de la ley²².

Concuerdo con la primera postura, es decir, que para incurrir en responsabilidad mediante una inactividad se debe vulnerar un deber legal expreso que obliga a realizar la conducta omitida. En este sentido “hay que entender que todos los comportamientos que se hayan producido en el mundo, no pueden entrar en juego como factores determinantes de un daño indemnizable (...) si una persona que se encuentra en un lugar de baños y contempla como uno de los bañistas está a punto de perecer ahogado, si se lanza en su auxilio, merecerá un premio por de su heroísmo, pero si no hace nada, su omisión no es constitutiva de responsabilidad, salvo que sobre él pesara un deber positivo de actuar, como ocurriría si se trata de un miembro del personal de vigilancia de las instalaciones de baños o de persona que estuviera especialmente encargada del cuidado de aquél que sufre el percance (...) La inactividad sólo debe ser considerada como fuente de responsabilidad cuando se aprecie el incumplimiento de un deber legal o negocial de obrar”²³.

IV. SUPUESTOS DE FRACTURA DEL NEXO CAUSAL

En el campo de la causalidad la aparición de determinados factores interrumpe el nexo que debe existir entre la acción u omisión del agente y el daño resultante, por tanto, no existiría el deber de resarcir por parte de aquél. El artículo 1972 del Código Civil indica que son casos de fractura del nexo causal el fortuito o fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño, supuestos que también operan en el ámbito de la responsabilidad contractual según indican los artículos 1315 y 1316 del Código Civil.

4.1. Caso fortuito o fuerza mayor

El caso fortuito o fuerza mayor es un evento que exonera totalmente al autor aparente del daño. Caso fortuito o fuerza mayor y responsabilidad civil son conceptos irreconciliables: o bien el daño se deriva del

22 Idem.

23 DIEZ – PICAZO, Luis. Ob. Cit., pp. 288-290.

comportamiento de alguien, y no hay fuerza mayor; o bien, al contrario, el daño ha sido provocado por la fuerza mayor y no existe nexo de causalidad con la conducta del agente.

Mucho se ha discutido sobre la identidad y las diferencias que existen entre caso fortuito y fuerza mayor. Es cierto que tradicionalmente se ha diferenciado ambos conceptos por su génesis, se debe indicar que nuestra legislación ha optado por la tesis monista, equiparando ambas instituciones utilizándolas en forma indistinta o como sinónimos. Es decir, las diferencias de origen que establece la doctrina, carecen de relevancia práctica en nuestro sistema jurídico, donde el legislador ha optado por una noción unitaria, puesto que el artículo 1315 del Código Civil exige los mismos requisitos para dichas instituciones (causas no imputables que se caracterizan por ser extraordinarias, imprevisibles e irresistibles) y asimila las consecuencias jurídicas en caso de verificarse cualquiera de ellas.

En tal sentido, sorprende que la Corte Suprema de la República en la Casación N° 1693-2014 Lima, haya distinguido entre caso fortuito y fuerza mayor indicando:

“En tal sentido, se debe entender como “caso fortuito” cuando es posible evitar el daño producido mediante actos de previsibilidad, esto es se puede evitar mediante una diligencia normal, en cambio será “fuerza mayor” cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño, como se daría el caso en los casos de desastres naturales”.

Consideramos que no resultaba necesario ni relevante acudir o atender a la comentada distinción, pues hemos indicado que la misma no tiene relevancia práctica en nuestro ordenamiento jurídico al haberse optado por una noción unitaria.

4.2. El hecho determinante de la propia víctima

El hecho determinante de la víctima, está identificada como la causa extraña que con mayor frecuencia se alega por los accionados, quienes como argumento de defensa para excluirse de responsabilidad imputan el resultado del daño al comportamiento de aquella. Este supuesto opera cuando el hecho de la víctima es la causa exclusiva del evento dañoso, por ende, se convierte en una circunstancia que exonera de responsabilidad al supuesto agente dañoso, pues rompe el nexo causal necesario entre el comportamiento de éste y el resultado producido.

El hecho exclusivo de la víctima “...exonera de responsabilidad al agente dañoso porque es una causa extraña o ajena. El agente dañoso aporta una causa física en la generación del daño a la que se niega relevancia jurídica;

dicho en sede de responsabilidad civil, no es causa jurídica porque carece de rango atributivo. Para el agente dañoso, tan ajeno resulta el daño debido a una fuerza mayor como el debido a la culpa exclusiva de la víctima. En ambos casos, nos hallamos ante un factor imprevisible, o previsible pero inevitable; son causas ajenas a su actuación. Esto significa simplemente que el hecho aportado en exclusiva por la víctima es para el agente dañoso, una fuerza mayor que no ha podido resistir ni superar para evitar la producción del daño”²⁴.

En tal caso, los daños sufridos por la propia víctima habrá que imputársele sólo a ella, porque el daño que uno se causa a sí mismo no es daño en sentido jurídico, pues nadie puede beneficiarse de sus propios errores, ni de sus exclusivos hechos dañosos, por eso, en tales casos, se libera de responsabilidad a quien se imputa el daño. El agente queda exonerado totalmente porque –aunque pueda parecer lo contrario- no ha existido un hecho generador de responsabilidad por su parte.

En el siguiente caso de identifica esta fractura causal: una persona es atropellada por una motocicleta. Trasladada al nosocomio, se le diagnostica una hemorragia interna que requiere una transfusión urgente. La víctima pertenece a una confesión religiosa que le impide recibir sangre ajena; por esta razón se niega a la operación y fallece. En este caso, la propia víctima ha interferido en la producción del resultado final, con su conducta negativa²⁵.

Empero, cuando el resultado dañoso tiene su origen en la actuación conjunta del agente y la víctima (por ejemplo, en caso de un choque frontal entre dos conductores que circulaban ambos por el centro de la vía, invadiendo respectivamente la contraria), no se destruye el nexo causal, sino que el efecto únicamente será la reducción del monto resarcitorio. Así, en sede extracontractual el artículo 1973 del Código Civil señala que, si la víctima “sólo hubiere concurrido en la producción del daño”, la indemnización será reducida por el juez, conforme a las circunstancias del caso concreto. Idéntica consecuencia se aprecia en el ámbito de inejecución de obligaciones, donde el artículo 1326 del Código Civil también establece que el resarcimiento se reducirá cuando el acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño.

24 MEDINA ALCOZ, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Dykinson, Madrid, 2003, p. 142 y 143.

25 ROCA TRÍAS, Encarna. *Derecho de daños. Textos y materiales*. 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, p. 139.

4.3. Hecho determinante de tercero

Si el hecho de tercero es la única causa del daño, se rompe también el nexo causal, pues la imputación física se hizo equivocadamente por cuanto el hecho se imputó a persona distinta del que realmente lo realizó: fue un tercero quien lo causó y no a quien se imputa²⁶. Para un sector importante de la doctrina, el hecho de tercero solo tiene poder liberatorio si reúne los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, cuando es imprevisible e irresistible para el causante del daño.

En términos generales, para que el hecho de tercero destruya el nexo de causalidad se requieren los siguientes requisitos: i) que el hecho de tercero sea la única causa del daño; ii) que haya certeza que el daño es imputable a un tercero, así no esté plenamente identificado; iii) que no haya vínculo de dependencia con el presunto causante; iv) que no haya sido provocado por el ofensor presunto y v) que sea irresistible e imprevisible²⁷.

V. FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL

La existencia de la relación causal es un hecho constitutivo que corresponde acreditar al accionante. Ante la falta de prueba de este elemento, la demanda será desestimada. Es que en materia de responsabilidad civil en general no existe una presunción del nexo causal, a diferencia de lo que sucede con respecto a la culpa.

En cuanto a la prueba de la relación causal, tradicionalmente se ha seguido el criterio del todo o nada, según el cual “...en la realidad objetiva, la causalidad es o no es, por lo que, en el Derecho sólo cabe afirmarla o negarla enteramente. Por eso el sistema de responsabilidad civil tiene que vencer los elementos de incertidumbre que se presentan al confrontar el curso real de los acontecimientos con su curso hipotético a través de una solución que siempre es extremada. Vale sólo el blanco o el negro, es decir, el nexo causal demostrado o indemostrado, sin que los supuestos problemáticos permitan postular respuestas intermedias”²⁸.

Empero, en nuestros días la doctrina del todo o nada se ha flexibilizado, básicamente frente a la aparición de nuevos tipos de daños (daños por

26 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. 11ª edición, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2003, p. 253.

27 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. 2ª edición, Editorial Themis S.A, Bogotá, 2011, p. 518.

28 MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson – Civitas, Navarra, 2007, p. 325.

productos defectuosos, daños ambientales, contagio de SIDA, entre otros) donde la prueba de la relación causal se torna casi imposible conllevando a que se frustre la indemnización pretendida. Es más, en muchos de estos casos de nuevos daños, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas²⁹.

Por ejemplo, demostrar la relación de causalidad en los casos de contagio de SIDA se torna difícil por la misma naturaleza de la enfermedad. El periodo latente entre la contaminación y el desarrollo de anticuerpos, por una parte, así como el periodo de incubación entre la contaminación y la aparición de síntomas de la enfermedad que aproximadamente dura entre cinco a seis años, hacen muy impreciso individualizar cuál fue la causa del contagio, máxime si existen diversas modalidades de transmisión: relación sexual, transfusión sanguínea, trasplante de órganos, utilización de jeringas infectadas, acupuntura, tatuajes, inyección intravenosa de drogas, etcétera.

Igualmente, en ciertos sectores de la actividad profesional o empresarial (responsabilidad médica, daños por productos defectuosos...) al perjudicado le puede resultar también particularmente difícil averiguar la causa del hecho dañoso, lo que puede ocurrir por una pluralidad de circunstancias: sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en muchos casos cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etcétera. De ahí que en estas actividades no haya de ser estrictamente exigible una certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, sino que debe considerarse suficiente una razonable probabilidad de su existencia, medible atendiendo a las circunstancias del caso³⁰.

El mismo inconveniente que en algún momento significó para la víctima la prueba de la culpa del responsable, hoy en día puede darse respecto a la prueba de la relación de causalidad, ante lo cual en la actualidad existe la tendencia a aligerar la prueba del nexo causal especialmente en los supuestos que se enuncian a continuación:

29 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio de la carga probatoria”, en: *Ius Et Veritas PUCP*, N° 14, Lima, 1997, p. 83 y 84.

30 REGLERO CAMPOS, Fernando (Coordinador). *Lecciones de responsabilidad civil*. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 101.

5.1 Ámbitos científicos o técnicos donde la víctima puede tener dificultades para acreditar la relación de causalidad

En los sectores científicos o técnicos donde la víctima puede tener dificultades para acreditar la relación de causalidad (productos defectuosos, daños al medio ambiente, responsabilidad médica, etc.), los tribunales no exigen certeza absoluta sino únicamente la probabilidad de su existencia. Es decir, resulta suficiente para imputar responsabilidad que no exista otra causa posible del daño o, incluso con que no se sepa, a ciencia cierta la causa determinante del mismo, llegándose en ocasiones, a presumir el nexo causal.

En materia de **productos defectuosos** es dificultoso a la víctima la carga de demostrar el defecto y su nexo causal con el daño, dado que parece innegable que a la onerosidad que a menudo entraña ese doble empeño – por la complejidad técnica de la prueba y por su coste económico debido a gastos periciales-, se suma la enorme dificultad que conlleva en los casos de imposibilidad material de practicar análisis alguno sobre el producto lesivo, ya porque ha quedado destruido (vgr. botellas que estallan, gas que explota o vehículos que se incendian), ya porque se trata de productos perecederos o que han sido digeridos (alimentos o medicamentos)³¹, esto aunado también a que la situación es tan distinta en que se hallan el consumidor y el productor en cuanto al acceso a la información, ha conllevado que el nivel de prueba del nexo causal entre el defecto del producto y los daños sufridos se aligere.

Como consecuencia de la aligeración de la carga probatoria del nexo causal, los tribunales entienden usualmente que el perjudicado no está obligado a individualizar con exactitud cuál ha sido el defecto específico que ha causado el daño. En este sentido se tiene la sentencia de la AP de Cantabria de 7 de noviembre de 2000 que condenó a Schweppes S.A a indemnizar las lesiones oculares que causó a la víctima la ruptura de un botellín de refresco que cayó de la caja que lo contenía; no obstante que se desconocía el concreto defecto o vicio del producto, el órgano jurisdiccional concluyó que con independencia de la causa concreta del desprendimiento del botellín, es claro que el producto no tenía la seguridad que cabía esperar de él. Así, ante la alegación de la accionada en el sentido que no había quedado acreditado el defecto del producto, la Audiencia respondió que “es verdad que en este caso se desconoce la causa concreta

31 GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*. Editorial Comares, Granada, 2006, p. 254.

del defecto que provocó la caída del botellín al coger el cliente el *pack*; esto es, no se sabe si se debió al papel mal pegado del cartón, si éste tenía menor resistencia de la debida, si estaba roto, si los botellines estaban mal colocados en la caja, etc”, sin embargo, “lo decisivo a estos efectos...es considerar la seguridad que ofrecía...y con independencia de la causa concreta del desprendimiento del botellín, es claro que aquel producto no tenía la seguridad que cabía esperar de él, pues obviamente y al contrario de lo sucedido, debía permitir... un manejo seguro en todo caso. Y precisamente porque no dio esa seguridad puede ser calificado como defectuoso, aunque se desconozca concretamente la causa de que lo fuera”³².

La dificultad probatoria del nexo causal no debe conllevar a no exigir este elemento constitutivo de la responsabilidad civil. Se critica una sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de junio de 1993³³, donde se pronunció sobre los siguientes hechos: la demandante adquirió, en una tienda de ultramarinos, una caja de cervezas de un litro de la marca “Cruzcampo”. Al llegar a su domicilio, dejó las cervezas en un rincón de la cocina. Poco después, al inclinarse sobre la caja en cuestión, explotó una de las botellas, como consecuencia se le introdujeron cristales en el ojo izquierdo, siendo necesarias varias operaciones y un largo periodo de convalecencia, acompañado de grandes dolores físicos y morales, sin que la demandante lograra recuperar totalmente la visión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por considerar que la actora no había acreditado ni remotamente que la explosión se produjese por un defecto en la elaboración o envasado de la cerveza, debiéndose reputar que, en consecuencia, se estaba en presencia de un caso fortuito. La Audiencia revoca la sentencia y, estimando parcialmente la demanda, condena a Cruz del Campo S.A al pago de cinco millones de pesetas y al pago de costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto únicamente respecto a la condena de costas.

El Tribunal Supremo alegó entre los fundamentos de la sentencia que a la víctima no le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso y consumo del producto, sino que para liberarse de la obligación de responder será el fabricante quien debería acreditar que dicho uso y

32 Sentencia citada por GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. Ob. Cit., p. 252.

33 Sentencia citada por ROGEL VIDE, Carlos. “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano”, en: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, p. 581.

consumo fue incorrecto. Es la culpa de la víctima, en otros términos, lo que exige y esa prueba corresponde a aquél, además de que el obrar correctamente se presume por principio en el actuar humano, lo mismo que la buena fe. Todo ello, naturalmente, bajo el presupuesto, exigido de que el daño sea causado por el uso y consumo de tal producto (relación de causalidad).

No estamos de acuerdo con el fallo antes expuesto, pues consideramos que no se trata de probar la causalidad entre el uso del producto y el daño. No basta probar el nexo causal producto-perjuicio. Es indispensable demostrar que ha sido el defecto del producto el causante de los daños cuya reparación se pretende.

Comentando esta sentencia, dice Rodrigo Bercovitz: "...basta pues, en principio, con que el productor o comerciante no pueda acreditar otra causa válida del daño para que se entienda que procede de la existencia de un defecto del producto en cuestión. Esto ha llevado, en la práctica, a un tratamiento manifiestamente generoso, para las víctimas, de la prueba del nexo causal"³⁴.

Las teorías clásicas que se han construido sobre el nexo de causalidad también han devenido en insuficientes para resolver algunos supuestos característicos de **daños al medio ambiente**, como es el caso de los daños difusos. Es decir, los casos en los que existe un daño, pero no es posible determinar con un grado suficiente de veracidad que ha sido causado por una determinada actividad, o bien el nexo causal no está lo suficientemente fijado y existen dudas. Son caos en los cuales el nexo de causalidad entre una determinada actividad y un daño que necesita ser reparado es difícil de fijar³⁵.

Corral Talciani³⁶ indica que los motivos por los cuales se complejiza al máximo el establecimiento de la relación causal en la responsabilidad por daño ambiental son variados:

a) La naturaleza dinámica del medio ambiente: El medio ambiente no es una realidad fija en inmóvil, sino un conjunto de elementos en continua

34 Citado por ROGEL VIDE, Carlos. Ob. Cit., p. 582.

35 GARCÍA AMEZ, Javier. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Thomson Reuters – Arazandi, Navarra, 2015, p. 248.

36 CORRAL TALCIANI, Hernán. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en: *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*. Cuadernos de Extensión Jurídica 15 (200), Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2008, p. 207 y 208.

interacción. DE allí que sea casi imposible aislar completamente la conducta del demandado a la que se atribuye el daño a otros factores, meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos, etc., que han estado también presentes.

b) La contaminación crónica o progresiva: muchas veces el daño ambiental no se produce por una sola conducta dañosa, sino por la lenta y casi imperceptible acumulación de materias tóxicas en un dilatado espacio de tiempo, de manera que la última intervención imputada al demandado en sí misma considerada no es la que ha provocado la lesión medioambiental.

c) La contaminación por acumulación: A veces el daño ambiental proviene de la acumulación de inmisiones que, consideradas singularmente, quedan bajo márgenes permitidos, pero que unidas a la de otros emisores pueden llegar a provocar un grave daño ambiental.

d) La desconexión temporal o espacial entre la acción contaminante y daño: en ocasiones, la actividad dañosa es de antigua data y los efectos contaminantes se manifiestan mucho tiempo después, o el resultado dañoso se produce en una región geográfica distante de aquella en la que se produjo la acción contaminante (lluvia ácida, nubes tóxicas, derrames en ríos o mares).

e) La apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos: el conocimiento y la experiencia común no son suficientes para determinar la causa de un daño ambiental, por lo que lo normal será recurrir a los informes periciales y testimonios de científicos o técnicos, que son costosos y difíciles de conseguir por la parte demandante que, normalmente, es la que menos recursos económicos posee.

Dentro de las fórmulas empleadas para facilitar el establecimiento del nexo causal en la responsabilidad por daños al medio ambiente, se encuentra la llamada *Market Shared Liability* o responsabilidad por cuota del mercado, que constituye una doctrina cuyo origen se encuentra en el ámbito norteamericano y que surgió para paliar problemas de causalidad en casos de responsabilidad por productos defectuosos, pero luego se ha extendido a otros ámbitos como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente, específicamente en los grandes casos de daños tóxicos masivos, en los que es prácticamente imposible encontrar un grado concreto de responsabilidad, y que es empleada por parte de los tribunales a partir del asunto *Sindell vs. Abbott Laboratories*. Esta doctrina consiste, básicamente, en que el grado de responsabilidad del responsable va a ser proporcional a la cuota de

mercado que ocupe, de modo que si por ejemplo, una parte tiene el 90% y la otra un 10%, cada parte va a responder en función de la cuota, de modo que una responde por el 90% y la otra por el 10%. Empero en la práctica, la asignación de cuotas resulta una tarea complicada, a la que se debe unir otro dato fundamental, la difícil determinación del mercado a tener en cuenta: local, nacional, internacional, etc³⁷.

En base a estas razones es que existe un fuerte movimiento que propicia la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad por daño al medio ambiente. Se aducen tres razones por las cuales resulta justificado invertir el peso de la prueba de la falta de causalidad en el demandado: 1) si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace de modo menos dañino, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo; 2) existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos y 3) los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad³⁸.

Asimismo, en el ámbito de la **responsabilidad civil médica** no se exige seguridad absoluta en cuanto a la relación de causalidad, pues cuando es imposible la certeza de la causa, el juez puede contentarse con la mera probabilidad de su existencia, lo que no supone sino rebajar el umbral de convicción³⁹.

En España, uno de los instrumentos utilizados para facilitar la prueba del nexo causal a la víctima de un daño a consecuencia de una actividad médica, es el denominado “resultado desproporcionado”, que opera cuando en la intervención médica se materializa un riesgo extraño o no habitual, entonces se levanta una sospecha sobre la corrección del actuar del galeno, correspondiendo a éste justificar qué ha pasado, presumiéndose no sólo la culpa sino también el nexo causal. Así, en el caso de un paciente que se sometió a una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes y fisura anal que dejó como secuela incontinencia anal parcial, el Tribunal Supremo

37 GARCÍA AMEZ, Javier. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Thomson Reuters – Arazandi, Navarra, 2015, p. 249.

38 CORRAL TALCIANI, Hernán. “La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente” p. 212.

39 LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 411. En este sentido, se tiene que el Tribunal Supremo español con sentencia expedida el 13 de julio de 2010, resolviendo un supuesto de responsabilidad civil médica, dispuso que la prueba del nexo causal “...no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido”.

entendió aplicable la doctrina del daño desproporcionado y condenó al médico, que debió haber probado que la causa de la secuela fue ajena a la intervención quirúrgica. La calificación de “desproporcionado” conduce en este caso a presumir que el daño se debió precisamente a la actuación del médico y que ésta fue negligente⁴⁰. Entre los fundamentos de la sentencia expedida el 31 de enero de 2003, se expuso:

“...el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.

Otro instrumento probatorio al que se acude para facilitar la prueba al accionante la prueba del nexo causal es la regla del *res ipsa loquitur*, que literalmente significa “la cosa habla por sí misma”⁴¹. Luna Yerga apunta a que no se puede considerar válida la afirmación de que el instrumento bajo análisis sea completamente ajeno a la prueba de la relación de causalidad, pues “negligencia y causalidad no se hallan muy distantes y, en determinadas circunstancias, cuando los elementos del caso hablan de negligencia indican también la existencia de nexo causal”⁴².

Conforme a esta regla desarrollada por la jurisprudencia de *Common Law*, se entiende que circunstancias en que “las cosas hablan por sí mismas”, no hace falta que hable el hombre, existe una *circumstantial evidence*, que permite inferir no sólo la culpa, sino también la relación de causalidad: cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera de fimosis en lugar de

40 ELIZARI URTASUN, Leyre. *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 28.

41 Se indica que la expresión *res ipsa loquitur* fue empleada por primera vez por Cicerón como argumento probatorio en el discurso forense “*en defensa de Milón*”, quien al parecer ordenó tender una emboscada a Clodio, jefe del partido popular, en la que éste cayó asesinado. A lo largo de la defensa de Milón, Cicerón intentó demostrar que si Milón mató a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias, a su juicio, eran elocuentes (Milón iba con ropa que entorpecía la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa... Mientras que Clodio iba solo y se había desviado de su trayecto para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón iba a transitar por él para asistir a un festejo). Estos datos revelaban, indican o nos hablan -según Cicerón- de la presencia de una causa de justificación. Sin embargo, esta defensa no tuvo éxito, pues Milón fue condenado al destierro. (GALÁN CORTÉS, Julio César. Ob. cit., p. 260).

42 LUNA YERGA, Álvaro. Ob. Cit., p. 440.

amigdalitis, o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida, o el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, escasa o nula prueba requiere la culpa”⁴³.

El doctor Bullard Gonzáles⁴⁴ narra que utilizando la regla comentada se invirtió la carga de la prueba de la relación de causalidad, en el conocido caso *Ybarra v. Spangard*, resuelto por el Tribunal Supremo de California en 1944. Los hechos son los siguientes: el señor Ybarra sufrió parálisis de uno de sus hombros a consecuencia de diversas lesiones que se le causaron durante una intervención de apendicitis bajo anestesia general. El actor demandó separadamente a diversos facultativos que habían intervenido durante su operación mientras se encontraba inconsciente. Para conseguir una indemnización, por tanto, el actor había de probar no solo la negligencia sino también el nexo causal entre el daño padecido y la actuación de todos dichos facultativos. Dadas las circunstancias del caso y, en presencia de una suerte de pacto de silencio entre los demandados, negligencia y causalidad resultaban imposibles de acreditar. Por ese motivo el tribunal invirtió la carga de la prueba a favor del actor, de tal modo que fuera cada uno de los demandados el que demostrara su diligencia y la ausencia de conexión causal entre sus actos y el resultado dañoso. A consecuencia del continuado silencio de los accionados, el tribunal condenó a todos a resarcir al paciente, a pesar que era evidente que no todos eran los causantes del daño.

5.2. Responsabilidad colectiva

La prueba del nexo causal también puede complicarse mucho en la denominada “responsabilidad colectiva” o “responsabilidad de un miembro desconocido de un grupo determinado”, supuesto que se presenta cuando dos o más sujetos, en forma espontánea o concertada, realizan una actividad o asumen una conducta que es susceptible de causar daño, el cual se produce efectivamente, pero es absolutamente imposible determinar cuál de estos sujetos fue el causante material e individual del hecho dañoso, aun cuando el grupo se encuentra plenamente identificado.

Imaginemos a dos menores de edad que se encuentran disparando escopetas de aire comprimido; en un momento determinado, un proyectil

43 LLAMAS POMBO, Eugenio. “Prueba de la culpa médica en el derecho español”. En: *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo V, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 181.

44 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, en: *Libro de ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*. Instituto Peruano de Derecho Civil, Lima, 2010, pp. 61 y 62.

alcanzó el ojo izquierdo de un tercer niño, ocasionando que éste pierda la visión. No se pudo determinar quién de los niños fue el autor del único disparo que produjo la lesión. Asimismo, en el caso de un sujeto resulta lesionado al ser atropellado por un automóvil que competía en los coloquialmente denominados “piques”, sin que se logre identificar cuál de todos los cinco conductores que participaban en dicha actividad fue el causante directo del hecho dañoso.

En la actualidad, la mayoría de autores concuerdan en que todos los miembros del grupo de donde indudablemente provino el daño deben ser condenados solidariamente, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el grupo esté más o menos delimitado en el tiempo y en el espacio, así como en el número de sus componentes; b) que no sea posible individualizar al autor singular del daño; c) la prueba de la participación de todos los integrantes del grupo en la acción dañosa; d) relación causal entre el daño y la acción del grupo⁴⁵.

La procedencia de resarcimiento en los daños ocasionados por un integrante desconocido de un grupo determinado, conduce necesariamente a un conflicto valorativo que conmueve las bases del sistema de responsabilidad civil. Esto por cuanto, por un lado, se encuentra el principio de imputabilidad individual que rechaza la idea de atribuir responsabilidad a un sujeto por un mal que no ocasionó, por tanto, ante la falta de prueba del nexo causal correspondería absolver a los accionados. Empero, por otro lado, se encuentra el derecho de la víctima que para evitar quedar en desamparo exige flexibilizar la prueba del elemento causal, para condenar solidariamente a todos los participantes de la actividad que ocasionó el daño⁴⁶.

Se indica que la responsabilidad solidaria que se atribuye a todos los integrantes del grupo, evita la injusticia de imponer sobre el perjudicado la prueba diabólica de individualizar quien fue el autor directo o efectivo del daño. Es que si se exige de manera inflexible comprobar el nexo causal entre el hecho lesivo y quién lo cometió, la consecuencia sería que los daños queden sin reparación ante la imposibilidad de identificar al autor directo o por la falta de comprobación del elemento causal constitutivo de la responsabilidad civil. Es por ello que “...este tipo de responsabilidad

45 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. “Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual”, en: *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 72 y 73.

46 GOLDENBERG, Isidoro H. Ob. Cit., p. 124 y 125.

adecuadamente sugiere la condena solidaria de todos los miembros del grupo para evitar la injusticia de dejar sin reparación a la víctima, solamente por no poder probar cuál de todos los componentes del grupo ha sido el autor del daño, estando, eso sí, plenamente acreditado que el perjuicio sufrido proviene de dicho grupo y necesariamente el autor debe pertenecer a él⁴⁷.

La relación causal se presume contra todos los integrantes del grupo en tanto no se demuestre quién fue el causante concreto del daño, empero, también dicha presunción podrá decaer por exclusión, cuando un miembro del grupo establezca que él no pudo haber sido el autor del hecho dañoso, por ejemplo, esto sucederá cuando uno de los demandados demuestre que el tipo de arma utilizada en el disparo que afectó a la víctima es diferente de la empleada por él o que simplemente no tenía arma al momento en que ocurrió el hecho lesivo⁴⁸.

Es verdad que, en este tipo de casos, se denota la transformación del elemento causal con la finalidad de no dejar sin resarcimiento a una víctima ajena a la acción anónima del grupo, sin embargo, para lograr este objetivo, consideramos que más que presumir, se prescinde de la relación de causalidad. Así, por ejemplo, cuando se condena a todos los participantes del grupo, con la certeza que sólo uno cometió el daño (caso de un proyectil que lesione a la víctima de un grupo de diez cazadores), se sabe desde el inicio que el resto no pueden ser “autores” del daño, no obstante se atribuye también el daño a quien no lo provocó, que en este caso serían los integrantes del grupo cuya bala no hirió o mató a la víctima⁴⁹.

Es necesario advertir que el supuesto estudiado no se trata de una pluralidad de causas que encuentra regulación expresa en el artículo 1983 del Código Civil, en cuando indica que, si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente. En esta última hipótesis son diversas personas que cooperan simultánea o sucesivamente para la producción del daño, es decir, varios sujetos perfectamente identificados intervienen ejecutando actos independientes entre sí, que incluso pueden llegar a producir el mismo resultado que se habría alcanzado en forma aislada.

47 ROCA TRÍAS, Encarna. Ob. Cit., p. 43.

48 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I, 2º edición, Legis Editores S.A, Bogotá, 2007, p. 271.

49 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. Ob. Cit, p. 75.

5.3 Casos de pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad no es un tema nuevo, pese a la importancia que ha suscitado últimamente su aplicación en materia de responsabilidad civil, se trata de una noción de origen francés que ha sido estudiada desde finales del siglo XIX, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, especialmente europea⁵⁰.

En esta figura concurre un elemento de certeza, referido a la oportunidad que era real y también sobre su pérdida definitiva. Y otro elemento de incertidumbre, en cuanto a que no puede determinarse si, de no haber sido alterada la situación por el hecho del responsable, la ganancia se habría logrado o la pérdida evitado. De modo que la chance se encuentra a mitad del camino entre el daño cierto (resarcible plenamente) y el perjuicio puramente imaginado o hipotético (no resarcible)⁵¹.

En nuestros días existe una marcada tendencia a considerar a la pérdida de oportunidad como un criterio para resolver el tema de la incertidumbre causal en aquellos casos donde no se puede establecer qué o quién fue el causante del resultado dañino, con lo cual también se facilita la carga probatoria en materia de relación de causalidad.

Esta postura es asumida por el español Luna Yerga que considera que esta figura históricamente se explica por la dificultad de la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria, entonces:

“...cuando no ha sido posible acreditar la concreta conexión causal entre la acción u omisión médico-sanitaria y el daño efectivo que sufre el paciente, se haya recurrido al principio de la pérdida de oportunidad, conforme al cual se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria, esto es, una causalidad virtual que permite presumir que el facultativo con su acción u omisión, causó un daño abstracto (*Lost chance*, *parte de chance*) del que debe responder”⁵².

En el mismo sentido se pronuncia el colombiano Gil Botero para quien la pérdida de oportunidad no debe ser analizada desde la perspectiva del daño, ya que dichas oportunidades restadas no constituyen un daño autónomo,

50 GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá noviembre de 2011, p. 30.

51 ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde. “Frustración de chances en la responsabilidad profesional”. En: *Las responsabilidades profesionales*. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno. Editora Platense, La Plata, 1992, p. 220.

52 LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 453.

sino que es un elemento destinado a aligerar el curso causal⁵³.

Sin embargo, debe evitarse incurrir en el error de confundir el tema de la incertidumbre causal con la falta de certeza de la existencia del daño, tal como lo plantea Giraldo Gómez para quien “...un tema es la incertidumbre que rodea al daño de la pérdida de oportunidad, por no poder determinarse si la ventaja esperada se habría conseguido, o si el perjuicio padecido se habría evitado, y otro es el de la falta de certeza sobre la causa que dio origen a ese daño, de tal manera que la utilización de la figura de la pérdida de oportunidad para ocultar la dificultad de prueba de la relación de causalidad no es de recibo”⁵⁴.

El profesor francés Chabas cita como un supuesto de pérdida de oportunidad, el caso de una paciente que, por presentar hemorragias uterinas, consulta con su ginecólogo, quien, tras explorarla, no diagnostica cáncer a pesar de los evidentes signos clínicos. Con posterioridad, y dado que el cuadro clínico persistía, la paciente consulta a otro especialista que le diagnostica el proceso canceroso, pero ya era demasiado tarde para el tratamiento, pues se encontraba en una etapa avanzada, falleciendo al poco tiempo. No podría decirse que el primer médico haya causado el cáncer a la paciente, pues esta enfermedad la aquejaba por causas ajenas a la actuación del facultativo. Tampoco se puede aseverar con certeza que en caso se hubiera diagnosticado con anterioridad el cáncer, el tratamiento hubiere sido eficaz y la enferma se hubiere salvado y curado, pues puede que aún tratada a tiempo, la enferma hubiere fallecido igualmente⁵⁵.

El jurista colombiano Tamayo Jaramillo⁵⁶ indica que en el caso antes expuesto no estamos realmente ante la pérdida de una oportunidad, sino que se trata simplemente de la imposibilidad o dificultad de establecer el nexo causal. Explica su conclusión del siguiente modo: supongamos que, por imposibilidad probatoria, el médico es condenado sobre la base de la teoría de la pérdida de una oportunidad. Pero posteriormente aparece un método científico que le permite al médico establecer que no fue su conducta la causa del daño. En tales circunstancias, la duda sobre la relación de causalidad desapareció y, en consecuencia, habría que concluir que el médico no causó el daño. Como se ve, la imposibilidad de establecer

53 Citado por GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., p. 143.

54 GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., p. 148.

55 Citado por GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica*. 4º edición, Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 448 y 449.

56 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., p. 289.

la relación de causalidad no significa que el médico haya privado al paciente de la posibilidad de curarse. O bien esa culpa fue la causa del daño y el médico debe responder por la totalidad, o bien esa culpa no tuvo incidencia causal en el daño y, entonces, debe ser absuelto. Pero imposibilidad de establecer lo uno o lo otro no convierte el problema en la pérdida de una oportunidad. Es un problema gnoseológico, pero no un problema real de cálculo de probabilidades.

Nosotros consideramos que en el caso analizado sí es un supuesto de pérdida de chance. Es verdad que nada garantizaba el éxito del tratamiento, por ser éste aleatorio en sí mismo, al depender no sólo de la atención adecuada del profesional, sino también de situaciones que escapan al ámbito de actuación del mismo, pero también es cierto que existía una oportunidad o expectativa de curación, pues es evidente que cuanto más avanzado se encuentre el cáncer, menos posibilidades de éxito ofrece el tratamiento instaurado; entonces, ésta pérdida de la oportunidad de supervivencia constituye un daño que debe ser resarcido.

Además, al considerar que el actuar culposo del galeno quitó a la víctima la posibilidad de haber recuperado su salud, correspondería a aquél responder sólo por la pérdida de dicha oportunidad de éxito (no por el perjuicio total que afecta a esa paciente), en consecuencia, el resarcimiento no será plena respecto al efectivo menoscabo padecido sino prudencial a título de pérdida de chance de sobrevida o curación, aunque no se haya acreditado de forma precisa el nexo causal entre la muerte o agravación de la salud del paciente y la actuación del médico.