

La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil

Hacia un alivio de la carga probatoria

Roberto A. Vásquez Ferreyra

Vicedirector de la Dirección de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.

Si bien es cierto que la doctrina viene anunciando un desmembramiento de la responsabilidad civil en distintas parcelas o estatutos, lo que lleva a algunos a hablar de la crisis de la unidad del fenómeno resarcitorio⁽¹⁾, no es menos cierto que por el momento no se puede desconocer la existencia de una teoría general del derecho de daños⁽²⁾.

Para esta teoría general de la reparación, todo supuesto de responsabilidad exige la presencia de cuatro presupuestos. Ellos son: a) antijuridicidad, b) daño, c) factor de atribución y d) relación de causalidad.

En cuanto a la existencia de estos cuatro presupuestos, es regla general que su prueba corre por cuenta de la víctima que reclama la indemnización.

Ahora bien, en los últimos tiempos se ha elaborado diversas teorías que en líneas generales tienen como inspiración la reparación de todo daño injustamente sufrido. Es que a esta altura de la evolución jurídica, el Derecho no puede permanecer indiferente frente a cualquier supuesto en que una persona sufra injustamente un perjuicio.

Estas transformaciones en la responsabilidad

civil llevan a pensar en un nuevo principio general del derecho al que algunos llaman *pro damnato*⁽³⁾.

Fruto de estos cambios son las diversas elaboraciones que la jurisprudencia y la doctrina han realizado en torno a facilitar la pesada carga de la prueba de la culpa en algunos supuestos de responsabilidad subjetiva⁽⁴⁾.

Así por ejemplo en la responsabilidad civil médica. En este campo se ha dado cada vez mayor importancia a la prueba de presunciones y también, con carácter residual se ha recurrido a la teoría elaborada por Jorge Peyrano de las cargas probatorias dinámicas⁽⁵⁾.

Todo esto ha dado lugar a que Atilio Alterini nos hable de la presunción legal de culpa como regla de *favor victimae*. Este prestigioso maestro del derecho privado, nos habla precisamente de una nueva regla de interpretación. «Como el Derecho moderno ya no mira del lado del autor del acto, sino del lado de la víctima, congruentemente, han sido adoptadas diversas soluciones favorables a la situación del damnificado»⁽⁶⁾.

Ahora bien, el mismo inconveniente que en algún momento significó para la víctima la prueba de la culpa del responsable, hoy en día puede darse respecto

(1) Así por ejemplo LORENZETTI, Ricardo. Las normas fundamentales de Derecho privado. Rubinzal Culzoni. p.18. En el mismo sentido se expresó Aida Kemelmajer de Carlucci en su conferencia pronunciada en la ciudad de Rosario (Casa del Foro) el 1 de abril de 1996.

(2) Así lo hemos demostrado en nuestra tesis doctoral que fuera publicada bajo el título Responsabilidad por daños. Elementos. Depalma.

(3) En sentido crítico a que se otorgue generalidad a esta regla así porque sí, puede verse de CAVANILLAS MUGICA, Santiago. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Pamplona: Aranzadi, 1987. pp.22 y ss.

(4) El tema lo hemos tratado *in extenso* en VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Prueba de la culpa médica. Existen dos ediciones de Ed.Hammurabi.

(5) Jorge Walter Peyrano ha escrito diversos artículos sobre las cargas probatorias dinámicas. Uno de los últimos es «Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas». En: La Ley, 1996-B, 1027.

(6) ALTERINI, Atilio Aníbal. «La presunción legal de culpa como regla de favor victimae» en el libro Responsabilidad Civil escrito conjuntamente con LOPEZ CABANA, Roberto. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1995. pp.181 y ss.

a la prueba de la relación de causalidad. Es que frente a la aparición diaria de nuevos tipos de daños (vgr. Sida, daño ambiental, etc.) muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que de hecho se frustre la indemnización pretendida. Adviértase que en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.

Romeo Casabona advierte que la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico o tecnológico, pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas⁽⁷⁾.

De por sí, el tema de la relación causal es uno de los más espinosos dentro de los presupuestos de la reparación. Así se ha dicho que «es ésta una materia de innegable dificultad, de suerte que, como dice Fleming, ningún otro tema en el derecho de daños ha ocasionado tanta controversia y confusión»⁽⁸⁾.

Sin entrar a analizar diversos aspectos de la relación de causalidad, queremos detenernos tan solo en lo relativo a su prueba, o mejor dicho en algunas teorías que tienen como finalidad el alivio de la carga de la prueba de la relación causal.

Debe partirse de la premisa de que entre la conducta de la gente (o el hecho de las cosas) y el daño ha de existir una relación de causalidad. La víctima del daño, pues, habrá de demostrar tal relación, mientras que el agente podrá defenderse probando la causa ajena. Esta que es la regla general, en determinados casos, resulta de suma dificultad para la víctima. Por ello y «si bien no se ha llegado a una regla general de inversión que no sería posible, sí se emplea por los

tribunales, con generosidad, la prueba de presunciones en contra de quien estuvo en situación de causar el daño o tenía una obligación de diligencia»⁽⁹⁾.

En Italia existe una corriente jurisprudencial (inicialmente penal, pero hoy también civil) en cuya virtud, en materia de responsabilidad por culpa profesional sanitaria y en la búsqueda del nexo de causalidad entre la conducta del imputado y el evento, el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de la probabilidad, aunque limitada, de tales efectos y de la idoneidad de la conducta para producirlos. Por ello, se entiende que la relación causal subsiste incluso cuando la actuación del sanitario, si se hubiere llevado a cabo correcta y tempestivamente, habría tenido no ya la certeza sino solamente serias y apreciables posibilidades de éxito, de tal forma que la vida del paciente se habría salvado con una cierta probabilidad.

“ Frente a la aparición diaria de nuevos tipos de daños (vgr. Sida, daño ambiental, etc.) muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que de hecho se frustre la indemnización pretendida ”

Así se declaró en la sentencia de casación penal del 17 de enero de 1992. Se trataba de un caso en el que a una mujer que acababa de dar a luz le sobrevino una

(7) ROMERO CASABONA, C. «Perspectivas» en Responsabilidad penal y responsabilidad civil, citado por DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Civitas, 1995. p.76. El autor citado dice que la cuestión se agrava tratándose de la responsabilidad civil médica, pues a las dificultades generales ha de sumarse la de que frecuentemente el cliente demandante queda inerme e indefenso, no sólo por la carencia de conocimientos suficientes para aperebirse de que el daño sufrido ha sido causado por un acto profesional, sino también por no estar a su disposición los medios, materiales o documentos mediante los que podría probar la relación de causalidad, bien porque los elementos probatorios han desaparecido al consumarse la prestación profesional, bien porque se encuentran en poder del profesional o de la entidad o institución donde éste presta sus servicios. De ahí -sostiene Romero Casabona- que en el terreno de la responsabilidad haya hoy una tendencia considerable a afirmar que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia.

(8) DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid: Universidad de Deusto y Civitas, 1993. p.752. En Argentina, para el estudio de la relación de causalidad son de obligada lectura las siguientes obras: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. «Responsabilidad civil y relación de causalidad». En: Seguros y responsabilidad civil No.5 de la colección Astrea, 1984; GOLDENBERG, Isidoro. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Astrea, 1984.

(9) LA CRUZ BERDEJO, José Luis y otros. Derecho de Obligaciones. 2da.ed. Vol.I. Barcelona: Bosch, 1985. p.528

infección tetánica. Sobre la base de que los peritos informantes en el juicio dejaron sentado que un correcto y tempestivo tratamiento habría tenido un 30% de probabilidad de éxito, los médicos encargados fueron condenados. En su recurso, la defensa de los médicos había alegado que era absurdo afirmar que en presencia de un 30% de posibilidades de supervivencia, nada vale el restante 70% de posibilidades de muerte.

De Angel Yaguez refiriéndose a esta jurisprudencia afirma que en términos generales y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante⁽¹⁰⁾.

Es en Francia en donde la doctrina y jurisprudencia más han trabajado sobre estos temas. En este sentido Viney, luego de afirmar que la relación de causalidad debe ser probada por el actor, señala diversas causas por las cuales esa tarea resulta dificultosa y expone que hay una tendencia de los tribunales a mostrarse indulgentes en la apreciación del nexo causal⁽¹¹⁾.

En este país se ha elaborado distintas teorías para aliviar la prueba de la causalidad. La jurista citada en el párrafo anterior, dice que en su país, la jurisprudencia está dividida en dos corrientes que tienden (ambas) por distintos medios a aligerar la carga de la prueba de la relación causal entre el hecho del responsable y el daño. Algunos fallos recurren a la teoría de la causalidad virtual que sólo autoriza a conceder una indemnización parcial, estimativa y a título de pérdida de chance, que el juez fija en equidad. En otros fallos se recurre al concepto de «creación de un riesgo injustificado»⁽¹²⁾.

Así por ejemplo aparece en la jurisprudencia de la casación la teoría de la *causalité virtuelle*⁽¹³⁾. Esta teoría ha sido muy utilizada en materia de responsabilidad civil médica. Según sus lineamientos, se hace inicialmente responsable al médico de la *perte d'une chance (de survie, de guérison)*, por parte del paciente. En tales casos no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente (muerte, lesiones), pero sí consta que la acción y omisión del médico disminuyó las posibilidades de sobre-

(10) DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Algunas previsiones... Op. cit. pp.78-79.

(11) VINEY, Genevieve. *Traité de Droit Civil - Les Obligations: La responsabilité: conditions*. París: L.G.D.J., 1982. No.368. p.433.

(12) VINEY, Genevieve. Op.cit. N° 372. pp.439-441. La jurista francesa habla de «complementos al principio genérico» según el cual el *onus probandi* de la relación causal *prima facie* corresponde al actor.

(13) El origen de esta teoría se remonta a un fallo de la Corte de Apelación de Grenoble del 24 de octubre de 1962. Los hechos fueron los siguientes: herida una persona en una muñeca, hace unas radiografías de la mano, no descubriendo el médico ninguna fractura, por lo que dicha persona reanuda inmediatamente sus actividades normales. Sin embargo, en el año 1959, al manejar un objeto pesado, sintió un fuerte dolor y el médico consultado descubrió, al examinar las radiografías realizadas con motivo del primer accidente, que en ellas se podía ver una fractura sin desplazamiento. Sin embargo, exculpó al colega diciendo que el estado actual del herido debe ser considerado no como la evolución normal e ineluctable de la herida de 1952 y menos aún el resultado del error de diagnóstico y de falta de cuidados eventuales que de aquél resulta, sino más bien de un nuevo accidente sobrevenido sobre una muñeca debilitada por el primer accidente. Por el contrario, el accidentado sostenía que el error de diagnóstico le había privado de los cuidados que normalmente son aplicados en tales casos y que si tales cuidados le hubieran sido administrados, todo permite pensar que no se hubiera visto afectado por una invalidez. El Tribunal de Grenoble adoptó una posición intermedia: si el diagnóstico hubiera sido correcto, se hubiera practicado una inmovilización susceptible de producir una consolidación de la fractura evitando así, en este caso, la formación de la pseudoartrosis con la persistencia de la fragilidad de la muñeca. Y concluye: *la non application du traitement dont il s'agit due a l'erreur de diagnostic, a, de facon, certaine, prové d'une chance de guérison, sur laquelle ce blessé était normalement en droit de compter*. En tal caso el perjuicio cierto y directo causado al paciente está constituido por la pérdida de una chance de curación. La Corte de Casación consagró esta noción de la pérdida de la chance en la sentencia del 14 de diciembre de 1965. Entre los defensores de esta teoría se cita a Tunc, Boyer Chammard-Monzain y Durry. Para Tunc, cuando los tribunales aplican la teoría de la pérdida de una posibilidad, estamos en presencia de una culpa con una relación de causalidad cierta con un daño aleatorio, por lo que se pregunta: ¿por qué, partiendo de ahí, no podrían los tribunales establecer una indemnización cuando un daño cierto está en una relación aleatoria de causalidad con una culpa anterior? En contra de la tesis se alzaron entre otros Chabas, Le Torneau, Memeteau-Mellenec, Penneau y Savatier. Un estudio de la cuestión puede verse en GONZALES MORAN, Luis. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Bosch, 1990. pp.126 y ss. ATAZ LOPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985. pp.343 y ss.

vivir o de curar por parte del paciente. «Pues bien, sobre la base de esta causalidad aleatoria, el médico se presume autor del daño: ahora bien, como la causalidad con este daño final (muerte, lesiones) no consta, los tribunales se limitan a indemnizar un daño abstracto que sustituye el daño concreto sufrido: el valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida.

Se trata de un artificio judicial que responde a la repetida orientación protectora del paciente: no se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la conducta del facultativo no consta suficientemente, pero tampoco parece justo dejar al paciente sin indemnización alguna; por ello se opta por una vía intermedia: indemnizar, sí, pero parcialmente»⁽¹⁴⁾.

Yzquierdo Tolsada haciendo referencia a esta teoría sostiene que se facilita la posición del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria que presume al médico autor de un daño abstracto. «Por medio de este artificio judicial se sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra que en la pérdida de posibilidades de curación, no constando la relación causal entre la intervención médica y el daño efectivamente producido, pero sí que esa actuación disminuyó las posibilidades de curación, el juez ante el temor de dejar al paciente sin indemnización alguna, no condena a la totalidad del importe del daño, pero sí a una especie de indemnización de equidad»⁽¹⁵⁾.

Chabas es un duro crítico de la teoría de «causalidad virtual». El reconocido jurista francés relata la cuestión de la siguiente manera: «Supongamos a un enfermo muy grave, el cual está en peligro de muerte. Una negligencia cierta, probada, del médico hace perder toda posibilidad de curación. El paciente fallece, pero, por hipótesis, la causa de la muerte queda en el misterio. Los peritos no llegan a un resultado. Nunca se sabrá si la causa exacta de la muerte proviene de la culpa médica, porque esta causa hubiera podido ser

natural. En tales circunstancias decimos que el perjuicio es de naturaleza particular: no es la muerte, sino la pérdida de una oportunidad de vivir. Y en consecuencia, la responsabilidad del médico es parcial»⁽¹⁶⁾.

Chabas sostiene que la jurisprudencia ha confundido el problema del daño (pérdida de la chance) con el problema de la prueba de la relación de causalidad. «Aquí en la verdadera teoría de la pérdida de oportunidad, sólo el daño es especial; la relación de causa a efecto entre este daño y la culpa, es cierta.

Pero numerosos fallos aplicaron esta teoría al caso en que el paciente no estaba en peligro de muerte, pero murió quizá por razón de una culpa (probada) del médico. Como se ve, se bautizaba pérdida de oportunidad, a la duda relativa a la relación causal entre la culpa y la muerte»⁽¹⁷⁾.

En posición crítica encontramos también a Savatier para quien cuando las causas de un fracaso médico quedan inciertas para el juez, no es posible disfrazar la incertidumbre bajo una dosificación retrospectiva de las posibilidades que se contaba, y poner por ejemplo, un 20% del daño a cargo del médico, bajo el pretexto de que un acto de éste, considerado culposo, habría disminuido en un 20% las posibilidades de cura de un paciente o aumentado en dicho porcentaje las posibilidades de agravamiento. Para Savatier, toda responsabilidad supone la prueba de un perjuicio ciertamente debido al acto incriminado. Por lo tanto, para el jurista francés, la teoría de la causalidad virtual es incompatible con las reglas generales de la responsabilidad civil⁽¹⁸⁾.

En nuestro país, Bueres ha estudiado con detenimiento la teoría de la causalidad virtual desde la doctrina, llegando a rechazarla expresamente en un voto como miembro de la Sala D de la Cámara Nacional Civil⁽¹⁹⁾. El jurista citado, luego de analizar esta teoría, llega a la acertada conclusión de que se confunden dos presupuestos de la responsabilidad civil: causalidad y culpabilidad. «Y también se confunde el daño integral

(14) JORDANO FRAGA, Francisco. «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico». En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero, 1985. p.83, cita al pie N° 82.

(15) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. Madrid: Reus, 1989. p.332. El profesor de la Universidad de Comillas critica esta teoría a la que califica de «pintoresca», pues una cosa es que se simplifiquen ciertos aspectos de la prueba de la causalidad y otra muy distinta que este presupuesto de la responsabilidad civil no tenga que ser probado por quien aduce la existencia del deber.

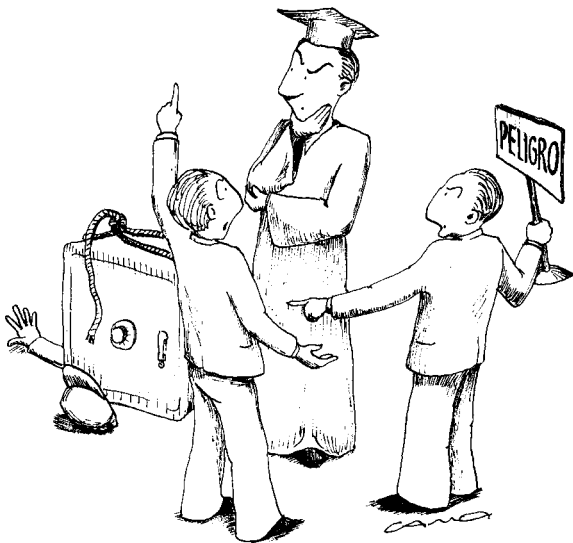
(16) CHABAS, Francois. Responsabilidad médica y seguro en el Derecho francés. En: La Ley, 1984-D, 932.

(17) Ibid. Afirma Chabas que esta desviación de la jurisprudencia fue rectificada por un fallo de la Sala I en lo Civil del Tribunal Supremo del 17 de noviembre de 1982. Del mismo autor puede verse «La pérdida de una chance en el Derecho francés», JA, 1994-IV-928 y ss.

(18) SAVATIER, René. Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile. París, 1967.

(19) Fallo de la CNCivil, Sala D, de fecha 29/2/96 en autos «Turón, Claudia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios».

probado y causalmente ligado a la conducta del médico, con la chance que es un daño actual y cierto, y que también requiere causalidad probada entre el hecho galénico y un perjuicio que no es el sobredicho daño integral sino la disminución de posibilidades de sobrevivir o de sanar. En suma, no hay *causalité virtuelle* o *presumption de causalité* (con tales alcances). O hay daño total resarcible si el médico lo causó, o hay pérdida de una chance si se hace patente que ella obedece causalmente al obrar el facultativo (al cual habrá de adosarse, por lógica, la culpa y otro factor de atribución). Pero no puede afirmarse con seriedad que hay pérdida de una chance si se soslaya la prueba de la relación causal y se estima suficiente para conceder un resarcimiento abstracto la sola demostración del daño -y una actuación médica no ligada necesariamente a ese nacimiento-»⁽²⁰⁾.



En el fallo antes citado de la Sala D de la Cámara Nacional Civil, Bueres descalifica jurisprudencialmente la teoría de la causalidad virtual. En síntesis, la causalidad virtual, con indemnización a título de chance y por equidad, recortada en cuanto al monto y sin que se pongan datos elementales para revelar la causalidad, resulta inaceptable.

Es que de admitirse en extremo la tesis de la causalidad virtual, bastaría a la víctima probar la culpa del responsable (tratándose de responsabilidad subjetiva como en el caso de los médicos), junto a la posibili-

dad, en abstracto de curación o mejoría y una vez acreditado ese extremo se presumiría la causalidad, es decir, se presumiría que la curación no se obtuvo porque el responsable (por caso, el médico) no actuó correctamente. Ello resulta a todas luces injusto, pues son infinitos los casos en los cuales la no curación obedece al propio proceso natural del paciente, siendo indiferente la actuación profesional.

Como quedó dicho anteriormente, la otra elaboración jurisprudencial francesa es la conocida como la «creación injustificada de un riesgo». Es así que Viney afirma que uno de los procedimientos para aligerar la prueba de la causalidad, utilizado por la jurisprudencia francesa, es el de la «apreciación de las consecuencias de la creación culpable de una situación de peligro»⁽²¹⁾. Según la jurista francesa, es frecuente que una persona voluntariamente o por negligencia cree una situación objetivamente peligrosa y que en esas condiciones un tercero sufra un daño que aparece como la realización normal y previsible del riesgo creado por esa culpa. En la mayoría de estos casos es prácticamente imposible afirmar con total certidumbre que sin el hecho culposo que originó el peligro, el daño no se hubiera producido. Solamente se puede constatar que ese hecho tenía menos probabilidades o chances de producirse. A pesar de esta incertidumbre sobre la existencia de la relación causal, los tribunales admiten, entonces, muy frecuentemente, la responsabilidad apoyándose en la noción de «probabilidad o de previsibilidad objetiva», para suplir la prueba categórica y completa del lazo de causalidad.

Viney señala varios ejemplos de aplicación de la teoría: a) en materia de circulación de vehículos, b) en caso de accidentes provocados por una persona a la cual una cosa ha sido confiada o dejada en condiciones peligrosas y c) en supuestos de daños causados por una persona sometida a la vigilancia de otra (menores, dementes), cuando la víctima dirige su acción de responsabilidad contra el guardián, al cual dicha víctima reprocha un defecto en la vigilancia.

Por medio de la teoría de la creación de un riesgo injustificado, se concede a la víctima una reparación integral. Esta es la teoría defendida por la Cámara Criminal de la Corte de Casación, a partir de un fallo del 9 de mayo de 1977 y parece ser la preferida por Viney.

Jordano Fraga en alusión a esta tesis dice: «más modernamente existe una orientación jurisprudencial

(20) BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. 2da.ed., Vol.1. Hammurabi, 1994. pp.331 y ss. En sentido coincidente se ha dicho que «... la noción de pérdida de posibilidades concierne al estudio del daño o perjuicio: una pérdida de posibilidades estaría incluida dentro del lucro cesante; sin embargo, la Corte de Casación Francesa ha aplicado esta doctrina para salvar el difícil escollo que representa la causalidad». ATAZ LOPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad civil. Op. cit., p.343.

(21) VINEY, Genevieve. Op.cit., pp.433-435, No.369.

que, superando la doctrina de la pérdida de una probabilidad, llega más lejos en la libre valoración del nexo causal y consiguiente inversión de la carga probatoria del paciente: el médico responde del daño sufrido por el paciente en el curso del tratamiento cuando aquel daño ha ido precedido de la *création d'un risque injustifié* por el facultativo. Sobre esta base se presume el nexo causal entre el daño y la conducta del médico (que no consta en modo directo y cierto) y se condena a éste a la reparación integral del perjuicio sufrido»⁽²²⁾.

Bueres, haciendo referencia a esta teoría, expone que ensancha la valoración del nexo causal o que lo valora libremente y en virtud de ello reputa al médico responsable cuando el daño fue precedido de la creación de un riesgo injustificado o de la creación culposa de un estado de peligro. «En este supuesto el resarcimiento a pagar por el médico es integral o total. La solución (así enunciada cuando menos) es tan imprecisa como la anterior. Nos preguntamos: ¿qué es el peligro -o riesgo- injustificado, inherente a una culpa cometida en el diagnóstico, prescripción médica o cuidados? Hay aquí, como en el caso anteriormente examinado (se refiere al de la causalidad virtual) una fusión errónea entre causalidad y culpabilidad. Insistimos con nuestro criterio: si hay causalidad entre el hecho y la muerte o el desmejoramiento de la salud y hay culpa (exhumada de ese denominado riesgo injustificado o de otras circunstancias) existiría responsabilidad integral. De lo contrario no la hay»⁽²³⁾.

Sin perjuicio de lo expuesto, en conversaciones que hemos tenido con Alberto Bueres nos ha hecho pensar en un valor, al menos complementario de esta teoría como elemento corroborante de la relación de causalidad. De esta manera, la teoría de la creación de un riesgo injustificado, si no se aportan otros datos reveladores, aunque no sea más que por aproximaciones para demostrar la conexión de un hecho con un cierto resultado dañoso, resulta inaceptable. Pero si en un caso concreto se demuestra ciertas negligencias abstractas -por sí solas no causales o no suficientes para probar la relación causal- (vgr. historia clínica mal llevada, quirófano con falta de asepsia, instrumentos médicos insuficientemente esterilizados, ausencia del médico de guardia, demora en la atención, ausencia de estudios complementarios, etc.) generan una situación de riesgo de

dañosidad, estas circunstancias -debidamente probadas por el demandante- pueden contribuir de manera coadyuvante o corroborante de otros elementos probatorios, a efectos de tener por probada la relación causal.

Esta última es precisamente la doctrina judicial emergente del fallo «Turón, C.c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires». En este fallo, como lo señalamos anteriormente, el tribunal rechazó la aplicación de la teoría de la causalidad virtual. Sin embargo, y a la luz de un conjunto abundante de negligencias abstractas debidamente probadas, valoradas *ex post facto* conforme con el criterio de regularidad que emana del artículo 906 del Código Civil, se llega a la convicción acerca de la existencia del nexo causal aducido en la demanda. Frente a esa probabilidad de causalidad o presunción de causalidad, la parte demandada debe intentar arrimar otras pruebas que al menos tiendan a hacer patente la posibilidad siquiera de que promediase la ocurrencia de otro hecho con eficiencia causal o con causal.

Es así que Bueres, en el fallo citado afirma que sería factible aducir de un modo coadyuvante la teoría de la creación culposa de estado de peligro en cuanto por aplicación de ella se tiene por revelado el nexo causal cuando el daño fue precedido por la creación de un riesgo injustificado.

En resumidas cuentas, si bien la teoría analizada resulta inaceptable si se la emplea como único elemento de valoración de la relación causal, pues en tales condiciones se acordaría al juez una libertad excesiva, no existe inconveniente para que con **carácter residual o corroborante** pueda ser utilizado para contribuir en equidad a tener por conformado el presupuesto de la responsabilidad civil. «Por cierto, que si unas infracciones abstractas al esquema de diligencia exigible generan un peligro (o riesgo) injustificado, es razonable captar tales circunstancias en el cúmulo probatorio, con miras a flexibilizar la apreciación de una prueba que suele ser tortuosa»⁽²⁴⁾.

Debe quedar perfectamente en claro que lo expuesto no significa en lo más mínimo confundir a dos presupuestos de la responsabilidad civil como son la relación causal y el factor de atribución (culpa), sino simplemente reconocer que la prueba de ambos presupuestos se superpone o se confunde con frecuencia.

(22) JORDANO FRAGA, Francisco. Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico. Op.cit., p.83.

(23) BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. Op. cit., p.333.

(24) Corresponde al voto del doctor Alberto J. Bueres en el fallo «Turón c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires».

SÍNTESIS

Queda en claro que la relación de causalidad y los factores de atribución son dos presupuestos independientes de la responsabilidad civil.

En cuanto a la relación de causalidad, si bien su prueba por regla general se encuentra en cabeza del demandante, en determinados supuestos implica una prueba diabólica o sumamente difícil.

Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia vienen elaborando diversas teorías tendientes a aligerar la carga de la prueba de la relación causal.

En esta línea se ubica la teoría de la causalidad virtual, la que no resulta aceptable.

En cuanto a la teoría de la creación culposa de un riesgo injustificado, puede ser tenida en cuenta con carácter residual, como corroborante de otros elementos probatorios como para tener por acreditada la relación causal. En tal sentido puede tenerse en cuenta la prueba de diversas negligencias abstractas -no conectadas cierta y directamente con un resultado lesivo en particular- las que valoradas por los jueces -con la prudencia del caso- pueden llevar a la convicción de la existencia de la relación causal. 卐