

EL INCREMENTO DEL RIESGO COMO CRITERIO COMPLEMENTARIO A LA CREACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO EN EL ANÁLISIS DE LA CAUSALIDAD EN LAS OMISIONES EN CONTEXTOS MÉDICO-SANITARIOS

THE INCREASING RISK AS A COMPLEMENTARY CRITERION TO THE CREATION OF UNAUTHORIZED RISK IN CAUSATION IN LAW. AN ANALYSIS IN MEDICAL LAW

Renzo Munita Marambio*

225

RESUMEN

En este trabajo, enfocado en cuestiones vinculadas a la responsabilidad médica y sanitaria, se pretende analizar el tratamiento de la causalidad en las omisiones desde el postulado relativo a que, en estos casos, la culpa en clave de creación de un riesgo no permitido se identifica con la aproximación normativa de causalidad. Sin perjuicio de lo anterior, dicha proyección intelectual de culpa y en consecuencia de causalidad en el contexto omisivo, es susceptible de contestarse a través de otras aproximaciones. En tal sentido, se propone abordar el criterio de imputación objetiva denominado incremento de riesgo (también conocido como conducta alternativa lícita). Se considera que el referido concepto resulta útil en contextos en los que

* Doctor en Derecho, Universidad Grenoble Alpes, Francia. Profesor de Derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Chile. Miembro del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Ainavillo, 456, Concepción, Chile. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl

Este artículo forma parte del proyecto FONDECYT de iniciación en investigación, n.º 11190188, denominado: “La creación de riesgo no permitido como solución normativa causal en la causalidad difusa y alternativa en el ámbito sanitario: una propuesta para el sistema chileno”, del cual el autor es investigador responsable.

Recepción: 2022-02-04; aceptación: 2022-05-06.

la omisión culpable no puede ser tenida como la generadora del daño, por cuanto de no haberse omitido el comportamiento bajo cuestionamiento, de todas formas, el agravio hubiera tenido lugar. De aquí entonces, que la creación de riesgos no permitidos pueda ser tenido como una presunción de causalidad susceptible de razonamientos contradictorios defendibles.

PALABRAS CLAVE: causalidad; omisiones; creación de riesgo no permitido; incremento del riesgo; culpa

ABSTRACT

This paper, focused on medical liability, is intended to analyze how causation by omissions works. We affirm that the fault, in terms of creating a not allowed risk, is identified with the normative approach. Notwithstanding the foregoing, said intellectual projection of guilt and, consequently, of causation by omissions context, is possible to be answered through other approaches. In this sense, it is proposed to address the objective imputation criterion called increased risk (also known as lawful alternative conduct). It is considered that the aforementioned concept is useful in contexts in which the guilty omission cannot be considered as the cause of the damage, since if the behavior under question had not been omitted, the tort would have taken place anyway. Hence, the creation of impermissible risks can be taken as a presumption of causation in law susceptible to defensible contradictory reasoning.

KEYWORDS: causation; omissions; unauthorized risk; increasing risk; fault

INTRODUCCIÓN

En el estudio¹ de los elementos de responsabilidad civil se ha señalado que la causalidad es uno de los más complejos² de configurar, y el cual es capaz de motivar importantes interrogantes en la ciencia jurídica, siendo uno de ellos, la que se suscita con ocasión de la dimensión estructural del requisito³.

¹ Se hace presente que en el cuerpo del trabajo existen traducciones de textos redactados en idioma distinto al español que se han realizado libremente.

² A propósito de la complejidad de la causalidad: DOMÍNGUEZ (2001), p. 7; BARAONA (2008), p. 59; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 358; e, YZQUIERDO (2020), p. 214 y PREVOT (2010), p. 144, con diversas referencias de doctrina en el mismo sentido.

³ En este sentido, en problemas de incerteza causal, por ejemplo, habituales son los cuestionamientos que se ventilan en relación con las demostraciones científicas del vínculo, y que

Con todo, y no obstante el silencio conceptual de Bello al respecto en el *Código Civil*⁴, el particularismo de la causalidad en el Derecho obedece a que desde un plano funcional el elemento es relevante en el juicio de responsabilidad (pensamos en la civil⁵), pues mediante su operatoria es posible determinar tanto la órbita de los responsables como la dimensión de los daños que deben ser indemnizados. Esto es, el *an debeatur* y el *quantum respondeatur*.

En efecto, para ser responsable de un daño resulta necesario haber participado en su gestación, y, a su vez, que la dimensión de las consecuencias nocivas que se le pretenden atribuir al agente a título de daño directo sean vinculables con su participación en el desenlace⁶. Sin ingresar en conceptos, el presupuesto mínimo para que una persona responda por un daño es que este le sea imputable a su conducta y que se pueda establecer una conexión, ante todo comprensible, entre la acción u omisión en reproche y el detrimento a un interés jurídico protegido⁷.

En síntesis, la causalidad, por lo menos, presupone que el hecho generador de la responsabilidad explique el daño, lo que conduce a identificarla como una condición de sentido común⁸; mientras que su análisis resulta evidente cuando su concurrencia es cuestionable⁹.

Así las cosas, el núcleo de los problemas asociados con el requisito objeto de estas líneas, subyace en la constatación de daños cuyo origen es incierto o al menos rebatible desde parámetros científicos¹⁰, lo cual obedece

se discuten con mayor fuerza cuando se pretende abordar la distinción entre causalidades generales y específicas, tanto desde perspectivas sustantivas como adjetivas. Si bien la distinción es reconocida por el *Restatement (Third) of Torts Liability For Physical And Emotional Harm* (2010) en su sección 28 c, aquello no obsta a que sea objeto de análisis por parte de autores tributarios de esquemas jurídicos propios del Derecho latino continental. En este sentido: SAN MARTÍN y LARROUCAU (2020), p. 334 y TARUFFO (2016), p. 168. También puede verse: HAACK (2014), p. 108; CRANOR (2016), p. 258; FERRER (2014), p. 221; y, MUNITA (2014), pp. 241-250.

⁴ Lo cierto es que no fue definida por Bello ni tampoco contemplada expresamente en el Código Civil. Con todo, su relevancia, al menos en el contexto nacional, es posible inferirla desde la formulación de diversas disposiciones en el indicado texto legal. DOMÍNGUEZ (2001), p. 11 y ARAYA (2003), p. 7.

⁵ La importancia de la causalidad incide tanto en el plano contractual como extracontractual. Así, LARROUMET y BROS (2018), p. 676.

⁶ SAN MARTÍN (2019), p. 31; Díez-Picazo (2011), p. 357; QUÉZEL-AMBRUNAZ (2010), p. 448; y, HONORÉ (2015), p. 1480. Desde un plano más periférico, ambas funciones son consideradas por DE CUPIS (2020), pp. 139-140.

⁷ En Chile puede verse en este sentido: BARROS (2020), p. 393; CORRAL (2013), p. 175; y, ALESSANDRI (2011, reimp.), p. 174.

⁸ BARROS (2006), p. 373; RODRÍGUEZ (2010), p. 369; VELÁSQUEZ (2020), p. 507; y, ROJAS y MOJICA (2014), p. 191.

⁹ EPSTEIN (1999), p. 248.

¹⁰ El problema que se presenta normalmente en estos casos es que el pronunciamiento del tribunal requerido por los litigantes, por cierto, es en tiempo presente, aunque los avan-

a una regla general, puesto que en cuestiones de índole sanitaria solo en circunstancias excepcionales la causalidad podrá acreditarse con absoluta certeza o de forma indiscutida. Es lo que ha resuelto la Corte Suprema:

“Que en materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsa-

ces de la ciencia no permiten sentar o separar la conexión casual. De aquí que, existiendo circunstancias que asistan al juez en la definición de su criterio, el recurso a su propia lectura del encadenamiento de los hechos cabe ser entendido como el fondo de una sentencia en la que se tenga por demostrada la causalidad. La cuestión adquiere un ribete de concreción respecto de asuntos en los que detecta un dramático silencio científico, y desde este predicamento, la técnica no es capaz de vincular, pero tampoco de separar.

Lo anterior, es precisamente lo que ha acontecido en daños (esclerosis) vinculados a vacunas contra la hepatitis B en el Derecho francés, en cuya órbita se ha reconocido expresamente que, existiendo proximidad, ausencia de carga genética y el mencionado silencio científico, es posible atribuir la causalidad mediante presunciones judiciales. Sobre este asunto nos hemos pronunciado en MUNITA (2018). Y, para una visión crítica se sugiere revisar el trabajo de BORGHETTI (2016), p. 41.

Debe mencionarse que el camino de las presunciones judiciales ha sido igualmente explorado entre nosotros. En este sentido puede verse un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, donde se resolvió: “Que no existe prueba directa en orden a establecer que en la histerectomía propiamente tal, hubo una rotura de tejidos que en forma clara y manifiesta conformaron la fístula, pero, sí a los pocos días se evidenció dicho efecto recto vaginal, que el demandado diagnosticó el 8 de noviembre, resulta lógico presumir que en el desarrollo de aquella operación se causó un debilitamiento de tejidos o de paredes intestinales por un movimiento erróneo del cirujano, pudiendo ser con un bisturí, y que con los días comenzó a agudizarse hasta concretarse la rotura y aparición de la fístula, cuya sanación requirió un largo tratamiento y sucesivas intervenciones quirúrgicas. No se han rendido pruebas directas en relación a la producción clara de la fístula durante la histerectomía, según ya se dijo más no habiendo aportado el demandado pruebas en orden a demostrar su absoluta irresponsabilidad en los hechos y que la fístula afloró por una condición particular de la actora o por algún padecimiento corporal posterior que pudiera significar o propiciar su aparición, debe presumirse que fue por negligencia médica incurrida en la intervención quirúrgica de 28 de octubre de 2006” (considerando 12). *L. M. con H. S. M.* (2013). Incluso, se ha afirmado que siempre, más allá de las consideraciones sobre la teoría de causalidad que se adopte, el razonamiento del sentenciador debe desarrollarse conforme a las evocadas presunciones judiciales. En este sentido, la misma Corte, en otra sentencia, estableció: “Que, finalmente, en lo que atañe al entendimiento de Serviu Región del Biobío, en cuanto a la inexistencia de relación de causalidad entre sus inconductas que la sentencia da por establecidas en sus considerandos décimo y décimo segundo y los perjuicios a que es condenada, bueno resulta recordar que bajo cualquiera de las directrices doctrinarias que provee el libelo pretensor, sea esta la de la causalidad adecuada, la equivalencia de las condiciones o cualquier otra, lo cierto es que el razonamiento del sentenciador debe desarrollarse en base a presunciones judiciales, en la especie, presunciones que partiendo de conductas probadas y establecidas como aquellas de que dan cuenta los considerandos precitados, lleven al sentenciador a concluir que una o más consecuencias dañosas padecidas por el actor, se derivan racional y probablemente de tales inconductas, cuyo es el caso de autos” (considerando 10). *Constructora Edifika S.A. con Serviu Región del Bio Bio* (2021).

bilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder. En el caso concreto, existen dificultades para establecer el vínculo causal, atendido los grados de incertidumbre”¹¹.

¹¹ *C. L. con Servicio de Salud Metropolitano* (2018). Lo expuesto ha dado paso a una recurrente reflexión académica (por todos véase PARRA [2020], pp. 791-808), y a la aplicación en Chile de la pérdida de oportunidad, que se estima por quien escribe, que opera como un paliativo de la incerteza causal, aun cuando se le presente como una partida de daño moral (véase la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema: “Que, asentado lo anterior, corresponde efectuar la determinación del quantum del daño a indemnizar. Al respecto, es necesario subrayar que dicha tarea constituye una cuestión de difícil resolución en nuestro Derecho, en especial, para el caso del daño moral y más si aquel se funda en la pérdida de una chance, que trae como consecuencia la muerte de la víctima directa, desde que tiene intrínsecamente insertos los sentimientos más profundos de un ser humano frente a la pérdida de un ser querido y la rebaja que aquello conlleva atendido el “bien” a resarcir, la pérdida de una oportunidad. De allí la necesidad de la doctrina y la jurisprudencia de intentar establecer ciertos parámetros que permitan uniformar y dar una mayor certeza al usuario, en lo que refiere al monto a indemnizar” [considerando 6.º]. *A. A. y Á. A. con Hospital Guillermo Grant Benavente, Servicio de Salud Concepción* [2020]) o derechamente como un daño autónomo (PARRA [2020], p. 808) para efectos de evitar distorsiones en nuestro sistema, que es de causalidad cierta y directa y no de balanza de probabilidades.

Entendida así la figura en referencia (como daño autónomo) el tribunal al menos formalmente indemniza el desaparecimiento de la oportunidad conectada con la negligencia. Es lo que ocurre tanto en el ámbito de errores de diagnóstico (a modo de ilustración véase un fallo de la Corte Suprema, en que se ordenó: “Los antecedentes referidos en lo que antecede demuestran con nitidez que el demandado incumplió los parámetros exigibles en la atención del mencionado paciente, puesto que, en lugar de adoptar las medidas necesarias para ello y de seguir los procedimientos adecuados, los profesionales que intervinieron en su atención efectuaron un errado diagnóstico acerca de su estado de salud, concluyendo que sólo presentaba una epididimitis, cuadro conforme al cual procedieron” [considerando 7.º], y: “En las anotadas condiciones resulta evidente que el negligente proceder del equipo médico privó al paciente de que se trata, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar por evitar la pérdida de uno de sus órganos reproductivos, pérdida cierta y real que obliga al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de la misma” [considerando 16]. *C. F. con Fisco de Chile* [2020]); como de tratamiento (véase una sentencia de la Corte Suprema, que estableció: “Que, en cuanto a las infracciones denunciadas al artículo 38 de la Ley N° 19.966 y 19 y 20 del Código Civil, en virtud de lo señalado precedentemente, no han podido configurarse en la especie, desde que la responsabilidad por falta de servicio que se ha tenido por cierta, lo ha sido habiéndose comprobado todos sus elementos, esto es, el actuar tardío o defectuoso del Hospital administrado por el Servicio de Salud demandado, el daño a los usuarios o beneficiarios del referido Servicio, lo que en el presente caso está dado por la pérdida de oportunidad de la niña de sanar o sobrevivir de haber sido sometida a un tratamiento médico adecuado, lo que importa una pérdida de oportunidad también de sus padres por tratarse de sus parientes más cercanos. Y, finalmente, la relación causal entre la falta de servicio y el daño, pues se estableció que, de haberse realizado los exámenes o radiografías

En el ámbito de la resolución de los problemas causales relevantes, la distinción entre una dimensión puramente fáctica de la relación causal y una composición normativa de la misma¹² se nutre de la teoría de la imputación objetiva –que para nosotros es también reflejo de causalidad–, toda vez que esta obedece, postulamos, a una concepción que en el ámbito del Derecho sobrepasa los límites de lo ontológico, físico o material¹³. Esta aproximación, entre sus méritos, se precia de haber identificado algunos criterios para

a la hija de los actores, habría tenido la oportunidad de ser sometida al tratamiento médico adecuado y oportuno, lo que no aconteció en razón de las deficiencias del Servicio que fueron constatadas” [considerando 18]. *M. y otra con Servicio de Salud Ñuble* [2021]).

¹² Cabe referir que las entrañas del presupuesto causal no parecen navegar por aguas quietas. Máxime si las críticas dirigidas a las principales teorías conducentes a la explicación dogmática del vínculo –equivalencia de las condiciones y de la adecuación– revelan su insuficiencia. En cuanto a las críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, véase: BARCENA (2013), p. 91 y ss.; BATTISTA (2014), p. 96; SALVADOR y FERNÁNDEZ (2006), p. 3; MOORE (2011), p. 141; YZQUIERDO (2015), p. 217; y, MALAURIE *et al.* (2017), p. 59.

A propósito del criterio equivalente denominado *but for test* y proponiendo alternativas para perfilarlo bajo una lógica adecuada que limite las condiciones susceptibles de consideración en el entramado causal, véase: HART y HONORÉ (2002), p. 109-110 en relación con HONORÉ (2013), p. 1075; WRIGHT (1985), p. 1788; y, MACKIE (2002), p. 64.

En cuanto a las críticas a la teoría de la causalidad adecuada, véase: PREVOT (2010), p. 162; AEDO (2018), p. 412; y, CATALDO y PÜTZ (2020), p. 338).

Y si bien, tal como expone Fuentes, “La doctrina y jurisprudencia tradicional postulan que el análisis del nexo causal es una mera cuestión de hecho” (FUENTES [2010], p. 24), es del caso reconocer que ciertas aproximaciones intelectuales a través de las cuales se ha revisado la causalidad participan de un dinamismo que impacta la composición del requisito. En este sentido, si bien no hay mayor discusión en que el nexo causal refleja en parte a una cuestión gobernada por leyes de la naturaleza y de concentración en el comportamiento del agente, se discute que su estructura pueda advertir una cuestión normativa. En otros términos, el problema radica en si la referida lectura normativa del requisito conector es en verdad causalidad o el resultado de un mero ejercicio de imputación. Cabe referir, además, que la causalidad normativa normalmente se proyecta desde el análisis de la imputación objetiva. Para una visión panorámica sobre la recepción de la imputación objetiva en el derecho de la responsabilidad civil, véase: AEDO (2020), pp. 122-126.

¹³ Resulta importante sostener que separar la imputación de la causalidad agrega innecesariamente un elemento más al juicio de responsabilidad, sin que existan reales justificaciones al respecto. En efecto, cuando el juez aplica un criterio de orden lógico con el propósito de explicar porqué un determinado comportamiento (*an debeatur*) puede ser o no entendido como el origen de un resultado, y más concretamente, de las consecuencias (daños directos) que deben ser indemnizadas con cargo al patrimonio del responsable (*quantum respondeatur*), no hace otra cosa que recurrir a un razonamiento causal. Lo que indicamos se refleja en el desarrollo que tuvo la teoría de la causalidad adecuada (más allá de sus críticas), normativa por excelencia. En este mismo orden de ideas: DE ÁNGEL (2017), p. 345; MELCHIORI (2020), p. 15; CÁRDENAS (2006), p. 173; BARROS (2020), p. 394; BARROS (2006), p. 374; y, CORRAL (2013), p. 178). En contra, relevantes autores consideran que la causalidad implica una aproximación exclusivamente fáctica, anclada en factores que se ubican en un espacio anterior al fenómeno dañoso: JIMÉNEZ DE ASÚA (1963), p. 496; YZQUIERDO (2015), pp. 222 y 1563; y, CALVO (2017), p. 760.

establecer el alcance de la causalidad ante el reproche de amplitud que supone la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁴. Es así como a través del razonamiento es posible proyectar grupos de casos en los que se vislumbran interrupciones del nexo causal, y que dialogan a su turno con especiales proyecciones intelectuales. Por ejemplo, con la falta de verificación de un incremento de riesgo nocivo; de la configuración de la denominada prohibición de regreso; del quebrantamiento del principio de confianza; o, por no corresponder el curso causal hipotético en reflexión a uno estimado como adecuado, en el sentido de los distintos que pueden presentarse para provocar un determinado resultado¹⁵.

En línea con lo que se viene diciendo, cabe hacer mención a que esta doctrina extraída del pensamiento de Claus Roxin y Günther Jakobs y de sus reflexiones sobre la causalidad desde la lógica de la proyección de elementos delimitadores de la conducta típica en el ámbito penal, es susceptible de un ejercicio de importación, que se estima como afortunada para la determinación de responsables y daños resarcibles en pleitos de responsabilidad civil¹⁶; otorgando orden y especificidad a lo que antes se sometía al buen juicio o a parámetros monolíticos¹⁷.

Más allá de lo anterior, el caso de las omisiones incrementa la dificultad en el razonamiento que conduce a vincularlas causalmente con el daño –de allí que lo entendamos como un supuesto de causalidad incierta–. Esto, porque la omisión no reporta una manifestación de energía que configura un acto voluntario al que puede imputarse el efecto dañoso, de manera tal que la ausencia de este elemento no permite hablar en realidad de una relación de causalidad material; y, porque adquiere relevancia el análisis de la esfera del riesgo que ha tenido lugar a la luz de la posición de garante del sindicado como agente, cuestión que conduce a reflexionar sobre el dominio o control de la situación que se enmarca dentro de su deber de cuidado, con el fin de identificar si la falta de actuación implica la creación de un riesgo no permitido que conlleve a un desvalor de la conducta¹⁸. Lo señalado ha

¹⁴ DÍEZ-PICAZO (1999), pp. 343-349 y GIMBERNAT (2000), pp. 46-49.

¹⁵ Sobre este aspecto es innegable el mérito de Pantaleón en la integración del predicamento en la civilística española cuyas consecuencias se perciben hoy en día: PANTALEÓN (1991), pp. 1561-1591.

¹⁶ Véase DE ÁNGEL (2014), pp. 221-224.

¹⁷ Desde la perspectiva de ordenamientos anglosajones se recurre a la lejanía o proximidad de la causa a través de los criterios de *foreseeability* y *remoteness*, que no necesariamente están ligados al espacio o tiempo en que se produce la conducta respecto del daño, sino a un sentido de vaguedad o solidez de la conexión causal. En todo caso, la valoración está gobernada por el criterio del juzgador. Su sugiere revisar: HART y HONORÉ (2002), p. 254 y CANE y GOULDKAMP (2018), p. 117.

¹⁸ Véase AEDO (2020), p. 133. Se ha enseñado que, en el caso de las omisiones, este criterio también es útil para el análisis de la causalidad, lo que se ha denominado causalidad

inclinado a parte de la doctrina a identificar la culpa con la configuración de la relación causal en las omisiones, en la medida en que el riesgo no permitido que conlleva el quebrantamiento del deber de cuidado permita vincular la inacción con el daño¹⁹.

En el presente trabajo se parte de esta premisa. La intención es verificar si esta se cumple respecto de toda omisión o si es que existen, en cambio, algunos supuestos en que es necesario acudir a criterios que complejicen el recurso a la creación de riesgos no permitidos, y en consecuencia a la sola culpa, con el propósito de identificar la causalidad. El enfoque se dirigirá al caso en que la omisión de la conducta debida no ha incrementado el riesgo, pues de haberse empleado un comportamiento alternativo lícito el daño de igual forma se hubiera verificado.

A modo de ilustración (la cual se retomará más adelante) puede pensarse en un supuesto de omisión vinculado al diagnóstico tardío de una grave enfermedad, que luego decanta en el fallecimiento del paciente. La cuestión implica desentrañar si en realidad aquella culpa puede ser tenida como la causante de la muerte, o dicho en otros términos como una creación de riesgos conectada con el desenlace fatal. Esto es, explorar si es que, de no haber mediado dicha culpa, el resultado de todas maneras se hubiere verificado. En una lectura exploratoria, puede entenderse que no es así, por cuanto al no ser de culpa del médico el origen de la enfermedad no podría estimarse que su comportamiento, por cierto, descuidado, la ha causado, y por tanto no ha incrementado el riesgo (creación de riesgo e incremento de riesgo son conceptos diversos, como se expondrá).

Se hace presente que la cuestión puede asimismo postularse desde la perspectiva de las acciones (aunque no es el derrotero que se seguirá en este artículo). En este contexto, y para mayor claridad, puede pensarse en el supuesto relativo al médico que aún equivocando la anestesia que provoca el *shock* anafiláctico y la muerte del paciente, cuestionablemente puede ser tenido como responsable toda vez que la víctima en potencia hubiera presentado la misma reacción respecto de cualquier anestesia²⁰.

atenuada y que es especialmente aplicable en los casos de omisiones en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Véase GALÁN (2020), pp. 686-688.

¹⁹ Véase AEDO (2020), p. 139. En la doctrina nacional también se ha aludido al riesgo en general como elemento esencial para determinar el nexo causal, sin diferenciar de manera específica entre la situación en que se introduce un riesgo no permitido de aquella en que se incrementa un riesgo existente, adscribiéndose finalmente a la noción de causalidad adecuada. Véase BARROS (2020), pp. 425-427. Se ha considerado también que la adecuación de la causa corresponde a un cálculo de previsibilidad; la causa seleccionada debe sustentarse en datos objetivos y verificables que permitan corroborar una probabilidad relevante o calificada, separándose del análisis de la culpa. Véase LÓPEZ (2020), pp. 125-128.

²⁰ La doctrina se refiere un caso similar al evocado desde la perspectiva del “caso de la novocaína”, que en términos de Gimbernat obedeció a un caso “en el que el médico empleó

El asunto es complejo pues, como se evocará, en el cuadro es susceptible de intervenir la pérdida de oportunidad, cual es otro criterio normativo con vocación de aplicabilidad en supuestos de incerteza causal, bajo cuyo fundamento, aun cuando no se haya incrementado el riesgo, la acción de responsabilidad civil puede prosperar de todas formas, aunque con una entidad indemnizatoria menor, toda vez que el daño se limitará a la oportunidad perdida, incluso de la familia de no poder contar con la presencia del fallecido. Lo interesante, sin embargo, implica desentrañar, si es que, habiéndose incrementado el riesgo, sería razonable que el juez no ordene la indemnización de la integridad de los daños. En esta línea cabe representar como supuesto la omisión negligente de un examen que hubiera evitado el dramático desarrollo de una enfermedad, y preguntarse si es que aquella omisión cabe ser tenida como causalidad de los agravios generados por las consecuencias de la enfermedad, y no solo por la chance que habría sido negligentemente suprimida.

Bajo los supuestos señalados, se propone como hipótesis que la creación del riesgo no permitido, o la culpa, como se indica, no es en toda circunstancia suficiente para determinar la relación causal en las omisiones, por lo que resulta necesario razonar conforme al criterio del incremento del riesgo, para ordenar, en palabras de Fernando Pantaleón, “poner a cargo” del individuo que omite, o no, los daños provocados por su omisión. En tal sentido, se sostiene que la generación de un riesgo no permitido en la omisión permite más bien visualizar una presunción de causalidad, que puede ser derrotada mediante el recurso a criterios normativos de imputabilidad, o, mejor dicho, de no imputabilidad (en caso en que se resuelva que el riesgo no fue incrementado).

Un punto que nos parece importante referir corresponde a que este trabajo se formula desde el ámbito de contingencias verificadas en contextos médico-sanitarios, por cuanto, en ellos puede verse con mayor nitidez la operatividad o rendimiento del criterio del incremento del riesgo. Sin perjuicio de lo anterior, no se dice que la formulación normativa evocada se limita a estos supuestos, y si bien no es propósito de este artículo verificar un ejercicio de comparación de la mencionada operatividad respecto de contenciosos de otra naturaleza, es de interés de quien escribe, desde luego, proyectar dicho cometido en posteriores ejercicios.

Conforme a lo dicho, se abordará –desde una perspectiva expositiva del estado del arte sobre la cuestión– el ejercicio intelectual en cuyo mérito es

cocaína para anestesiar localmente a un niño, omitiendo utilizar novocaína –como exigía entonces la *lex artis*–, muriendo el paciente a consecuencia de la anestesia y de su disposición física desfavorable, aunque posiblemente habría fallecido también si se le hubiera aplicado la novocaína científicamente indicada”. GIMBERNAT (2017), p. 8.

posible identificar la causalidad en las omisiones a través de la tesis de la equivalencia de las condiciones, afirmándose que no parece ser el modelo teórico más adecuado en este propósito, presentándose como fundamento alternativo –al cual se adhiere– el recurso a la tesis de la creación de riesgo no permitido, que descansa en la formulación de un juicio de desvalor de la conducta omisiva (I). A su turno, se ahondará en el campo de la interacción entre la creación del riesgo no permitido y el criterio de imputación por incremento del riesgo, argumentándose que la creación de un riesgo no permitido si bien es reflejo de una causalidad normativa, e incluso puede ser entendido como presunción de causalidad, es susceptible de ser contestado o corregido a través de otros criterios de imputación, tal es el caso, entre otros, del referido incremento de riesgo (II).

I. LA CAUSALIDAD EN EL CASO DE LAS OMISIONES

Es posible advertir que la necesidad de verificar mediante parámetros objetivos cuándo un determinado fenómeno es generador de otro, en la generalidad de los casos, es una interrogante de carácter ontológica; de hecho, es en este sentido que la preocupación por determinar si es que D generó el daño a P ha motivado dilatadas discusiones y la revisión de casos concretos²¹. Por otra parte, es sabido que la responsabilidad está atravesada por la causalidad, y por esto, tanto en el ámbito penal como en el civil, la construcción de las normas ligadas al mencionado elemento se refiere a la necesidad de determinar cómo la conducta positiva de alguien causa una consecuencia, o en términos simples, cómo A provoca la muerte de B; o, D motiva la aflicción a P.

Con todo, la cuestión no se reduce a una aproximación material, toda vez que también son pertinentes reflexiones de orden jurídicas respecto de la atribución de una consecuencia a una conducta cuya evitación es deseable, lo que en los ordenamientos jurídicos anglosajones se denomina *deterrence*. Es decir, puede distinguirse una acepción de la causalidad en el ámbito jurídico independiente a la relación de causa y efecto de las ciencias naturales. Con ello, es factible flexibilizar la construcción del nexo entre un acto u omisión y un resultado dañoso, aminorando el rigor de las exigencias fácticas del mismo, con el fin, según se ha dicho, de que se consolide una finalidad de carácter preventiva y general de daños abordables por la responsabilidad civil²².

Lo señalado explica la razón por la que, en la responsabilidad civil, la equivalencia de las condiciones, suficiente para determinar la causalidad material, no es útil para identificar el curso causal más cercano al resultado

²¹ EPSTEIN (1999), p. 175.

²² MOORE (2009), p. 302.

dañoso en cada caso, pecando de una excesiva generosidad en el sentido de que el espectro de cursos causales se expande más allá de los límites de lo que racionalmente puede considerarse²³; pero, también de una marcada insuficiencia, en la medida en que no ofrece soluciones a casos complejos, como los daños producidos por un miembro indeterminado del grupo, particular figura de causalidad alternativa²⁴.

Las propuestas con las que se pretenden esquivar los problemas de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en el marco de causalidades jurídicas o normativas (*causation in the law*)²⁵, han considerado como soluciones efectivas a la teoría de la causalidad adecuada²⁶, la previsibilidad y la proximidad de la relación causal entre la conducta y el hecho (o *foreseeability and remoteness* para el derecho anglosajón)²⁷, así como la teoría de la imputación objetiva²⁸.

²³ LE TOURNEAU (2008), p. 20.

²⁴ Díez-PICAZO (1999), p. 335 y AEDO y MUNTA (2021).

²⁵ HART y HONORÉ (2002), pp. 85-86. Los referidos autores consideran que en ciertas situaciones, como las que dicen relación con supuestos de responsabilidad vicaria o gobernados por esquemas de responsabilidad estricta, son las creaciones de riesgo las que adquieren mayor relevancia en el propósito de conectar daños a conductas, que el conjunto de operaciones tendientes a proyectar una tradicional lectura de causalidad. Así las cosas, la *causation in the law* puede verse determinada por el riesgo que genera la actividad nociva.

²⁶ El asunto se desarrolla especialmente en el *tort of negligence*, en el que se han distinguido claramente dos momentos en la causalidad, el llamado *actual cause* o *cause in fact* y un segundo denominado *proximate cause* o *scope of liability*. Véase GOLDBERG y ZIPURSKY (2010), pp. 94-98. En la tradición latina continental, lo explicado coincide con la expresión utilizada por Fernando Pantaleón, cual es, “poner a cargo” el daño a quién cometió el acto u omisión culpable. PANTALEÓN (1991), pp. 1561-1591.

²⁷ Esta categoría que, en la tradición del Derecho civil se acerca a la noción de previsibilidad, es utilizada en el *common law*, tanto para el análisis de la culpa (*negligence*) en lo referente a la ruptura del deber de cuidado, como para el establecimiento de la relación causal, y funciona como criterio para determinar el alcance de la responsabilidad generada por la conducta negligente. CANE y GOULDKAMP (2018), pp. 114-116.

²⁸ La que ha penetrado en la doctrina sobre responsabilidad civil en Chile (como por ejemplo el citado AEDO [2020], pp. 122-126), y que tiene presente en su reflexión la construcción de grupos de casos elaborada por PANTALEÓN (1991), pp. 1561-1591, a partir de criterios específicos que permiten delimitar situaciones de exclusión de la responsabilidad que no pueden ser abarcadas por la teoría de la equivalencia de las condiciones. Se ha señalado que la teoría de la causalidad adecuada ya implicaba una explicación relacionada con la imputación, en la medida en que su objetivo consiste en explicar si determinados hechos deben ser considerados jurídicamente como causalmente relevantes y si permiten la imputación del hecho a determinada persona. La referencia directa se produce respecto el pensamiento de Roxin, a propósito de la creación de riesgos no permitidos, y de Jakobs, sobre la posición de garante y el rol adoptado por el agente. Ello, sería estructurado por el citado Pantaleón en criterios específicos de exclusión de la imputación, como el riesgo general de la vida, provocación, fin de protección de la norma e incremento del riesgo o supuesto de competencia de la víctima. Véase Díez-PICAZO (2009), pp. 340-348.

Si bien lo anterior tiene pleno asidero en el caso en que se hable de una acción culpable, por cuanto existe una manifestación material de la que se espera un determinado efecto o modificación de la realidad, surge la duda de la configuración del nexo causal cuando lo que tenemos en frente es una omisión. Es decir, cuando no existe un desplazamiento de fuerzas que altera la realidad. Esto, porque sería posible considerar que la responsabilidad emerge en la medida que pueda ser representado que, si el agente actuaba de manera distinta a aquella que quebrantó el deber de cuidado, el daño podía haberse evitado. Por lo tanto, el demandado encarnaba una determinada posición de garante que le obligaba a actuar de una manera en particular, lo que conlleva a que la abstención opuesta en términos virtuales a la conducta esperada implique una conexión entre la omisión con el daño producido, poniéndolo a cargo del garante²⁹.

Ha de afirmarse entonces que respecto de las omisiones no opera la doctrina de la equivalencia de las condiciones, pues no hay condición ontológica que analizar. En realidad, lo que se indaga aquí, incide en un juicio hipotético y valorativo relativo a lo que habría sucedido si el sujeto llevaba a cabo la conducta debida³⁰, lo cual es incompatible con la tesis en referencia.

Con todo, pudiera también sostenerse, que a diferencia de lo que sucede en el campo de las acciones culpables, en las que la operación de la supresión mental de la conducta permite identificar si la condición bajo análisis fue la causa o no del daño, en las omisiones, un ejercicio en principio similar puede ser acometido a través de la incorporación imaginaria de la conducta que debía adoptarse, dinámica en la cual resulta relevante la determinación del rol o esfera de resguardo que tenía el demandado³¹.

Luego, si incorporando a los hechos la conducta debida, el daño deja de producirse o se reduce el riesgo no permitido, el agente es responsable por el daño generado por su omisión culpable. En atención a lo dicho, esta construcción específica en la omisión ha permitido defender que, si la acción debida no hubiera impedido el resultado dañoso, ni su omisión incrementado un riesgo no permitido, no es posible imputar el daño a quien omite³². La

²⁹ PEÑA (2019), p. 24.

³⁰ DE ÁNGEL (2014), p. 158.

³¹ JAKOBS (1997), p. 60. El autor enseña que: “[...] el rol de referencia es el de quien está autorizado a tomar parte en ese ámbito vital. En consecuencia, puede suceder que, dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de una permisión de riesgo; por ejemplo, en un contexto profesional dichas condiciones serán elevadas, mientras que si se trata de un contexto más bien de legos serán limitadas. En este sentido, por ejemplo, la madre que venda con un trozo de tela una pequeña herida en la pierna de su hijo, actúa aún dentro del riesgo permitido, mientras que el médico ya estaría de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica”.

³² Díez-PICAZO (1999), p. 348.

pregunta es si aquello es o no reflejo de equivalencia de condiciones: se defenderá que no es así.

Dicho lo anterior, a continuación, se indagará en el ejercicio específico que requiere la aplicación del criterio *conditio sine qua non* o *but for test* (para el esquema anglosajón) en las omisiones, lo que, acto seguido, permitirá argumentar que el centro de la causalidad en esta materia se refiere al desvalor de la conducta omisiva como creadora de un riesgo no permitido, razonamiento que ha llevado a plantear a parte de la doctrina que la conexión entre la culpa y la causalidad es decisiva³³.

1. Peculiaridades en la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones

Se ha referido que en las omisiones no podría proyectarse una relación de causalidad ontológica, por cuanto no existe una modificación de la realidad que produzca un determinado resultado. Se ha señalado, además, que la acción es un concepto fáctico que puede desarrollarse sin la necesidad de una calificación valorativa. Entendemos que la primera de las argumentaciones resulta evidente, por lo que no ingresaremos más en ella. Sin embargo, respecto de la segunda se suscitan más inquietudes. En este orden de ideas ¿el tratamiento de la omisión reposa sobre una dimensión neutra carente de matices axiológicos, similar a la acción generadora de consecuencias jurídicas relevantes? Estimamos que no. Hablar de omisión no persigue identificar o referirse a una ausencia de acción, por cuanto en realidad lo que interesa es definir normativamente si aquel “no hacer” debió “haberse hecho”, lo cual obedece por cierto a un juicio axiológico³⁴.

La calificación de la omisión, por lo tanto, está en esencia ligada al rol o comportamiento esperado del agente. Por eso, el médico puede no despedirse amablemente de su paciente sin tener que responder por ello en atención a un eventual incumplimiento de su deber de cuidado vinculado a su posición de garante en la relación clínica. En cambio, se expone a ser demandado civilmente por los daños originados por no informar los riesgos inherentes a una intervención; o, por no proporcionar las indicaciones necesarias para el éxito de un proceso post operatorio que termina materializando el riesgo de una recaída.

Más allá de lo anterior, se ha señalado que el nexo causal entre la omisión del agente y el acaecimiento del daño no es condición ni necesaria, ni suficiente, para la imputación; sosteniéndose que la aproximación empírica o material de causa y efecto es la única que puede, en propiedad, denomi-

³³ AEDO (2020), p. 139.

³⁴ GIMBERNAT (1987), p. 579.

narse causalidad. Aquello, pues en la medida que, de aplicarse una necesaria inversión de la carga de la prueba, como es natural ante el hecho de que no se pueden probar hechos negativos, puede considerarse como responsable al demandado que no logre rendir prueba suficiente de que su omisión no pudo haber generado el daño³⁵, lo cual obedece a un razonamiento vinculado a la acreditación de ausencia de culpa.

De lo expuesto se desprende que la crítica al requisito de la causalidad en las omisiones puede configurarse desde la afirmación que más que un asunto de causalidad, la cuestión se identifica con la culpa. Así, se vislumbra que buena parte de los pleitos civiles indemnizatorios son atribuibles a omisiones que contribuyen a la concreción del daño o, de otro lado, debilitan la resistencia a su provocación. En el primer grupo se encuentra el galeno que omite un diagnóstico oportuno y permite que el paso del tiempo contribuya al agravamiento de un mal que termina en un daño importante a la salud. En el segundo, el guardián que omite su deber de vigilancia o control incumple con su deber de resistir al daño que pueda provocarse, configurándose, en consecuencia, supuestos de comisión por omisión. El cuestionamiento se construye aquí pues, según se ha dicho en la doctrina, en la omisión “la ley establece un deber de actuar que el obligado incumplió: no hay causalidad sino incumplimiento de un deber [...]”³⁶. Así las cosas, es la culpa –y no un específico criterio de causalidad– la que conduce a la condena indemnizatoria.

Además, es conveniente que hagamos presente que la aplicación del *but for test* en las omisiones también ha sido un problema sin clara solución en el *common law*. En este sentido, se ha manifestado que

*“English law allows that an omission may be causative if it results in the existence of a positive element of the causal process by which it occurred”*³⁷.

Luego, para acometer la tarea de esbozar la causalidad entre la omisión y el daño se suele recurrir a argumentos de *policy*, en los que el desvalor de la conducta omisiva es relevante³⁸.

De lo anterior podemos seguir, entonces, que el concepto de omisión no puede alejarse de la noción de quebrantamiento de un particular deber de cuidado, y se eleva en cuanto hecho generador de responsabilidad en la medida que el comportamiento omitido era el previsto o esperable en

³⁵ GARCÍA (2013) pp. 135-136 y FINN (2017).

³⁶ SALVADOR y FERNÁNDEZ (2006), pp. 3-4.

³⁷ STEEL (2015), p. 24.

³⁸ Las limitaciones del *but for test* en el caso de las omisiones, a las que ha arribado como conclusión la dogmática de los ordenamientos jurídicos de tradición continental, parecen repetirse en el *common law*. Véase FISCHER (1992), p. 1384.

base a una norma que lo exija, sea porque dicho comportamiento, de haber ocurrido, hubiera contribuido a que un daño no tuviera lugar; o, porque el mismo corresponde a lo que el agente debe realizar en su posición específica de garante encaminada a lograr la indemnidad de los bienes o intereses que han sido afectados³⁹.

Por último, es posible concebir que el comportamiento puede expresarse a través de dos modalidades, una activa y otra pasiva (hacer y no hacer), las que deben ser sometidas a un juicio de desvalor emanado del incumplimiento del deber de conducta. De ello, surgen las nociones de acción y omisión desvalorada (si no se entienden como tales, estarán dotadas de una carga axiológica neutra); en última instancia, ese desvalor puede tener connotaciones jurídico penales convirtiéndose en una omisión típica⁴⁰. Es luego, en el ámbito de la responsabilidad civil, que el desvalor de la conducta puede ser identificado con la culpa, la que puede también ser vista desde la perspectiva de la creación de un riesgo no permitido y generar la conexión entre el daño y la omisión culpable⁴¹.

Lo anterior exige que entre el no hacer, objeto de juicio de desvalor (culpable), y el daño sea representada la conducta debida y se verifique, en consecuencia, si este último se desvanece. Esto, por cuanto permite concluir que la adopción de la conducta debida, como parte del rol exigido por la norma para ese agente, hubiese contribuido a la no materialización de un riesgo permitido.

Aquello no puede entenderse como una manifestación de equivalencia de las condiciones, toda vez que para que aquella tenga vocación de aplicabilidad debe haber existido un curso causal compuesto por acciones que sienten a su turno las bases de un razonamiento pretoriano centrado en argumentos fácticos y no normativos como ocurre en materia de omisiones.

Así las cosas, la causalidad material, por lo tanto, y aunque sea ya redundante, no es viable en las omisiones, por lo que el juicio para determinar la conexión entre esta y el daño es del todo normativo, subsumido en la culpa y en la proyección del comportamiento alternativo que era dable esperar del agente. Reiteramos, el agente no hizo lo que debía hacer, lo cual, de haberlo hecho, no hubiera causado el daño cuya indemnización se exige.

En el siguiente acápite se profundizará en lo que se acaba de referir. En concreto, en la relación entre culpa, entendida como creación de un riesgo no permitido, y la causalidad en las omisiones, con el fin de someter a prueba la suficiencia de esta afirmación.

³⁹ GÓMEZ (2005), p. 6. Sobre el concepto de deber de indemnidad, puede verse: PAPA-YANNIS (2002), pp. 701-715.

⁴⁰ GIMBERNAT (1987), pp. 604-606.

⁴¹ AEDO (2020), p. 127.

2. La creación de un riesgo no permitido y el desvalor de la conducta omisiva como fundamento de la causalidad

Se ha señalado hasta el momento que la causalidad supone, en primer lugar, la determinación de la relación causa y efecto entre la acción u omisión culpable y el resultado dañoso; categoría de conexión de orden naturalística, comprendida por la denominada causalidad material y explicable mediante la teoría de la equivalencia de las condiciones o del *but for test*. Esta afirmación genera dificultades respecto de las omisiones, puesto que el mecanismo antes evocado no parece ser suficiente para determinar el nexo causal entre un comportamiento pasivo (no hacer) y un resultado dañoso. Por eso, algunos autores se han decantado por someter a la conducta a un criterio normativo, a partir del deber de cuidado o la conducta esperable del agente, determinado según su relativa esfera de riesgo y el estándar del actuar de una persona razonable⁴². En otras palabras, la omisión es comprendida como un comportamiento pasivo desvalorado; en circunstancias que dicho desvalor se refleja en una creación de riesgos no permitidos que pudo evitarse si se adoptaba una conducta activa opuesta exigible. Solo mediante la determinación de dicha conducta se puede verificar que su ausencia genera un resultado dañoso y si es que este podía ser evitado.

240 Lo mencionado conecta a la culpa y la causalidad en las omisiones, por cuanto se las puede identificar a partir del incumplimiento de deberes positivos de cuidado impuestos al agente⁴³. Debe referirse que la estrecha relación entre causalidad y culpa en las omisiones ha sido advertida por autores recientes, enseñándose que, cuando el hecho examinado es la omisión de una conducta debida, la determinación de si hubo o no nexo causal obliga a la representación intelectual del derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de no haber faltado la omisión en cuestión. De ello, se sigue que la supresión mental del hecho enjuiciado se convierte en la agregación mental de la conducta exigida, elevándose como presupuesto de un deber jurídico del agente respecto de la víctima⁴⁴.

⁴² Para referencias sobre la noción de conducta de una persona razonable, y su uso como sustituto a la referencia al “buen padre de familia”, en el medio nacional se puede consultar: SAN MARTÍN (2018), pp. 182-185. En el mismo sentido, aunque dentro del tratamiento de la culpa y la determinación judicial del deber de cuidado, BARROS (2020), pp. 112-113.0

⁴³ BARROS (2020), p. 399.

⁴⁴ MEDINA (2019), p. 24. En otro razonamiento que vincula el deber de actuar con la posibilidad del juicio contrafáctico de la causalidad en las omisiones se ha afirmado por MARTÍN-CASALS (2020), p. 224: “de entrada, no parece que pueda decirse que la doctrina de la causalidad fáctica que, de modo generalizado se sigue en todos los ordenamientos jurídicos incluido el nuestro, no sirva para determinar la causalidad de hecho ante determinados supuestos como las omisiones. La mayor parte de autores está de acuerdo en que puede establecerse una relación de causalidad fáctica entre una omisión y un daño, siempre que exista un deber de actuar. No

A mayor abundamiento, al no estar en condiciones la omisión de causar efectos en las ciencias naturales por el principio *ex nihilo nihil fit*, para que dicho comportamiento inactivo pueda significar efectos de relevancia jurídica, es necesario someterlo a un sistema impropio de causalidad conformado por un deber positivo (*affirmative duties* en el *common law*)⁴⁵, en los que la norma impone al agente el actuar para prevenir o evitar el peligro de daños de terceros. A este supuesto se adiciona la necesidad del *test* valorativo en el que, agregando al curso causal hipotético la conducta debida, el daño no se hubiese producido⁴⁶.

En el mismo sentido, la doctrina belga, admite que la omisión debe motivar la reflexión del tribunal, en torno a inferir que habiendo tenido lugar el comportamiento omitido (comportamiento lícito esperado) el daño no se hubiera verificado, sosteniendo:

*“Si la faute consiste en une omission, il s’avère en revanche impossible de raisonner par élimination. Le juge n’a d’autre solution que de substituer à l’omission fautive l’acte positif que l’auteur négligent aurait alors dû poser. Un lien de causalité sera retenu dès l’instant où le juge estime que le dommage ne se serait pas produit de la même manière si l’auteur avait adopté le comportement licite attendu de son auteur”*⁴⁷.

241

En el contexto colombiano ahora, se ha afirmado que la relevancia de la conducta debida, la posición de garante y la esfera del riesgo relativo deben ser considerados como parámetros relevantes en la calificación de la omisión a título de causa del daño, interpretándose la cuestión bajo una estructura tripartita. Así, se ha enseñado que:

“en este orden de ideas, se comparte que en eventos de omisión no opera la causalidad por actos positivos, por cuanto no tenemos la

obstante, aunque la existencia del deber es necesaria para determinar cuál será la actuación relevante cuya condición causal debe ser analizada, la existencia del deber puede incluso plantearse en otro plano (el de la actuación culposa/antijurídica), pero no es imprescindible para el análisis contrafactual, ya que sigue siendo posible plantearse si se habría producido el efecto en caso de no haberse omitido la conducta, con independencia de que fuera debida o no”.

⁴⁵ Estos deberes están relacionados generalmente con la posición de garante del agente o su deber de evitar la creación de un riesgo no permitido. Así se puede verificar, por ejemplo, en el artículo 10 de la ley n.º 20584, de 2012, que señala el deber de información del médico en la relación clínica; o, en las secciones 37 y 44 del *Restatement Third of the Law of Torts (Physical and Emotional Harm)* que señala: “an actor whose conduct has not created a risk of physical or emotional harm to another has no duty of care to the other unless a court determines that one of the affirmative duties provided in §§. 38-44 is applicable”.

⁴⁶ PEÑA (2019), pp. 17-18.

⁴⁷ CATALDO y PÜTZ (2020), p. 341.

dicotomía de causa-efecto, si no una especie de trípode: norma obligacional-constatación fáctica del incumplimiento-efecto”⁴⁸.

Desde la perspectiva chilena se ha relevado la necesidad de que exista un deber de conducta como presupuesto para la causalidad en las omisiones, configurándose un caso claro de causalidad jurídica, acercándose al criterio de imputación cuando el agente sobrepasa el riesgo permitido⁴⁹. Sin perjuicio de lo anterior, se detecta también una sólida argumentación respecto a la conexión y casi indistinción entre la culpa entendida como riesgo no permitido y la causalidad, con énfasis en las omisiones. La idea basal que se defiende es que la culpa puede entenderse como una herramienta de distribución de riesgos, en circunstancias que la creación de riesgo no permitido, a partir de la definición del deber de cuidado, establece un radio de conductas que son desaprobadas por la sociedad en su conjunto; y, se defiende que el criterio del incremento del riesgo o conducta alternativa lícita queda subsumido en el de creación de riesgo no permitido⁵⁰.

Reconociendo la precisión dogmática de los razonamientos antes expuestos, y que, en el caso de las omisiones, la causalidad se construye a través de una valoración normativa conducente a una vinculación muy estrecha con la culpa, en nuestra opinión, parece pertinente intentar delimitar el ejercicio tendiente a atribuir el daño a la conducta (omisiva) bajo cuestio-

⁴⁸ OLIVARES, (2020), pos. 5375, edición de Kindle. También en la doctrina colombiana se pronuncia en similar sentido TAMAYO (2007), p. 250, quien señala que, en las omisiones, la causalidad está “directamente ligada a la culpa. Sin culpa no hay nexo de causalidad y viceversa. Es claro que el agente físicamente no causa el daño, pero haber omitido realizar la conducta que lo hubiera evitado hace que pueda predicarse el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. Ello es así ya que, en el fondo, cuando el agente, por realizar una determinada conducta, omite realizar aquella a la que estaba obligado, está realizando un acto que le estaba prohibido, pues la única conducta que le era lícita en ese momento era justamente aquella que omitió, lo que, finalmente, desembocó en el daño. Es decir, aún en la omisión pura y simple hay una acción ilícita por parte del agente. Por ello se dice que el daño le es imputable causalmente”.

⁴⁹ BARAONA (2008), pp. 79-83. En sentido semejante, PERIN (2020), p. 219, aunque desde la perspectiva del Derecho penal en un análisis de la relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación del resultado, señala: “mientras no se compruebe que el perjuicio no se hubiese producido si el agente hubiese actuado conforme al comportamiento jurídicamente esperado, el resultado no se le puede imputar al causante imprudente (o al sujeto garante a quien corresponda debido al alcance de su posición jurídica calificada) [...] En los delitos comisivos, la valoración de la evitabilidad permitiría establecer la existencia de la relación de riesgo entre la conducta imprudente y el resultado, sin perjuicio de que la relación de causalidad (material) haya sido previamente comprobada. En cambio, cuando se trate de delitos de comisión por omisión, el nexo de causalidad omisivo hipotético podría estimarse normativamente existente sólo en la medida en que se pueda argumentar que la intervención del garante hubiese evitado el resultado lesivo”.

⁵⁰ AEDO (2020), p. 133.

namiento, por cuanto no siempre dicha identificación puede reflejarse. Para el análisis nos serviremos en el siguiente acápite del supuesto en que la incorporación hipotética de la conducta debida no modifica el riesgo de materialización del daño; es decir, no cumple con su función de evitar el riesgo, y, de todos modos, este acontece.

Es en este sentido que se considera fundamental entonces probar que el riesgo materializado se habría producido aun con la introducción de la conducta debida o el cumplimiento del deber de cuidado, con una probabilidad rayana a la certeza: solo así podrá evitarse la condena indemnizatoria.

Lo expuesto habilita a que en este trabajo se indague a propósito del criterio de imputación propio al incremento de riesgo desde la perspectiva de la proyección de la conducta alternativa lícita⁵¹. En esta línea, a continuación, se intentará argumentar –con un énfasis en sentencias propias al ámbito sanitario– que la creación de un riesgo no permitido en la omisión culpable permite presumir la causalidad entre esta y el daño; aunque la prueba de un nulo incremento de riesgo, desde la perspectiva de la conducta alternativa exigible, excluye la responsabilidad. Es del caso reiterar: la culpa identificada como creación de un riesgo no permitido, en las omisiones, no supone en todo caso causalidad, ya que el demandado no debiera ser privado de la posibilidad de exponer que la omisión bajo reproche no incrementó el riesgo de generación de ese daño.

243

II. EL INCREMENTO DEL RIESGO COMO DELIMITADOR DE LA RELACIÓN CAUSAL EN LAS OMISIONES

La discusión sobre la causalidad desde su dimensión fáctica es abordada, como ya se ha expuesto, por la teoría de la equivalencia de las condiciones o por el criterio *but for test*. El problema es que el espectro de causas explicativas del daño se amplía de manera ilimitada tras la aplicación de la

⁵¹ Cuando nos referimos a la teoría de la conducta alternativa lícita en su sentido más amplio tomamos en cuenta el desarrollo propuesto por JAFFERALI (2014), pp. 110-111, quien, en perspectiva del ordenamiento jurídico alemán, comenta: *“En Allemagne, au contraire, il semble que la procédure de substitution soit entendue de manière beaucoup plus large, et permette ainsi de remplacer le comportement par un autre comportement entièrement différent (procédure de substitution au sens large). C’est ainsi, par exemple, qu’au titre de l’alternative légitime, la jurisprudence allemande vérifie si le dommage se serait également réalisé si le défendeur avait vendu d’autres produits que les produits contrefaits, si le médecin avait correctement diagnostiqué le problème, ou encore si le vice de procédure avait pu être réparé par une autre administration. Il semble en outre que, dans ces différents cas, la causalité puisse être exclue même si le dommage qui serait résulté de la conduite alternative légitime est certes similaire au dommage réellement subi, mais s’en distingue néanmoins du point de vue de l’espace, du temps, ou de la manière exacte dont il s’est produit. On est donc loin du droit belge où le lien causal ne peut être exclu que si, sans la faute, le dommage s’était réalisé (exactement) de la même manière”*.

supresión mental hipotética del factor examinado con relación a la verificación del agravio. Así, pueden ser objeto de la referida operación causas remotas y sin implicaciones relevantes desde lo jurídico. Pudiendo ver comprometida su responsabilidad quien vende un arma a una persona que, más tarde, comete un homicidio usándola; o, el conductor que causa una lesión menor a una persona que luego muere en la ambulancia por la aplicación de un medicamento respecto del cual es alérgico.

Con el propósito de contrarrestar los aludidos efectos, el criterio de la adecuación aparece con el fin de delimitar las causas susceptibles de valoración jurídica para la configuración del nexo causal, consolidándose la posición conducente a relevar la valoración normativa de condiciones que en términos razonables o desde una lógica de probabilidad pueden considerarse como el origen del daño. Por esta razón, este criterio también ha sido considerado como de imputación⁵².

Pero la necesidad de imputar al autor de la conducta el resultado dañoso no se agota en lo antes indicado, pues se profundiza con el desarrollo de los

⁵² BARROS (2020), p. 399. La adecuación como criterio de imputabilidad ha sido señalada por Díez-PICAZO (1999), pp. 340-341, quien manifiesta: “[...] la teoría de la adecuación puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino una teoría de la imputación. Dicho de otro modo, no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona”. En Chile, la Corte Suprema se ha referido a la adecuación como medio idóneo para delimitar las causas jurídicamente relevantes: “En efecto, y como han referido los autores citados en los párrafos anteriores, las doctrinas de la causa adecuada o de la imputación objetiva representan buenas razones de derecho para establecer cuál de las conductas o hechos que conforman la causalidad natural o fáctica del accidente (en este caso, defectuosa construcción o sismo) son las que resultan atribuibles de manera directa y suficiente al evento dañoso, pues como se ha venido razonando hasta ahora, no basta con la doctrina de la equivalencia de las condiciones que establece una causalidad fáctica para culpar del daño a un responsable, sino que resulta indispensable, frente a varias causas alegadas, calificar jurídicamente cuál de estas es la que resulta más razonable para tenerse como explicación causal de la producción del daño, por su incidencia de causalidad jurídica, aplicadas al caso en estudio” (considerando 9.º); y, “Que, de los antecedentes descritos, y relacionados con la demás prueba rendida, es posible observar que el origen de las condiciones de movilidad del suelo en que se emplazaba la casa habitación del demandante, devienen de la ejecución del edificio por parte de la demandada y en el desarrollo de una sistema de contención insuficiente, donde la ocurrencia del sismo no hace sino evidenciar la falta de soporte, no siendo el hecho determinante de los daños demandados. Se trata así de una condición de vulnerabilidad derivada de la actividad del demandado que ejecuta una excavación que elimina la condición soportante del suelo sin desarrollar como era su deber una obra de contención que tuviese la cualidad necesaria para evitar, en todo momento, el movimiento de acumulación de arena de la duna impidiendo dañar la construcción de la casa vecina, cuya existencia conocía” (considerando 12). *F. G. y otra con Inmobiliaria Las Rocas S.A* (2021).

criterios específicos extraídos de la dogmática penal alemana y que fueran sistematizados para la civil por Fernando Pantaleón⁵³. Como se ha señalado, en las omisiones el problema es más complejo, al no configurarse la causalidad en sentido estricto e identificarse esta, de forma no siempre correcta, a partir de la calificación de la conducta como originadora de un riesgo no permitido.

En este sentido, a continuación, se profundizará en el criterio del incremento de riesgo o aplicación de la conducta alternativa lícita, con el fin de explicar su funcionamiento en el caso de las omisiones y de la manera en que puede complementarse la vinculación entre la culpa o la creación de riesgo no permitido y la causalidad normativa.

1. El incremento del riesgo o apreciación de la conducta alternativa lícita en las omisiones

El criterio que se pretende analizar se sostiene en el presupuesto de la infracción a un deber de cuidado, por una acción u omisión negligente, que ha configurado un riesgo no permitido. El agente se ha comportado de una manera distinta de la que debía, esto es, de acuerdo con un umbral de diligencia inferior de aquel determinado por el juez, o infringiéndose el que

⁵³ Sobre los criterios de imputación objetiva desarrollados por Pantaleón resulta ampliamente ilustrativo el análisis de Ricardo de Ángel, en el que se los pone a prueba ante casos difíciles, y reflexiona, efectivamente, sobre la utilidad de esta teoría para resolver los problemas de causalidad. Como ejemplo y con el propósito de revisar opiniones encontradas respecto del alcance de la responsabilidad y la extensión del nexo causal cita el precedente norteamericano *P. con Long Island Railroad Co* (1927) en el que los jueces Cardozo y Andrews discutieron sobre la imputación de un daño de “alteración nerviosa” ocurrida a una pasajera de tren por motivo de la caída de una báscula, a partir de la explosión de fuegos artificiales tirados por un pasajero al que los empleados de la compañía demandada intentaron embarcar al tren en movimiento. La tesis mayoritaria señaló que la actuación culpable del empleado era muy remota respecto del resultado dañoso. Por otro lado, el autor se refiere a cada uno de los criterios de imputación, por ejemplo, en el referente al riesgo general de la vida, expone que puede ser sencillo determinar que el autor de una pequeña lesión no puede ser imputado por la muerte producida por un choque del taxi en que la víctima se trasladaba al hospital para curaciones; sin embargo, el caso se complica si la gravedad de la lesión original la conecta de manera más precisa al resultado, al obligar a incrementar la velocidad del vehículo de traslado o comprometer la eficacia del tratamiento que pueda aplicarse. Para de Ángel, esta valoración no deja de ser subjetiva. El autor se refiere también al criterio de prohibición de regreso que excluye el proceso causal iniciado por un sujeto, cuando el resultado dañoso es provocado por la intervención de un tercero que interrumpe el nexo causal. Sin embargo, el análisis es más complejo si la conducta de este último es significativamente favorecida por el primero; o, cuando el autor mediato hubiese infringido una norma cuya finalidad consistiera en prevenir o evitar la intervención del tercero. Similares razonamientos desarrolla sobre el criterio de provocación, para concluir que la objetividad pretendida en la teoría de la imputación no llega a configurarse concretamente como tal. Véase DE ÁNGEL (2014), pp. 221-280.

era susceptible de exigirse. El comportamiento en definitiva ha sido culpable, toda vez que la negligencia opera como un mecanismo de distribución de riesgos sociales. Con todo, se estima que la cuestión no ha de agotarse aquí, toda vez que el criterio de imputación del incremento o de no incremento del riesgo va más allá de la mera identificación de la creación de un riesgo no permitido, y configura un ejercicio comparativo entre la realidad presentada con este y aquella hipotética en la que el mismo no aparece, con el fin de verificar si este fue decisivo en la consolidación del resultado dañoso, o, por el contrario, se hubiera producido de todas maneras.

Si la producción del daño tuviera lugar después del ejercicio comparativo propuesto, no será posible imputarlo al autor de la conducta negligente o introductora del riesgo no permitido, por cuanto no influyó en el resultado. Sobre este respecto un célebre autor español, señala:

“[...] un evento dañoso no es objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en estas circunstancias no habría sobrepasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión”⁵⁴.

246

Ahora bien, se ha afirmado que la noción de riesgo permitido se manifiesta de manera más clara en el ámbito penal, por la gravedad de las consecuencias de la configuración de la conducta típica y su resultado en la víctima; mientras que en el ámbito civil no aparece tan clara⁵⁵, toda vez que dependería de una valoración que permite identificar quién pagará los costes de una conducta determinada⁵⁶.

Dicho lo anterior, consideramos que la cuestión del incremento del riesgo se presenta como una herramienta útil para los casos más complejos en los que la culpa, entendida como creación de un riesgo no permitido, no tenga la entidad para convertirse en criterio único de imputabilidad. En otras palabras, cuando pueda esgrimirse como defensa del demandado que la adopción de la conducta debida no hubiera modificado el resultado, lo que la convierte en irrelevante para la imputación⁵⁷.

⁵⁴ PANTALEÓN (1991), p. 1579.

⁵⁵ DE ÁNGEL (2014), pp. 249-250.

⁵⁶ SALVADOR y FERNÁNDEZ (2006), p. 8.

⁵⁷ En contra de la aplicación de criterios adicionales de evaluación de la conducta adicionales a la creación de riesgo no permitido y materialización de dicho riesgo podemos citar a CARRASCO (2021), pos 25812, edición de Kindle, quien es escéptico respecto de la misma necesidad de imputación objetiva en responsabilidad civil: “Mientras el Derecho penal requiere que se diga que el incumplimiento de la norma de cuidado (imprudencia) constituye

De ello puede desprenderse que la prueba debe alcanzar un estándar alto de certeza sobre lo mencionado⁵⁸, de lo contrario, la balanza en favor del demandado podría inclinarse de manera desproporcionada, con amplias posibilidades de romper el nexo causal⁵⁹. En esta aproximación un análisis de probabilidades tiene relevancia, tal como afirma otro relevante autor español:

“Como sucede con todos los supuestos en los que es preciso considerar la relevancia de un curso causal hipotético (¿qué habría sucedido en caso de qué...?), la decisión acerca de si el argumento de la conducta alternativa lícita debe exonerar de responsabilidad o no, es una cuestión de probabilidades. En concreto, depende del factor de probabilidad de que el comportamiento alternativo lícito produzca el mismo resultado que el ejecutado por el demandado –que infringe el deber de cuidado–. Obviamente no es lo mismo exigir, para que el argumento de la conducta alternativa lícita tenga éxito, que se demuestre que existía alguna posibilidad de que el resultado fuese idéntico, que requerir una probabilidad del 95% de que el resultado fuese el mismo”⁶⁰.

Como se anticipó, el problema advertido presenta una especial relevancia en el ámbito penal, también en el plano de su finalidad sancionatoria, lo cual significa interés para su análisis en clave civil.

En efecto, respecto de las omisiones de delitos penales imprudentes con cursos causales hipotéticos, se ha indicado que el problema principal sobre-

247

el ‘momento de antijuridicidad’ de la conducta, y por ello deviene prohibido el riesgo creado, en el Derecho civil –sin restricciones derivadas de principios de legalidad, culpa y tipicidad– se puede decir, de manera menos violenta contra el sentido común, que el agente al que le es imputable causalmente un riesgo extraordinario le es impuesta una responsabilidad por el daño resultante de la realización del riesgo típico siempre que el daño resulte ser una producción causal al riesgo. Es decir, que basta la causalidad en la creación del riesgo y la causalidad en la realización de este como daño. Una vez puesta la situación de riesgo extraordinario, ya no hace falta seguir retrocediendo hasta la (sedicente) negligencia con la que se habría causado esa instauración de riesgo ni avanzando para preguntarse si se ha gestionado diligentemente el riesgo creado. Ya no se pregunta nada más atrás de la puesta en riesgo en términos de imputación subjetiva”.

⁵⁸ A esto es lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ha referido con la afirmación “probabilidad rayana en la certeza”, como se presenta en los fallos: *Sentencia Tribunal Supremo* (1990) y *Sentencia Tribunal Supremo* (2010); ambas abordadas por PEÑA (2019), pp. 6-7.

⁵⁹ Resulta necesario, según afirma BARAONA (2008), p. 20, y para el caso en que el *but for test* falle: “recurrir a lo que en general se denomina el *substantial factor*, por el que se llama al Tribunal a indagar aquel acontecimiento causal que parezca más relevante”.

⁶⁰ PEÑA (2019), p. 6.

viene por no poder determinar con claridad si la adopción de la conducta debida hubiese excluido el resultado típico. Si bien la impunidad no es aceptable desde el punto de vista de la prevención general negativa y positiva, tampoco puede justificar una inclinación inmotivada hacia la imputación desde el punto de vista garantista. En rigor, la cuestión que nos convoca, según lo planteado por una autora, supone identificar dos órdenes de planteamientos:

“no hay acuerdo entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo en cuanto a cómo proceder cuando no se puede comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto observar el riesgo permitido. La mayoría de los autores se acogen al principio *in dubio pro-reo* y niegan un incremento del riesgo y también la imputación del resultado. De otra opinión se manifiesta Roxin, quien, atendiendo a consideraciones político-criminales, sostiene que el ordenamiento jurídico no tiene ninguna razón para tolerar una conducta que posiblemente supere los riesgos existentes en caso de observar las normas de cuidado”⁶¹.

248

En el caso de la responsabilidad civil no se tiene una noción emparentada con el principio *in dubio pro-reo* que implique requerir menos exigencia para la exclusión de la imputabilidad. Por el contrario, el principio de reparación integral podría sugerir el tener que decantarse hacia la indemnización en las hipótesis de duda.

Así las cosas, se puede concluir que la teoría de la alternativa legítima o incremento del riesgo constituye un elemento corrector de la teoría de la equivalencia de las condiciones, e introduce un elemento de equidad en las soluciones referidas a la causalidad en el sentido de determinar cuándo la exigencia de la conducta debida tiene reales implicaciones en el resultado⁶². En otros términos, si bien el *in dubio pro-reo* no es en rigor aplicable al Derecho de la responsabilidad civil, la verdad es que la máxima “juicio justo, sentencia justa” se eleva como un fundamento de sensatez en el razonamiento juez llamado a conocer de un pleito.

Por último, consideramos relevante fundamentar que hay casos en que el juzgador excluye determinados daños del alcance de la responsabilidad por razones de *policy*⁶³ pudiendo ser uno de ellos el que la omisión no ha

⁶¹ BOLEA (2018), pp. 13-14.

⁶² JAFFERALI (2014), pp. 110-111.

⁶³ Peña reformula los postulados emitidos previamente respecto a la identificación plena de causalidad con culpa y de la teoría de la imputación objetiva con los postulados clásicos de esta; descubre, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que los criterios de imputación objetiva son utilizados como delimitadores del alcance de res-

incrementado en realidad el riesgo. En otras palabras, en la medida en que el desvalor de la conducta omisiva culpable o creadora de un riesgo no permitido, no se sostenga como fundamento único de la causalidad, ya que la conducta alternativa lícita tampoco lo hubiese mitigado.

Culminando esta sección, un aspecto que revela interés obedece a reflexionar en que, si se tiene por establecido que la omisión en análisis, no obstante ser culpable, no incrementó el riesgo, dicha inactividad puede ser de todas formas considerada como un supuesto de creación de riesgos nocivos (que no han incrementado el riesgo de padecer el daño) o si en realidad la misma no ha generado ninguno. Postulamos que cada vez que la omisión pueda ser entendida como culpable, podrá proyectarse en clave de potencialidades nocivas o de creación de riesgos no permitidos; otra cosa es si esa desviación del comportamiento esperado permite ser conectado con el daño. De aquí entonces que, si la respuesta es negativa, no por eso no habrá culpa, ya que lo que ocurre es que no hay causalidad. Así las cosas, hay creación de riesgos prohibidos, aunque ellos no pueden servir de argumento causal, pues no han incrementado el riesgo cuya concretización motiva la interposición de la acción de responsabilidad civil.

*2. La creación de un riesgo no permitido como fundamento
para la presunción de causalidad en las omisiones
y su corrección mediante el criterio del incremento del riesgo*

249

Aunque en este trabajo se ha defendido que la coincidencia entre la culpa como distribución de riesgos y la causalidad está presente en las omisiones, se ha propuesto también que esto no es aplicable en todos los casos. En efecto, el desvalor de la conducta omisiva como creadora de un riesgo fuera de lo permitido puede ser excluida como fundamento de la causalidad entre esta y el daño, tanto por aplicación del criterio de imputación objetiva de incremento del riesgo, como por argumentos de política judicial que persiguen la delimitación del alcance de la responsabilidad.

Lo que viene de ser referido permite sentar las bases de una presunción judicial de causalidad, que se traduce en la consideración de la omisión culpable

ponsabilidad para determinadas situaciones que el juzgador considera que no deben ser abordadas por el Derecho de daños, a pesar de que se identifique la creación de un riesgo no permitido y la previsibilidad del riesgo. Es del caso considerar que este razonamiento puede respaldar la propuesta que se esboza en este trabajo, respecto a la insuficiencia de la culpa y la creación del riesgo no permitido para explicar la causalidad en las omisiones culpables en las que la adopción de la conducta debida no hubiera aportado en la inevitabilidad del daño. El criterio del incremento del riesgo acude como factor explicativo de la exclusión del alcance de la responsabilidad respecto de dichas situaciones. PEÑA (2021), pos 103094-103230, edición de Kindle.

como causa de un daño. Esta, desde luego puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Lo que se deberá acreditar es que un comportamiento alternativo lícito no hubiera evitado la materialización del riesgo.

La configuración de las presunciones de causalidad contenidas en la sección 630 h del BGB alemán, parece ser un buen ejemplo para explicar cómo opera la delimitación de la causalidad mediante el criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo en las omisiones culpables.

El ordenamiento jurídico alemán, al menos en materia de responsabilidad civil médica, dentro de la regulación del contrato de tratamiento (*Behandlungsvertrag*), construye un sistema de presunciones de causalidad frente a casos específicos, que han sido considerados por el legislador como acciones u omisiones que producen un desvalor de la conducta que la hace inaceptable; en otros términos, supuestos de creación de riesgo no permitido. Sin embargo, se verifica la posibilidad del tratante de probar que la adopción de la conducta alternativa lícita no incrementó el riesgo, como sucede en la admisión legal de prueba del consentimiento informado hipotético⁶⁴.

⁶⁴ Se presume por la disposición, en el primer caso, que la parte tratante ha cometido un error si se ha materializado un riesgo general del tratamiento que era totalmente manejable para el agente y que provocó un agravio o lesión a la vida, integridad física o salud del paciente. El segundo tiene especial relevancia para los objetivos del presente trabajo, puesto que establece que la parte tratante debe probar que ha obtenido el consentimiento informado de acuerdo con la sección 630 d y ha proporcionado información de acuerdo con los requisitos de la sección 630 e. Ante esta inversión de la carga de la prueba y presunción de causalidad frente a la falta de información, el legislador concede a la parte tratante la posibilidad de probar que el paciente también habría dado su consentimiento si se hubiera proporcionado la información adecuada, figura que se ha llamado consentimiento informado hipotético. El tercero se refiere a una presunción en contra del tratante cuando no ha consignado una medida importante médicamente necesaria, así como sus resultados en los registros médicos (ficha clínica). El cuarto señala que, si una parte tratante no estaba calificada para llevar a cabo el tratamiento que realizó, se presume que la falta de calificación fue la causa de la ocurrencia de la lesión en la vida, la integridad física o la salud. Este parece encajar perfectamente en la propuesta que sostenemos de que la culpa en la omisión tiene entidad para configurar una presunción de causalidad, aunque puede derrotarse la misma probando que la incorporación de la actuación debida no disminuye o elimina el riesgo, al igual que en el supuesto del consentimiento informado hipotético reseñado anteriormente. Finalmente, el último ejemplifica la presunción de la causalidad ante una acción negligente grave y una omisión grave; se señala en el numeral 5 de la sección 630 h del BGB que “si se ha cometido una negligencia grave, y si esta es susceptible en principio de causar una lesión a la vida, la integridad física o la salud, se presume que la negligencia fue la causa de esta lesión. Esto también se aplicará si la parte tratante omitió tomar o registrar un hallazgo médicamente necesario a su debido tiempo cuando hubiera conducido con suficiente certeza a un resultado que hubiera dado lugar a nuevas medidas, que al no haberse llevado a cabo constituyen negligencia grave”. En nuestro medio se ha pronunciado en contra de la figura del consentimiento informado hipotético PIZARRO (2015), pp. 97-120, crítica que parte de la noción de derecho a la autonomía

Los efectos de la inversión de la carga de la prueba de la causalidad en el sistema alemán han tenido como efecto que las dificultades propias de un fenómeno aleatorio, como sucede en el ejercicio de la profesión médica y la responsabilidad que puede surgir de la misma, se radiquen en el profesional. Respecto de esto, se ha referido que constituye la explicación del por qué los tribunales alemanes no han tenido que recurrir a la teoría de la pérdida de la oportunidad para resolver casos de incerteza causal⁶⁵, consecuencia que en nuestro entender es saludable desde el prisma de la experiencia jurisprudencial chilena.

En Chile, a propósito de los fallos sobre omisiones en el ámbito sanitario, ha sido recurrente la remisión a la figura de la pérdida de la oportunidad; a pesar de que la viabilidad para aplicar el criterio de incremento del riesgo pudiera entenderse como factible.

En este sentido, se puede apreciar una sentencia de la Corte Suprema⁶⁶ en la que se analizó si la omisión por parte del servicio de salud consistente en la no realización de exámenes adicionales a un menor hubiese permitido detectar su afección por coqueluche que terminaría en muerte. El contexto

del paciente y la importancia del resarcimiento del daño indemnizable. Igualmente, en la doctrina nacional, a favor de esta perspectiva, BARROS (2020), p. 682, cuyo análisis se centra mayormente en la causalidad. Aproximaciones desde la estructura misma del ordenamiento jurídico alemán en FINN (2015) p. 60-64 y STAUCH (2011), pp. 1156-1157. En estos textos se resalta, en primer lugar, el tratamiento especial en materia de responsabilidad que se da a la omisión de información en el ordenamiento jurídico alemán; y, la presunción de causalidad, así como, la posibilidad de derrotarla mediante prueba del consentimiento informado hipotético por parte del tratante.

⁶⁵ Al respecto SOLÉ (2018), pp. 88-89, analiza los mecanismos de flexibilización probatoria de la culpa y el nexo causal en la responsabilidad médica, en el que refiriéndose al sistema de presunciones alemán señala: “Para que opere la inversión de la carga de la prueba, los tribunales alemanes exigen que se cumplan dos presupuestos. El primero requiere que la conducta del profesional se califique como ‘gravemente defectuosa’ (error craso), en el sentido de constituir una infracción clara de las reglas o conocimientos médicos básicos, de modo que ningún profesional del sector incurriría en ella. La carga de la prueba de este extremo recae sobre el demandante y su calificación como grave resultará de la valoración jurídica que haga el juez, a partir de las circunstancias del caso y de las opiniones periciales aportadas. El segundo presupuesto es que la conducta gravemente errónea del profesional o centro sanitario haya generado un ‘riesgo significativo de daño’, de modo que, si el tipo de daño ocurrido no es la consecuencia típica desde el punto de vista de un observador experimentado del grave error de tratamiento, tampoco operará la inversión de la carga de la prueba. Por todo ello, el profesional o centro sanitario podrán exonerarse si demuestran que el grave error no fue causa adecuada del daño; o bien si demuestra que el mismo tipo de daño hubiese podido ocurrir, con igual o mayor probabilidad, por causas distintas al grave error de tratamiento, pues ello impedirá considerarlo como *conditio sine qua non* del resultado (así, por ejemplo, si el mismo tipo de daño hubiese podido producirse a causa del normal desarrollo de la enfermedad, o debido a otros posibles cursos causales alternativos, etc.)”.

⁶⁶ J. C. P. con Servicio de Salud Concepción (2017).

complejo de una epidemia de esta enfermedad llevó a los jueces a ahondar en la reflexión sobre el nexo causal entre esta omisión y el resultado fatal.

En este caso, pudiendo apreciar en el razonamiento del tribunal el reconocimiento de una creación riesgo no permitido caracterizada por la omisión culpable del servicio de salud por haber incumplido con su deber de cuidado, la especial posición de garante en el ámbito sanitario en que se desarrolló el contagio, y la dificultad para establecer el nexo causal, llevó a un velado análisis del criterio de incremento del riesgo que se manifestó en el estudio que hizo la Corte sobre si la práctica de los exámenes hubiera influido en el resultado. Se resolvió haciendo uso de la institución de la pérdida de la chance. Sin embargo, de acogerse la propuesta de este trabajo, la carga de la prueba de la causalidad, o su ruptura, debía recaer en el servicio de salud, lo que, de no ser satisfactorio, habría permitido la indemnización por la totalidad del daño.

Asimismo, también entendemos aplicable al razonamiento que se ha desarrollado en este trabajo otra sentencia pronunciada por la Corte Suprema, que versa sobre la omisión en el diagnóstico oportuno del virus de la inmunodeficiencia humana de un paciente por parte del servicio de salud, lo que concluyó en su fallecimiento por un deterioro debido al tardío tratamiento, así como de su cónyuge⁶⁷. Este fallo también se decantó por la aplicación de la pérdida de la oportunidad, ahora, de una mejor calidad de vida; por cuanto, no hay certeza de que el diagnóstico oportuno hubiese podido influir en el desarrollo de una enfermedad de tal gravedad. Si bien la culpa quedó evidenciada, la Corte recurre a un análisis de incremento del riesgo para determinar el nexo causal respecto al resultado final de muerte, estableciéndose que la omisión culpable grave, no modificó el riesgo respecto del referido desenlace.

⁶⁷ *M. G. C. con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y otro* (2018). Ordena la sentencia: “En materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder. En el caso concreto, las dificultades para establecer el vínculo causal son aún mayores, atendido los grados de incertidumbre. En efecto, una vez establecido que el servicio prestado al paciente no fue oportuno, no debe perderse de vista que, en definitiva, se desconoce si habiéndosele comunicado oportunamente la condición que afectaba al actor, su estado de salud hubiese mejorado considerablemente, razón por la que no es posible establecer de modo inequívoco el vínculo de causalidad entre la falta de servicio asentada y los daños que este reclama, pues no se puede determinar, con el grado de certeza necesaria, que la comunicación oportuna de los resultados de su examen de VIH hubiera permitido evitar el deterioro de su estado de salud; sin embargo, indudablemente es posible aseverar que tal comunicación oportuna de su diagnóstico sí habría otorgado al paciente una posibilidad clara de contar con toda la información que permitiera asegurar el inicio de su tratamiento” (considerando 4.º de la prevención de la sentencia de casación).

Es del caso también mencionar un fallo vinculado al incumplimiento del deber de información⁶⁸, donde se discutió la relación de causalidad entre la omisión de informar un riesgo materializado de necrosis en una cirugía estética, el cual no fue incorporado al formulario de consentimiento informado suscrito por la paciente. La sentencia es interesante por dos motivos. Primero, porque el único incumplimiento de la *lex artis* se refería a la omisión del deber de informar. Y, segundo, dado que la Corte razonó que la prueba de que el riesgo no informado era infrecuente y de poca gravedad correspondía al tratante; asumiéndose una posición similar a la del ordenamiento jurídico alemán ante este tipo de casos. En efecto, el tribunal señaló:

“Es un hecho asentado en el proceso que el demandado recurrente de casación no informó a la demandante, *‘en forma oportuna y comprensible, el riesgo de sufrir necrosis y la pérdida de la areola y pezón de alguna de sus mamas’*. Ahora bien, y aun cuando se asumiera que no es deber del médico informar de todo riesgo –del momento que el artículo 4° de la Ley N° 20.584 solo impone al médico el deber de informar *‘de los riesgos que ello (la intervención) puede representar’*–, sino solo de aquellos de mayor frecuencia o gravedad, es preciso indicar asimismo que la infrecuencia o falta de gravedad de dicho riesgo es una cuestión que debió ser acreditada por el demandado, lo que sin embargo no se dio por justificado por los sentenciadores del fondo. Luego, siendo un hecho del proceso que no se informó del peligro antes señalado a la paciente y actora, y habiéndose producido aquel, deviene en inconcuso que el demandado incurrió en una infracción consignada en el citado artículo 4° de la Ley N° 20.584, desde el momento que dicha disposición le imponía la obligación de hacerlo, sin haber demostrado en contrario que tal riesgo carecía de gravedad o no era frecuente, privando a la paciente de la información necesaria para ponderar y decidir someterse o no la intervención, de lo que sigue que –contrariamente a lo sostenido en el recurso– el demandado sí incurrió en un ilícito civil” (considerando 10°).

No se discutió demasiado si la adopción de la conducta debida, es decir, la información, hubiera disminuido la posibilidad de materialización del riesgo; pero, sí se señaló que hubiera permitido a la paciente prepararse de mejor manera para las consecuencias que estaba sufriendo. Así, una vez más, la Corte se decantó por la figura de la pérdida de la oportunidad.

⁶⁸ Y. F. C. con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea (2020).

De lo dicho es posible considerar que, en ocasiones, el recurso a la pérdida de oportunidad no es del todo satisfactorio. Ello, por cuanto existen omisiones de un entidad tan relevante que bien pueden ser tenidas como la causa jurídica del daño. De esta manera, no parece razonable recurrir a un esquema de reducción del *quantum* indemnizatorio, que es lo que básicamente se verifica por medio de la citada herramienta legal.

Comparemos dos supuestos para intentar comprobar esta afirmación.

Téngase en cuenta, por una parte, otra sentencia de la Corte Suprema, la cual se refiere a un caso de ictericia de un recién nacido, al cual no se le practicó un examen de sangre que la hubiera podido detectar, aun cuando era sospechable, por cuanto en el alta médica se dejó constancia de su ictericia leve. En definitiva, hoy el recién nacido padece un estado vegetativo que pudo ser evitado. El pronunciamiento reprochó el no haberse tenido como falta de servicio el comportamiento del establecimiento de salud, bajo el argumento de no haber protocolo que obligara a tomar el examen de sangre a un recién nacido con ictericia leve⁶⁹. Por ello la posición de garante que despliega quien es considerado como agente, resulta relevante en la determinación de lo intolerable.

Considérese ahora, por otra parte, otro fallo de la misma Corte Suprema, que se dictó en el contexto de una persona de 71 años de edad, que aquejado con problemas respiratorios acudió al servicio de urgencias de un hospital, siendo olvidado en la sala de espera y falleciendo sin ser atendido⁷⁰.

Puede apreciarse que ambos casos pueden ser leídos en clave de pérdida de oportunidad, pues es susceptible de ser afirmado que el establecimiento sanitario del primer pleito no es en rigor responsable de la ictericia, ni el segundo del infarto. Así, su responsabilidad bien pudiera limitarse a la oportunidad de tratamiento de la enfermedad, o de sobrevida, respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, no es aquello lo que acontece, al menos, respecto del juicio relativo a la ictericia. El tribunal condenó al servicio de salud considerando que había causalidad cierta y directa entre la omisión de practicar un examen de sangre y el daño final; no lo limitó a una oportunidad de curación, lo cual nos parece correcto. De hecho, como se expresó, razonó considerando que un examen de sangre hubiera podido evitar

⁶⁹ *J. A. D. y otros con Servicio de Salud* (2020). Se lee en el considerando 10: “la realización de un examen de sangre habría permitido iniciar el tratamiento de forma oportuna, sin que la lactante hubiera sufrido la encefalopatía toda vez que esta afección se desencadenó por no haber tratado a tiempo la hiperbilirrubina neonatal que afectó a la lactante”.

⁷⁰ *K. V. C. y otros con Hospital Carlos Van Buren* (2015). Se lee en el considerando 7.º: “las faltas a la *lex artis* antes referidas de parte del personal de enfermería y médico del Hospital Van Buren privaron al paciente de acceder a la oportunidad de salir del infarto y salvar la vida, es decir, de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, lo que ocasionó el daño demandado, en el sentido de privar a su hijo, nuera y nieta de seguir contando con la presencia de su pariente”.

el daño neurológico; de aquí que se haya inferido que la culpa, creó e incrementó los riesgos indebidamente. Sin embargo, en el segundo, el tribunal condenó a título de pérdida de la oportunidad, y en este sentido dispuso que los demandantes

“han padecido un perjuicio personal constituido por la privación a que fueron sometidos, en cuanto se trata del hijo, de la nuera y de la nieta de don J.L.V.V., de seguir contando con su presencia” (considerando 15).

La interrogante que nos podemos formular a la luz de esta disparidad de criterios es la siguiente: ¿de haber sobrevivido el infartado, pero con graves secuelas, sería adecuado condenar bajo el mismo argumento, sin apreciar la creación de riesgos que supone la inacción del hospital entendiéndola como causalidad cierta y directa del daño? Ha de estimarse que no, o al menos sería más difícil plantear dicha lectura, pues como se ha visto la omisión creó e incrementó los riesgos de manera intolerable, y una condena por pérdida de oportunidad no se hace cargo de ellos.

CONCLUSIONES

255

Una doctrina autorizada ha defendido que, respecto de las omisiones, y para efectos de identificar la causalidad del daño, resulta relevante detenerse en el desvalor de la conducta culpable, por cuanto es posible afirmar que se ha introducido un riesgo no permitido al constatarse una infracción al deber de cuidado, el cual habilita a determinar que la omisión causó el daño.

Sin perjuicio de lo anterior, en este trabajo se ha propuesto que dicha afirmación no siempre parece aplicable.

En efecto, en el juicio de responsabilidad además de tenerse por acreditada la culpa y el correspondiente desvalor de la conducta omisiva en términos de creación de riesgos no permitidos, resulta necesario comprobar, o al menos proyectar que incorporándose la conducta debida omitida, se hubiera podido evitar la materialización del daño. En tal sentido, en caso en que pueda inferirse que, no obstante la creación de un riesgo mediante este no ha influido en el desenlace, el demandado puede presentar dicha argumentación como su defensa.

En conexión con lo anterior, puede ser afirmado que la culpa, entendida como incorporación de un riesgo no permitido, en las omisiones, tiene la entidad para constituir una presunción de causalidad, que puede ser derrotada mediante la prueba de que la conducta alternativa lícita, en términos cercanos a la certeza, no disminuye ni evita la materialización del riesgo.

El funcionamiento de lo propuesto puede verificarse en el ordenamiento jurídico alemán cuando trata de las presunciones de causalidad en responsabilidad médica. Ello, ha permitido no recurrir al uso de categorías más alejadas de la seguridad jurídica que permiten excluir la integralidad de la indemnización de los daños, como sucede con la figura de la pérdida de la oportunidad en Chile.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO BARRENA, Cristián (2020). “La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa?”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 35, Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ARAYA JASMA, Fernando (2003). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Santiago: LexisNexis.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008). “La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual)”, en Hernán CORRAL TALCIANI (ed.). *Cuadernos de extensión jurídica n.º 15: la relación de causalidad*. Santiago: Universidad de los Andes.
- 256 BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio (2013). “La causalidad en el derecho de daños”. *Memoria presentada para optar al título de Doctor por la Universidad de Girona*. Disponible en: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/7633/trabz.pdf?sequence=5> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2022].
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BATTISTA RATTI, Giovanni (2014). “Los contrafácticos en el derecho. Un inventario de problemas”, en Diego PAPAYANNIS (coord.). *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- BOLEA, Carolina (2018). “La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad”. *InDret*, 4/2018, Barcelona.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2016): “Litigation on hepatitis B vaccination and demyelinating diseases in France: breaking through scientific”, en Miquel MARTÍN-CASALS y Diego PAPAYANNIS (eds.). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CALVO COSTA, Carlos (2017). *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CANE, Peter y James GOULDKAMP (2018). *Atiyah's Accidents, compensation and the law* (9ª edición). Cambridge: Cambridge University Press.
- CÁRDENAS VILLARROEL, Hugo (2006). “La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 1, Santiago.

- CARRASCO PERERA, Ángel (2021). “XVII tesis sobre imputación y prueba de la culpa”, en Joaquín ATAZ LÓPEZ y José Antonio COBACHO GÓMEZ (coords.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (edición de Kindle). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- CATALDO, Andrea y Audrey PÜTZ (2020). “Les meandres du lien de causalité dans le projet belge”, en Bernard DUBUISSON (coord.). *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*. Bruxelles: Bruylant.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Thomson Reuters-La Ley.
- CRANOR, Carl (2016). *Toxic Torts. Science, law and the possibility of justice*. New York: Cambridge University Press.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2017). “Algunos apuntes sobre lo útil y lo innecesario de la llamada imputación objetiva en materia de responsabilidad extracontractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Aportaciones adicionales a nuevos horizontes en el derecho privado*. Antofagasta: Universidad Católica del Norte.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2014). *Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la imputación objetiva y otros extremos*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.
- DE CUPIS, Adriano (2020). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Santiago: Olejnic.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2011). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, tomo v.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2001). “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 209, Concepción.
- EPSTEIN, Richard (1999). *Torts*. Nueva York: Aspen Law & Bussiness.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2014). “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en Diego PAPAYANNIS (coord.). *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- FINN, Markus (2017). “Educación sobre el riesgo médico: propósito, contenido, forma y tiempo”. *Revista derecho y Salud*, año 1, n.º 1, Córdoba.
- FISCHER, David (1992). “Causation in Fact in Omission Cases”. *Utah Law Review*, 1335, Utha.
- FUENTES GUÍNEZ, Rodrigo (2010). “Las teorías tradicionales sobre la causalidad”. *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, n.º 14. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3337331> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2022].
- GALÁN, Julio César (2020). *Responsabilidad Civil Médica* (7ª edición). Madrid: Thomson Reuters.
- GARCÍA AMADO, Juan (2013). “Sobre algunos mitos del derecho de Daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, en Mariano HERRADOR (dir.). *Derecho de daños*. Cizur Menor: Aranzadi.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1987). “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”. *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 40, fascículo 3, Madrid, BOE.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2000). “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 53, fascículo I, Madrid, BOE.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2017). *El comportamiento alternativo conforme a derecho. De la causalidad a la imputación objetiva*. Montevideo-Buenos Aires: editorial B. de F.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2005). “El guardián del viajero: la posición de garante de las empresas de transporte”. *Indret*, 2/2005, Barcelona.
- GOLDENBERG, Isidoro (1984). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- GOLDBERG, John C. P., y Benjamin ZIPURSKY (2010). *Torts*. Nueva York: Oxford University Press.
- HAACK, Susan (2014). “Asuntos arriesgados: sobre la prueba estadística de la causalidad específica”, en Diego PAPAYANNIS (coord.). *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- HART, Herbert y Tony HONORÉ (2002). *Causation in the law* (2ª edición). New York: Oxford University Press.
- HONORÉ, Tony (2013). “Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 3, Santiago.
- HONORÉ, Tony (2015). “La causalidad en el derecho”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/21.pdf> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2022].
- JAKOBS, Günther (1997). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- JAFFERALLI, Rafael (2014). *L'alternative Légitime dans L'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité?*. Bruxelles: Groupe Lercier.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963). *Tratado de Derecho Penal: El delito*. Buenos Aires: Losada, vol. 5.
- KRAUSE MUÑOZ, María Soledad (2014). “La relación de causalidad ¿Quaestio Facti o Quaestio Iuris?”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. xxvii, n.º 2, Valdivia.
- LARROUMET, Christian y Sara BROS (2018). *Les obligations, Le contrat* (9ª edición). Paris: Económica.
- LÓPEZ MESA, Marcelo (2020). *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B. de F.
- LE TOURNEAU, Philippe (2008). *La responsabilidad civil*. (trad.) Javier TAMAYO JARAMILLO. Bogotá: Legis.
- MACKIE, John (2002). *The cement of the universe*. New York: Oxford University Press.

- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y Philippe STOFFEL-MUNCK (2017). *Droit Des Obligations* (9ª edición). Paris: LGDJ.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2020). “Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de responsabilidad desde una perspectiva comparada”, en Jesús MERCADER UGUINA *et al.* (coord.). *Nuevos Retos del Derecho de Daños en Iberoamérica (Homenajes y Congresos)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2019). *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Cizur Menor-Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- MELCHIORI, Franco (2020). *Las teorías de la causalidad en el daño*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- MOORE, Michael (2009). *Causation and Responsibility, An Essay in Law, Moral and Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press.
- MOORE, Michael (2011). *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. (trad.) Tobías SCHLEIDER. Madrid: Marcial Pons.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2014). “Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal. Un análisis centrado en eventos de responsabilidad sanitaria”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, Santiago.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2018). “Causalidad incierta, alternativa y flexibilidad probatoria”, en Claudia BAHAMONDES OYARZÚN, Leonor ETCHEBERRY COURT y Carlos PIZARRO WILSON (eds.). *Estudios de derecho civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.
- OLIVARES, Frank (2020). “La causalidad por omisión en el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano”, en Jesús MERCADER UGUINA *et al.* (coord.). *Nuevos Retos del Derecho de Daños en Iberoamérica (Homenajes y Congresos)* (edición de Kindle). Valencia: Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991). “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en AA.VV. *Centenario del Código Civil*. Madrid: Asociación de profesores de Derecho Civil, tomo II.
- PAPAYANNIS, Diego (2012). “Derechos y Deberes de Indemnidad”. *Doxa*, n.º 35, Alicante.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío (2020). “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica. Notas desde el ordenamiento chileno”, en María José SANTOS MORÓN, Jesús MERCADER UGUINA, Pedro DEL OLMO GARCÍA (dirs.). *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2019). “El argumento de la conducta alternativa lícita en el Derecho de Daños”. *Revista IBERC*, vol. 2, n.º 3, Brasil.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2021). “La imputación objetiva como instrumento fundamental para la delimitación del ámbito de lo resarcible por parte de la jurisprudencia”, en Joaquín ATAZ LÓPEZ y José Antonio COBACHO GÓMEZ (coords.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (edición de Kindle). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

- PERIN, Andrea (2020). “La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, n.º 1, Santiago.
- PIZARRO, Carlos (2015). “En oposición al consentimiento informado hipotético”. *Revista de Derecho de la PUCV*, vol. 44, n.º 1, Valparaíso.
- PREVOT, Juan Manuel (2010). “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”. *Revista chilena de derecho privado*, n.º 15, Santiago.
- QUÉZEL-AMBUNAZ, Christopher (2010). *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROJAS QUIÑONES, Sergio y Juan Diego MOJICA RESTREPO (2014). “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”. *Revista Vniversitas*, n.º 129, Bogotá, editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2006). “Causalidad y responsabilidad”. *Indret Revista para el análisis del derecho*, 1/2006, 3ª edición. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/329_es.pdf. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2022].
- SOLÉ, Josep (2018). “Mecanismos de flexibilización probatoria de la culpa y el nexo causal en la responsabilidad médica”. *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 1, Madrid.
- STAUCH, Marc (2011). “Medical Practice and Compensation in Germany”. *Chicago Kent- Law Review*, vol. 86, n.º 3, Illinois.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2018). “Las funciones de la razonabilidad en el Derecho Privado Chileno”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 51, Valparaíso.
- SAN MARTIN NEIRA, Lilian y Jorge LARROUCAU TORRES (2020). “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de la jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 40, Santiago.
- STEEL, Sandy (2015). *Proof of Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis, tomo I.
- TARUFFO, Michele (2016). “Proving complex facts: the case of mass torts”, en Miguel MARTÍN-CASALS y Diego PAPAYANNIS (eds.). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio (2020). *La responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.
- WRIGHT, Richard (1985). “Causation in Tort Law”. *California Law Review*, vol. 73, n.º 6. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/3480373?seq=1#metadata_info_tab_contents. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2022].

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2015). *Responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Dykinson.

Normas citadas

Código Civil.

Código Civil alemán.

Ley n.º 19966, que establece un régimen de garantías en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 3 de septiembre de 2004.

Ley n.º 20584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 24 de abril de 2012.

Jurisprudencia citada

Chile

L. M. con H. S. M. (2013): Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de junio de 2013, rol n.º 625-2013, Westlaw CL/JUR/3587/2014.

V. C., K. y otros con Hospital Carlos Van Buren (2015): Corte Suprema, 3 de diciembre de 2015, rol n.º 29365-2014, Westlaw CL/JUR/7634/2015.

C. P., J. con Servicio de Salud Concepción (2017): Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, rol n.º 1745-2017, Westlaw CL/JUR/7193/2017.

G. C., M con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y otro (2018): Corte Suprema, 18 de junio de 2018, rol n.º 18253-2017, Westlaw CL/JUR/2912/2018.

C. L. con Servicio de Salud Metropolitano (2018): Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, rol n.º 41890-2017, Westlaw CL/JUR/5453/2018.

F. C., Y. con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea (2020): Corte Suprema, 1 de junio de 2020, rol n.º 29094-2019, Westlaw CL/JUR/164134/2020.

A. A. y Á. A. con Hospital Guillermo Grant Benavente, Servicio de Salud Concepción (2020): Corte Suprema, 10 de junio de 2020, rol n.º 4089-2019, VLEX.

C. F. con Fisco de Chile (2020): Corte Suprema, 16 de junio de 2020, rol n.º 11523-2019, Westlaw CL/JUR/139800/2020.

A. D., J y otros con Servicio de Salud (2020): Corte Suprema, 17 de noviembre de 2020, rol n.º 43583-2020, Westlaw CL/JUR/139906/2020.

M. y otra con Servicio de Salud Ñuble (2021): Corte Suprema, 4 de enero de 2021, rol n.º 100785-2020, Westlaw CL/JUR/44/2021.

F. G. y Otra con Inmobiliaria Las Rocas S.A (2021): Corte Suprema, 12 de febrero de 2021, rol n.º 16680-2018, Westlaw CL/JUR/45005/2021.

Constructora Edifika S.A. con Serviu Región del Bio Bio (2021): Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de septiembre 2021, rol n.º 2179-2018, Westlaw CL/JUR/74912/2021.

España

Sentencia del Tribunal Supremo (1990): 12 de junio de 1990, en ES:TS:1990:10762.

Sentencia del Tribunal Supremo (2010): 5 de noviembre de 2010, n.º 4057/2006, en ES:TS:2010:5698.

Estados Unidos

P. con Long Island Railroad Co., 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).

Otros

Restatement Third of the Law of Torts (Physical and Emotional Harm).