



República de Colombia  
Corte Suprema de Justicia  
Sala de Casación Civil

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado ponente**

**SC3604-2021**

**Radicación n.º 47001-31-03-005-2016-00063-01**

(Aprobado en sesión de once de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los actores frente a la sentencia que el 23 de octubre de 2019 profirió la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso verbal promovido por Nelson Felipe Vives Lacouture (y otros) contra la Fundación Cardiovascular de Colombia (y otros).

### **ANTECEDENTES**

#### **1. Pretensiones.**

Nelson Felipe Vives Lacouture, Carmen Elena Calle Ceballos y Andrés Felipe, Nelson Felipe, Juan Felipe y Rosa Helena de Fátima Vives Calle, pidieron que se declare que la Fundación Cardiovascular de Colombia, AliansaLud EPS S.A.

y Gustavo Adolfo Romero Caballero son civil y solidariamente responsables por los perjuicios que les causaron las *«fallas en la prestación del servicio médico»* suministrado al primero de los citados actores el 3 de abril de 2013.

Consecuencialmente, reclamaron una indemnización de \$321.550.000, a título de daños patrimoniales, junto con 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) en favor del señor Vives Lacouture, 200 SMLMV para su cónyuge y 200 SMLMV para cada uno de sus cuatro hijos, por concepto de daños extrapatrimoniales.

## **2. Fundamento fáctico.**

2.1. El 3 de abril de 2013, Nelson Felipe Vives Lacouture se sometió a una *«micro-laringoscopia + polipectomía nasal por cirugía endoscópica trans-nasal»*, con el propósito de retirarle *«unos pólipos nasales que lo aquejaban»*. Dicha intervención fue practicada por el cirujano otorrinolaringólogo Dr. Gustavo Adolfo Romero Caballero en la Fundación Cardiovascular de Colombia, IPS que formaba parte de la red de atención de Aliansalud EPS.

2.2. Durante el reseñado procedimiento quirúrgico, el médico Romero Caballero *«rompió la lámina papirácea izquierda (pared interna de la órbita ocular), la cual forma parte de la cavidad orbitaria, circunstancia que originó abundante sangrado que se acumuló en la órbita ocular izquierda y aumentó la presión del ojo, comprimiendo el nervio óptico y el nervio oculomotor, nervio motor ocular común (M.O.C.) o III par craneal»*.

2.3. Para atender la contingencia, era necesario que se permitiera *«la salida de la sangre acumulada antes de finalizar la cirugía, lo cual podía lograrse dejándola fluir libremente por las fosas nasales»*. Sin embargo, *«se hizo todo lo contrario, pues se le introdujeron tapones en su nariz»* y, por lo mismo, durante el postoperatorio el paciente *«presentó equimosis infraorbitaria izquierda, intenso dolor en el ojo izquierdo, disminución de la agudeza visual por el mismo»*, y sufrió una *«hemorragia subconjuntival»*.

2.4. La visión del ojo izquierdo del señor Vives Lacouture sufrió una seria afectación *«dentro de las tres horas siguientes a la producción del hematoma orbitario»*, por lo que fue valorado en esa misma calenda por un especialista, el oftalmólogo Dr. Manuel José Travecedo Salazar, en la Fundación Cardiovascular, *«quien supuestamente descartó lesión de retina o nervio óptico»*. Pero, al día siguiente, el mismo médico *«le diagnosticó retinopatía hipertensiva, retinocoroiditis cicatrizada, oclusión de la arteria central de la retina del ojo izquierdo y parálisis incompleta del III par»*, por lo que lo remitió a la Clínica General del Norte de Barranquilla *«para un estudio especializado de oftalmología»*, que arrojó como resultado la pérdida definitiva de visión del ojo izquierdo del paciente.

2.5. A causa de la reseñada lesión, el señor Vives Lacouture *«experimenta un perjuicio estético, dado que perdió la movilidad de su ojo izquierdo y presenta estrabismo»*. Además, su capacidad laboral disminuyó *«en un porcentaje del 47,60%»*, en una época en la que *«obtenía ingresos mensuales equivalentes a \$14.000.000 producto de su trabajo»*; todo lo cual *«ha causado y seguirá causando a los accionantes profundos sentimientos de dolor,*

*desesperación, aflicción y congoja, así como también un brusco cambio de vida en los ámbitos familiar, laboral y social.*

2.6. Adicionalmente, previo al inicio de la *«micro-laringoscopia + polipectomía nasal por cirugía endoscópica trans-nasal»*, al paciente *«no se le advirtió, ni por el médico tratante, ni por ningún otro empleado o trabajador de la Fundación Cardiovascular, el riesgo de perder la visión por su ojo izquierdo, pues de haberlo sabido, no se habría sometido»* a dicha intervención.

### **3. Actuación procesal.**

3.1. La demanda fue admitida mediante auto de 30 de marzo de 2016, el cual se notificó a los tres demandados por aviso. Estos se opusieron oportunamente a las pretensiones, objetaron el juramento estimatorio y formularon excepciones de mérito.

El Dr. Gustavo Adolfo Romero Caballero propuso las que denominó *«adecuada práctica médica – cumplimiento de la lex artis»*; *«ausencia de culpa»*; *«la obligación del médico es de medios y no de resultado»*; *«advertencia o información del riesgo – asunción de riesgos por parte del paciente»*; *«alea terapéutica, fuerza mayor como eximente de responsabilidad»*; *«inexistencia de la obligación de indemnizar y estimación excesiva de perjuicios»*; *«ausencia de prueba e improcedencia de los perjuicios morales solicitados»* y *«el régimen de responsabilidad médica se rige por la culpa probada»*.

Aliansalud EPS S.A., a su turno, enarboló las de *«cumplimiento contractual de la EPS»*; *«ausencia de nexo causal»*; *«no*

*existió culpa en el proceso de atención del señor Nelson Felipe Vives Lacouture»; «ausencia de responsabilidad civil contractual e improcedencia de condena por responsabilidad contractual»; «ausencia de solidaridad»; «inexistencia de culpa»; «inexistencia de nexo de causalidad»; «la actividad médica constituye una obligación de medio y no de resultado»; «inexistencia de responsabilidad de Aliansalud EPS dada la autonomía del acto médico» y «falta de legitimación en la causa por pasiva – Aliansalud EPS».*

Por último, la Fundación Cardiovascular de Colombia alegó en su defensa la *«ausencia de responsabilidad civil [por] inexistencia de relación causal entre los supuestos perjuicios y las acciones de la Fundación»; «ausencia de responsabilidad por no presentación de los elementos generadores de la culpa»; «inexistencia de la obligación» y «exoneración por cumplimiento de obligación de medio».*

3.2. Aliansalud EPS S.A. llamó en garantía a la Fundación Cardiovascular de Colombia y a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

Tras ser vinculadas, la primera entidad insistió en las mismas excepciones con las que se opuso al *petitum*, mientras que la segunda adujo la *«inexistencia de la obligación condicional por delimitación temporal del riesgo»; «aplicabilidad del deducible pactado en la póliza»; «límite de valor asegurado pactado en la póliza»; «terminación del contrato de seguro y pérdida del derecho a la indemnización a favor del asegurado»; «exoneración por cumplimiento de la obligación de medio»; «inexistencia de obligación de Aliansalud EPS»; «ausencia de culpa»; «inexistencia de nexo causal»; «falta de*

*legitimación en la causa por pasiva de Aliansalud» e «inexistencia de solidaridad de Aliansalud».*

3.3. Mediante fallo de 9 de mayo de 2019, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta denegó integralmente los reclamos de los actores, quienes apelaron.

### **SENTENCIA IMPUGNADA**

En providencia de 23 de octubre de 2019, el tribunal confirmó lo resuelto por la juez *a quo*, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(i) Se encuentran acreditados tanto la existencia del contrato de prestación de servicios médicos, como el daño ocular invocado como fundamento del pretendido resarcimiento, de manera que *«el verdadero aspecto de discordio litigioso lo constituye el nexo causal, es decir, el meollo del asunto está en establecer si esa lesión se produjo por lo compresión del nervio óptico generada por una hemorragia retrobulbar o rasgarse parte de la lámina papirácea, al retirar el otorrinolaringólogo uno de los pólipos nasales».*

(ii) Sobre este aspecto, *«de la lectura del informe quirúrgico y de la historia clínica del señor Vives Lacouture, salta a la vista que no hubo sangrado activo, ni complicaciones, aunque si se desprendió un pedazo de la lámina papirácea».*

(iii) Las declaraciones testimoniales recaudadas presentan *«dos posiciones antagónicas en cuanto a la causa del daño, partiendo de si se causó, o no, hemorragia al extraer el pólipo que desprendió parte de la lámina papirácea (...): Los doctóres Francisco*

*Escobar y Reinaldo Castilla Barroso son del criterio que si hubo hemorragia (...) y en contraste con lo afirmado por los citados galenos, tenemos la declaración del oftalmólogo Manuel José Travecedo Salazar (...) quien negó de manera contundente que el paciente hubiese presentado una hematoma retrobulbar».*

*(iv) Además, «los relatos de los médicos internistas Javier Palomino Garcés y Marianella González Rodríguez, quienes atendieron a Vives Lacouture en la Clínica Cardiovascular, compaginan con lo que dijo Travecedo. El primero, narró que (...) la hipertensión arterial [como la que habría presentado el paciente en la fase postquirúrgica] es para toda la vida; tiene que estar en control permanente, porque microscópicamente, a nivel de tejidos, en los vasos sanguíneos, van alterando su estructura por situaciones de estrés, como una cirugía, donde hay hormonas como el cortisol y corticosteroides como la adrenalina, se aumenta la resistencia vascular periférica y hace que se aumente la fuerza que ejerce la sangre sobre el sistema vascular, provocando una urgencia hipertensiva y corriendo el riesgo de daño en órganos importantes y que eso fue lo que le pasó a este paciente».*

*(v) Con similar orientación, «Marianella González Rodríguez (médico general de la Fundación Cardiovascular para la época de los hechos que se investigan), manifestó que (...) con los hallazgos que presentó el paciente, es difícil descartar que la lesión obedezca a una causa diferente a una retinopatía hipertensiva y oclusión arterial central de la retina del ojo izquierdo; afirmó que Vives sufrió una crisis hipertensiva en el post operatorio que, por lo general, se describe cuando las cifras tensionales son iguales o mayores a 180/100; estima que la hipertensión se controla, pero no se cura. Preguntado si un paciente que ha sido hipertenso por un tiempo considerable y que desarrolló arterioesclerosis es propenso a presentar crisis hipertensivas en algún momento de su vida, contestó que sí; a lo pregunta de si la lesión del ojo izquierdo hubiese sido producto del procedimiento quirúrgico se hallaría algún tipo de lesión olfatoria en el paciente, contestó de manera*

*afirmativa, teniendo en cuenta la ubicación y distribución de los pares craneales, al ser la nariz el principal nervio hubiese podido comprometer el olfatorio que sería el II par craneal; a la pregunta si cuando se presenta hemorragia retrobulbar el paciente debería presentar endoftalmitis que es la inflamación de la parte interna del ojo y si el enfermo la había presentado, dijo que era muy probable que presentara esta patología y que en la historia no estaba descrita que lo hubiese sufrido».*

*(vi) También en contravía con la versión de los demandantes, se pronunció «Juan Carlos Mulford Pérez (médico especialista en gerencia en garantía de calidad y auditoría en salud y especialista en seguridad y salud) (...), quien concluyó que el paciente sufrió una retinopatía hipertensiva a causa de una comorbilidad inherente a la condición de él que era la hipertensión arterial y otros factores de riesgo que él tenía como obesidad y problemas cardiovasculares y no se evidenciaron fallas en la calidad del servicio; agregó que la única evidencia que encontró causa-efecto para la ceguera, fue la crisis hipertensiva con cifras tensionales muy elevadas de 190/100, porque en ella no se indica presencia de hemorragia ni hay tipo de elevación anterior; respondió que si la causa de pérdida de agudeza visual es un daño del nervio óptico, no se puede detener y que el procedimiento quirúrgico se hizo conforme a la lex artis».*

*(vii) Igualmente, «el anestesiólogo Daniel Eduardo Guerra Escorcía, quien prestó sus servicios en la cirugía en cuestión, acotó que en dicho procedimiento no se presentó complicación, ni el paciente presentó aumento de la presión arterial, ni sangrado difícil de manejar, porque si eso hubiese sucedido, lo hubiera remitido a cuidados intensivos o intermedios y luego se pasó a recuperación».*

*(viii) Las conclusiones ofrecidas por los citados declarantes compaginan con «el relato del demandado Gustavo Adolfo Romero Caballero», quien explicó que, si bien «al tratar de*

*extraer uno de los pólipos nasales, se presentó un pequeño desprendimiento de la lámina papirácea», una vez terminado el procedimiento «verificó que no hubiese sangrado activo de grasa externa que es el que puede generar y dirigirse hacia la nariz, porque en ningún caso sería la grasa interna».*

*(ix) A tono con esa hipótesis, el convocado también explicó que «el paciente pasó a recuperación y al rato lo llamaron que el paciente presentaba equimosis infraorbitaria y crisis hipertensiva severa»; que «la equimosis también pudo presentarse por la hipertensión arterial, porque esta genera ruptura de los vasos oculares y debido a esta patología el internista decidió dejarlo hospitalizado»; que «cuando hay hematoma o colecciones de sangre, que dañan la arteria y el nervio, se llena de sangre que empieza a empujar hacia afuera y se aumenta la presión intraocular y [en este caso] el oftalmólogo la encontró normal»; y que «la ceguera no es una complicación de esa clase de cirugía y que la elevación de la tensión arterial tampoco era un riesgo inherente a la cirugía».*

*(x) Asimismo, puntualizó que la «equimosis es un microsangrado por el rompimiento de unos vasitos que puede suceder por varias circunstancias, entre otros, hipertensión o basta un grito, la hemorragia es un sangrado masivo, como si se cortara una manguera con agua, y eso no sucedió»; y dijo que «los síntomas serían la ocurrencia de un hematoma retrobulbar que hace que se colecciona sangre detrás del ojo y lo empieza a empujar, porque esa sangre busca por donde salir y aumenta la presión intraocular que es uno de los signos claves y ocasiona la próptosis y el demandante no tuvo estos síntomas».*

*(xi) Contrastados los dos grupos de testimonios, se observa que «la opinión del doctor Travecedo y de quienes son del mismo parecer, en el entendido que el señor Vives Lacouture no presentó*

hemorragia en el momento de la cirugía, se aprecian espontáneas, responsivas, serios y coherentes, pues expusieron de manera clara, completa y coherente cada uno de los interrogantes que se les formularon, teniendo como referente el informe quirúrgico y su historia clínica, que indican que no hubo sangrado activo, tal como lo declaró el anestesiólogo Guerra Escorcio y el demandado Gustavo Romero. Además, si el paciente hubiese presentado hemorragia, lo hubieren detectado en el intraoperatoria y seguramente hubiesen efectuado las correcciones que el caso ameritaba y lo que se colige de los conceptos que emitieron, es que tanto el diagnóstico como el procedimiento realizado por Gustavo Romero, resultaba apropiado a las signos que presentaba el paciente en ese momento y de igual manera el diagnóstico, tratamiento y ayudas diagnósticas ordenadas por el oftalmólogo Travecedo.

(xii) Por el contrario, «los relatos del doctor Escobar y Castilla Barroso lucen sin firmeza y de no tanta claridad y conocimiento de la materia en algunos aspectos sobre los que se les cuestionó. Es así porque el primero no supo explicar si la lámina papírea tenía la potencialidad de generar una hemorragia, habida consideración que contestó que eso no era su campo, sino el del otorrino; también se notó evasivo cuando se le preguntó si era posible que se generara una lesión que cause un sangrado y este no sea observado en el endoscopia, al responder que debía preguntársele al otorrino, porque él nunca ha hecho esa clase de cirugías; además admitió que si el paciente hubiese estado sangrando, lo hubieran remitido a cuidados intensivos y no a sala de recuperación, así mismo aceptó que una hemorragia podía ocurrir después de terminada la cirugía, pues a la pregunta si era posible que el cirujano y el anestesiólogo hubieran terminado el procedimiento sin observar sangrado y hemorragia y de manera preventiva hubiesen ordenado valoración por oftalmología para determinar las condiciones del paciente y este al revisar no hallara afectación ya que se hubiese presentado con posterioridad, contestó de manera afirmativa; aunado a que admitió que no podía asegurar que la lesión se causó en el procedimiento quirúrgico,

*pero que tenía dudas por el aspecto que presentaba el actor en las fotografías y que le observó al visitarlo y en esas imágenes también fincó el doctor Reinaldo Castilla Barroso su sostén al decir que ellas son indicativas de la hemorragia retrobulbar que padeció Nelson Vives».*

*(xiii) Con relación a las mismas fotografías, «Travecado Salazar indicó que el aspecto que las mismas muestran (que él observó cuando lo revisó por primera vez), es producto de la equimosis y edema de párpada de la órbita nasal propios de la cirugía; agregó que esos cuadros son normales; asustan pero desaparecen y de manera similar expuso el doctor Palomino, quien dijo que lo vio tal como está en ellas, con equimosis y que es normal que cuando existe una intervención a pérdida de continuidad de los tejidos, se presente equimosis»; entonces, «desde la perspectiva expuesta por los testigos Travecado y demás, no puede afirmarse que la fotografía, per se, evidencie que el demandante sufrió hemorragia intraocular, pues los signos que ella muestra son compatibles con equimosis y edema de párpado, propios de una cirugía nasal; aunado a que ni del informe quirúrgico ni de la historia clínica se desprende que hubiese presentado hemorragia».*

*(xiv) A esa conclusión tampoco puede arribarse a partir del «resultado de tomografía axial computarizada de órbita de cortes axiales y coronales, que se le realizó el 8 de abril de 2013, pues los hallazgos descritos por el radiólogo no determinan que se hubiese presentado esa patología, como lo indica el neurólogo Jesús Hernán Rodríguez Quintana que lo valoró el 6 de mayo de 2013, quien concluyó que la etiología es inespecífica, es decir, que no señala la causa del hallazgo, anotando con signos de interrogación si es edema versus neoplasma y diagnosticó "neuropatía del III par ojo izquierdo, hipertensión arterial"».*

*(xv) Sobre dicho examen diagnóstico, el «doctor Travecado, acotó que este no está aseverando que haya presencia de un hematoma*

*retrobulbar, porque también dice que no se descarta proceso neoplásico y eso no significa que esté afirmando que tiene una masa o un cáncer y relató que los cambios inflamatorios se pueden deber al trauma quirúrgico, porque los tejidos aledaños a la zona operada sufren un proceso de inflamación».*

*(xvi) En ese mismo sentido «el doctor Palomino [manifestó] que se trata de una presunción diagnóstica no definitiva de un resultado de resonancia acerca de si existía o no neoplasia, es decir, que cabe dentro de las probabilidades, pero el neurólogo no está asegurando que se trata de una u otra cosa; también a este se le interrogó si la anotación final podía ser compatible con un hematoma retrobulbar y contestó que podían ser cambios inflamatorios propios del procedimiento; que es ambiguo y se puede interpretar de forma distinta; preguntado en qué consiste la oclusión de una arteria central de la retina, respondió que puede deberse a múltiples causas, una neoplasia, arterioesclerosis, isquemia por vaso construcción secundario, a uso de sustancias psicoactivas, etc.».*

*(xvii) Incluso, la ambigüedad del resultado de la tomografía axial computarizada también fue reconocida por el testigo «Reinaldo Castilla, pues ante la pregunta de si con solo ese ese documento podía asegurar que el libelista no presentó una retinopatía y una oclusión de la arteria central, contestó que no lo podía asegurar; luego se le cuestionó si la oclusión de la arteria central podía causarse por un evento isquémico producido por trombos secundarios a elevación de cifras tensionales, respondió que sí y también contestó afirmativamente a si un evento isquémico podía establecer una relación causa-efecto con la patología del nervio óptico (...)».*

*(xviii) La susodicha hemorragia retrobulbar no es un aspecto que pueda darse por probado con fundamento en «el diagnóstico de “trastorno del nervio óptico no clasificado en otra parte”*

que emitió el oftalmólogo Vergara, quien lo atendió en consulta el 11 de agosto de 2015, y consignó "paciente con cuadro neuropático de características isquémicas de aproximadamente 26 meses de evolución", porque, como la sostuvo el doctor Juan Carlos Mulford Pérez, allí no se indicó qué lo causó, en consecuencia, no descartó que se hubiese generado una lesión de la retina producto de la hipertensión, porque la oclusión a nivel de la perfusión sanguínea genera isquemia y puede ser consecuencia de una retinopatía hipertensiva; de igual manera, al haber plasmado el doctor que las fotografías "aparentan cuadro oclusivo secundario a hemorragia retrobulbar accidental posiblemente secundaria a cirugía de otorrinolaringología" está emitiendo una mera posibilidad o impresión diagnóstica, como lo sostuvo Juan Carlos Mulford Pérez, opinión que coincide con la de Marianella González.

(xix) No resulta factible «deducir que Vives Lacouture haya sufrido hemorragia retrobulbar por el hecho que el optómetra, tras hacer una medición de la agudeza visual de ambos ojos, el 20 de mayo de 2014, haya descrito como antecedente atrofia del nervio óptico consecuente con cirugía de pólipo nasal, pues no se indica de donde obtuvo esa información y por su profesión no tiene la idoneidad para realizar ese diagnóstico».

(xx) En este punto «coincidieron los doctores Mulford Pérez y Marianella González, [al] sostener que, si el paciente hubiese presentado hemorragia en la parte posterior del globo ocular, había una gran probabilidad de presentar proptosis, que es la salida del globo ocular [...], pero en este caso no se presentó; como tampoco hay hallazgos de otros signos compatibles con la hemorragia como endoftalmitis y la presión intraocular elevada; el doctor Travecedo anotó que el estrabismo lo ocasionó la parálisis del III par craneano secundario a la isquemia; y a la pregunta de si de haberse causado una lesión que llenara la cavidad orbital se hubiera generado una infección en el ojo desde el punto de visto de la literatura médica, contestó que sí, que este hubiera terminado enucleado».

(xxi) No puede dejarse de lado que *«en la epicrisis que del paciente describió la Clínica General del Norte, en antecedentes familiares, se indica “hermanas diabéticas”, además que en el post operatorio presentó signos elevados de glicemia, como lo afirmó el doctor Travecedo, al decir que el resultado fue altísimo y que, a su parecer, es indicativo de que tiene diabetes a que hizo un pico de azúcar elevada que también pudo ayudar a la oclusión de la arteria central de la retina».*

(xxii) La tesis de la defensa *«halla refuerzo en el informe de auditoria de Aliansalud y en la experticia aportada a autos. En efecto, visto el primero, realizado por la doctora Diana Flórez, luego de referirse al historial clínico, el cual indica que para realizarlo se apoyó en conceptos de especialistas en otorrinolaringología y oftalmología, concluyó que no se evidenció sangrado intra-operatorio y que las complicaciones menores se relacionan con la rotura de la lámina papirácea, pero que no se considera como causa de la oclusión de la arteria central de la retina; el paciente presenta cifras de presión arterial elevadas en el postoperatorio inmediato que requiere valoración por medicina interna; la hipertensión se documenta como una de las causas de oclusión de la arteria central de la retina. Adicionalmente, el paciente presenta otros antecedentes como obesidad, edad mayor de 50 años como factores de riesgo importantes como desencadenantes de la oclusión de la arteria central de la retina dentro de la patogenia de esa patología con la pérdida de la visión».*

(xxiii) El dictamen pericial elaborado por Francisco Revollo Zúñiga tampoco favorece a los demandantes, pues allí se *«concluyó que la conducta de Gustavo Romero fue correcta durante la intervención quirúrgica, pues plasmó los hallazgos ocurridos, tal como la afectación de la lámina papirácea y revisó que no hubiese sangrado en el globo ocular ni en la órbita; igualmente lo valoró esa tarde, descartando una lesión grave y, revisadas las valoraciones por medicina interna, advirtió cifras tensionales elevadas, acotando que los*

*hallazgos de la cirugía y las horas posteriores a esta, niegan cualquier relación con un hematoma retrobulbar y el perito respondió de manera afirmativa la pregunta de si el desprendimiento de la lamina papirácea o parte de esta con segmento de grasa podía dar lugar a un sangrado que se absorba hacia la cavidad orbital, aclarando que ocurre de manera inmediata, es decir, en segundos, es un evento catastrófico, el ojo se llena de sangre y se prolapsa y en el caso de este paciente, las valoraciones no lo dictaminan».*

*(xxiv) Dicha experticia es digna de credibilidad, en tanto que «proviene de profesional experto en la materia que se investiga por su condición de médico otorrinolaringólogo con muchos años de experiencia y, por ende, con idoneidad para aportar conocimientos profundos sobre el tema, además su trabajo se aprecia serio, completo y preciso, pues expuso de manera concreta y coherente cada uno de los interrogantes que se le formularon, teniendo como referente la historia clínica del actor».*

*(xxv) Las declaraciones de parte de los integrantes de ambos extremos del litigio, y los testimonios rendidos por Ana Elvira Romero, Lina Margarita Olmos Hernández y Nayibe Mercedes García «no aportan datos relevantes para el esclarecimiento de estos hechos que incidan en la decisión a adoptar, atendiendo que, en primer lugar, se requería demostrar si la lesión padecida por Nelson Vives fue producto de hematoma retrobulbar, habida consideración que no cuentan con conocimiento sobre el tema, toda vez que estos son de orden médico».*

*(xxvi) Así las cosas, «si los medios de persuasión no permiten acreditar que la causa del daño fue el mal manejo adoptado por el cirujano o la falta de remisión oportuna al oftalmólogo, pues existe gran probabilidad de que se produjera por una isquemia por vaso-constricción secundaria a crisis hipertensiva, pues según los profesionales con*

*conocimientos médicos especializados ese fue el factor que desencadenó la lesión ocular al tiempo que descartaron que hubiera padecido hemorragia retrobulbar que afectara el nervio óptico y desencadenara en la pérdida de visión del ojo izquierdo, toda vez que no presentaba signos que así lo evidenciaran [...] es imperativo sostener que no se puede endilgar responsabilidad a los demandados por el daño ocular que afectó la salud del actor».*

### **DEMANDA DE CASACIÓN**

Al sustentar su impugnación extraordinaria, los convocantes propusieron un solo cuestionamiento, con fundamento en la causal segunda de casación.

### **CARGO ÚNICO**

Se acusó al tribunal de trasgredir, de forma indirecta, los artículos 1602, 1604, 1613, 1614, 1615, 1616, 1626, 2341, 2343, 2347, 2356 y 2357 del Código Civil, dada la omisión, tergiversación y suposición de distintos medios de prueba. Esta censura, a su vez, se fincó en cuatro reproches bien diferenciados, a saber:

**1. Tener por probado, sin estarlo, que la ceguera del actor fue producto de una retinopatía hipertensiva.**

(i) No resulta viable atribuir la pérdida de visión del demandante a una retinopatía hipertensiva, puesto que el testimonio del anesthesiólogo Daniel Guerra Escorcía, así como los registros de la historia clínica, reflejan que «cuando el paciente experimentó la disminución de agudeza visual, equimosis

*infraorbitaria izquierda y dolor ocular, este no presentó cifras elevadas de su presión arterial», siendo el único registro de hipertensión arterial el de las 3:13 pm del día 3 de abril de 2013, más de 4 horas después de finalizada la cirugía.*

(ii) Existen múltiples anotaciones de la historia clínica que evidencian, en forma clara, que para la época en que se llevó a cabo el cuestionado procedimiento quirúrgico, el señor Vives Lacouture ya había superado el cuadro de hipertensión arterial que lo aquejó aproximadamente hasta el año 2009, cuando fue sometido a una *«cirugía gastro-reductora [...] que le corrigió totalmente la situación de hipertensión».*

(iii) El *ad quem* dedujo que la ceguera parcial del demandante fue secuela de una retinopatía hipertensiva con apoyo en la declaración testimonial del médico Manuel Travecedo, sin reparar en que *«no existe un solo examen especializado que confirme ese diagnóstico»*; ni siquiera *«el examen especializado que, el mismo profesional, manifestó era el idóneo y adecuado para detectar ese padecimiento, es decir, la angiografía fluoresceínica de la retina»*, con base en la cual *«los especialistas en neurocirugía y retinología que atendieron al paciente en Barranquilla, diagnosticaron que fue una compresión a nivel de ápice de órbita como causa de la oclusión de la arteria central de la retina, y en manera alguna se refirieron a una retinopatía hipertensiva».*

(iv) Contrario a lo que sostuvo el testigo técnico mencionado, acerca de la imposibilidad anatómica de que, durante una extracción de pólipos nasales, se desprenda la lámina papirácea, obran a folios la historia clínica y el informe quirúrgico, en los cuales se dejó sentado que

*«precisamente durante la intervención, sí hubo desprendimiento de la lámina papiácea con tejido graso»; además, las mismas anotaciones del médico Romero Caballero evidencian que, tras finalizar la cirugía, se sospechó de la existencia de un hematoma retrobulbar, pues fue justamente por ello que se remitió al paciente a valoración por oftalmología.*

(v) Se pasó por alto que *«entre los daños que padeció el actor, están la equimosis periorbital y la afectación o parálisis incompleta del músculo motor III por craneal; padecimientos que no se pueden generar de una crisis hipertensiva»,* conforme lo indicaron los testigos técnicos Marianella González y Francisco Escobar, razón por la cual *«debió tenerse por probado que dicha lesión fue producto del daño a la órbita que se le ocasionó al demandante durante la cirugía de pólipos».*

(v) Tampoco se debió dar crédito al informe de auditoría médica elaborado el 14 de julio de 2016 por orden de Aliansalud, por cuanto quien lo confeccionó *«no fue un tercero imparcial, sino una empleada de Aliansalud, [lo que] permite predicar la falta de objetividad del trabajo»,* a lo que se agrega que el único especialista al que se consultó para fundamentar ese informe *«jamás se refirió a la hipertensión arterial o crisis hipertensiva como causa de la ceguera».*

**2. No tener por probado, estándolo, que el daño corporal del demandante fue producto de una iatrogenia.**

(i) Al inferir que la lesión en el ojo izquierdo del señor Vives Lacouture derivó de una retinopatía hipertensiva, el

tribunal omitió las múltiples probanzas que señalaban, en forma categórica, que ese daño realmente lo causó el hematoma retrobulbar producido por la ruptura de la lámina papirácea, lesión que no fue tratada de manera diligente.

(ii) No se tuvo en cuenta que *«la compresión que, según la testigo Marianella González Rodríguez, podía sospecharse en el caso del señor Nelson Vives, capaz de producir ceguera, también la sospechó el demandado Gustavo Romero Caballero y precisamente por ello fue que el día 3 de abril de 2013 a las 6:40 p.m. ordenó valoración por oftalmología para descartar hematoma retrobulbar»*; también se obvió que *«incluso el testigo Manuel Travecedo aceptó que un daño en la órbita puede generar el hematoma retrobulbar»*.

(iii) El *ad quem* incurrió en error *«al suponer que, para generar hematoma retrobulbar, debe necesariamente ocasionarse una lesión al globo ocular (...), pues tal como lo explicó el doctor Francisco Escobar, y así se aprecia en el material documental allegado por el testigo Reinaldo Castilla, el globo ocular se encuentra dentro de la cavidad orbitaria y la sangre que se aloje en dicha cavidad en la parte posterior al globo ocular va a generar una compresión sobre la arteria central de la retina y el nervio óptico»*.

(iv) La colegiatura de segundo grado desechó, sin justificación, tanto el dictamen pericial que elaboró Yolanda Sánchez Ramírez, *«quien claramente expresó que la ceguera del actor y la parálisis del III par craneal se derivó de una hemorragia»*, como la declaración del testigo técnico Reinaldo Castilla, dando para ello *«razones que no se compadecen con la realidad y más bien denotan la falta de apreciación integral de la declaración (...), puesto que (...) se*

*aprecia consistente y coherente, e incluso fundada en la literatura médica».*

(v) Con idéntica ligereza se desestimó el testimonio del médico Francisco Escobar Silebi, *«quien, cuando emitió sus respuestas, mostró total dominio, seguridad, coherencia y conocimiento en la materia, coincidiendo su relato con los conceptos emitidos por los especialistas en neurocirugía, retinología, oftalmología de la Clínica Carriazo y el otorrinolaringólogo Félix Parales».*

(vi) No resulta acertado sostener que, al no haberse evidenciado sangre durante la cirugía, no pudo presentarse un hematoma retrobulbar, puesto que *«el sangrado abundante sobrevino en el postoperatorio inmediato, por lo que era posible que el cirujano no notara el sangrado en el quirófano. Adicionalmente, es claro que la sangre compone el hematoma retrobulbar por coleccionarse en la parte posterior de la órbita, por lo que no es visible para el cirujano, dado que ella solo puede detectarse a través de un TAC».*

(vii) Asimismo, *«lo que interesa no es el momento en que el sangrado se produjo, o si el cirujano se percató del sangrado durante o después de la cirugía (...), pues lo que permite predicar el comportamiento negligente del accionado es su omisión cuando, al dañar la lámina papirácea o la órbita del paciente, no declaró la existencia de una complicación; ni hizo el llamado inmediato al oftalmólogo, dando lugar a que la sangre derivada de esa complicación se acumulara en la parte posterior de la órbita y comprimiera el paquete vásculo-nervioso».*

(viii) El dictamen pericial elaborado por el médico Francisco Revollo Zúñiga no debió considerarse, entre otras cosas, porque allí se *«ignoró por completo la historia clínica del paciente, elaborada en la Clínica Norte, en la que, con fundamento en los*

*señalados exámenes especializados, se efectuó el diagnóstico de oclusión de la arteria central de la retina por compresión a nivel de ápice de órbita»; además, dicho trabajo proviene de un otorrinolaringólogo, especialidad ajena «a la materia que se investiga, que hace referencia al órgano de la visión».*

(ix) El tribunal descartó la presencia de un hematoma retrobulbar por no haberse presentado una proptosis del ojo izquierdo, pese a que los testimonios de Francisco Escobar, Reinaldo Castilla e incluso de Manuel Travecedo evidencian que dichas patologías no son necesariamente sucesivas.

(x) Habiéndose demostrado la existencia de la hemorragia retrobulbar, no reparó el *ad quem* en que *«ninguna de las pruebas recaudadas acreditó una causa diferente al daño de la lámina papirácea de la que da cuenta el informe quirúrgico o el evidente daño mecánico a la órbita ocular mencionado por neurocirugía»,* lo cual muestra lo endeble de la argumentación del fallo censurado, que *«en un último y desesperado intento de darle bases a la errada sentencia, (...) pretendió vincular la calidad de diabético del actor con la retinopatía hipertensiva (...) ignorando que ni en la historia clínica, ni en el informe de auditoría elaborado por Aliansalud, se visualiza dictamen, concepto o diagnóstico alguno que sugiera que la supuesta diabetes del actor incidió en la oclusión de la arteria central de su retina».*

### **3. Pretermitir el «indicio grave» derivado de las deficiencias en el diligenciamiento de la historia clínica.**

(i) Según lo resaltó el testigo Fernando Javier Palomino Garcés, *«no están las notas de enfermería dentro de la sala de cirugía y falta el record anestésico. Además, el galeno piensa que la*

*valoración anestésica está incompleta. Es claro también que las notas de enfermería allegadas no registran lo acontecido entre las 10:13 horas del 3 de abril de 2013 y las 6:00 p.m. del mismo día, siendo ello de vital importancia porque no existe constancia de los signos y síntomas que presentó el paciente una vez que finalizó la intervención a las 11:00 a.m..*

(ii) Como si fuera poco, dicho documento carece de hora de inicio y de finalización; consigna que en el procedimiento no hubo complicaciones, pese a que *«es claro que el otorrinolaringólogo, al retirar un pólipo, desprendió parte de la lámina papirácea con tejido graso y dañó la órbita»*; registra que el promedio de la presión arterial durante el procedimiento fue de 120/80 y, no obstante, *«varias anotaciones revelan una supuesta alza de la tensión en la operación y una hipertensión esencial primaria»*; además, refleja que la demora en el traslado del señor Vives Lacouture a la ciudad de Barranquilla se debió a la falta de autorización de la EPS, aun cuando el auditor Juan Carlos Mulford señaló que *«no era cierto que el traslado del paciente dependiera de una autorización»*.

(iii) Estas graves inconsistencias en la historia clínica del paciente debieron ser valoradas como un indicio en contra de la teoría del caso defendida por las demandadas, lo que la colegiatura de segunda instancia no hizo, incurriendo con ello en otro yerro fáctico susceptible de ser corregido en sede de casación.

**4. No otorgar efectos jurídicos a la falta de prueba de un consentimiento informado «completo».**

(i) En la demanda se incluyó una negación indefinida, relacionada con la insuficiencia de la información suministrada al señor Vives Lacouture acerca de los riesgos inherentes al procedimiento de extracción de pólipos nasales, que no fue desvirtuada por ninguno de los demandados, ni siquiera por el galeno Gustavo Romero, quien, escuetamente, y sin respaldo probatorio alguno, se limitó a señalar que dicha advertencia se recogió en un escrito firmado por el paciente, el cual no llegó a aportar.

(ii) Esto se traduce en que no se probó el otorgamiento del consentimiento informado, pero de esta circunstancia pareció no haber tenido noticia la Corporación *ad quem*, quien se abstuvo de acoger el reclamo indemnizatorio, *«muy a pesar de que, en casos de ausencia de consentimiento informado, la Corte ha señalado que procede la indemnización plena o total de los perjuicios generados por el procedimiento no consentido o tutorizado»*.

## **CONSIDERACIONES**

### **I. Régimen aplicable al recurso.**

Es pertinente advertir que el recurso de casación en estudio se interpuso en vigencia del Código General del Proceso, razón por la cual todo lo concerniente al mismo se ha de regir por esa normativa.

**2. La violación indirecta de la Ley sustancial por errores de hecho.**

La comisión de un yerro fáctico, de tal magnitud que comporte la infracción indirecta de una norma sustancial, presupone para su acreditación que, entre otras exigencias, se compruebe que la inferencia probatoria cuestionada es manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba; es decir, que el desacierto sea tan evidente y notorio que se advierta sin mayor esfuerzo ni raciocinio.

Además, como las sentencias llegan a la Corte amparadas por una presunción de legalidad y acierto, le incumbe al recurrente desvirtuarla, para lo cual debe realizar una crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, amén de hacer evidente la trascendencia del yerro «en el sentido del fallo» y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada.

En esta precisa materia, la Sala ha explicado:

*«El error de hecho [...] ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que si obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, usignarle una significación contraria o diversa.*

*El error “atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho” (G. J., t. LXXVIII, pág. 313). Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada [...].*

*Acorde con la afeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, "cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio" del juez "está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio", lo que ocurre en aquellos casos en que él "está convicta de contraevidencia" (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es "de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso" (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01).*

*Dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que "se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía" (G. J., T. CCXXXI, página 644) (CSJ SC 2) feb. 2012, rad. 2004-00649-01, reiterada en CSJ SC 131-2018, 12 feb.).*

Con similar orientación, esta Colegiatura sostuvo:

*«(...) partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, es preciso subrayar que los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo tanto no se da sino en tanto quede acreditado que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal, tomando por lo tanto en contraevidente la formulada por el juez; por el contrario, no producirá tal resultado la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado.*

*Se infiere de lo anterior, entonces, que cualquier ensayo crítico sobre el ámbito probatorio que pueda hacer más o menos factible un nuevo análisis de los medios demostrativos apoyados en razonamientos lógicos, no tiene virtualidad suficiente para aniquilar una sentencia si no va acompañado de la evidencia de*

*equivocación por parte del sentenciador (...)* (CSJ SC, 8 sep. 2011, rad. 2007-00456-01).

### **3. La infracción a la *lex artis ad hoc*.**

En juicios similares al que ahora ocupa la atención de la Corte, establecer la existencia y extensión de los daños corporales del paciente no suele ser una tarea excesivamente compleja o dispendiosa. De ahí que, ordinariamente, el debate procesal termine centrándose en la demostración de los otros dos puntales de la responsabilidad civil médica, esto es, el actuar culposo del galeno demandado –entendido como la inobservancia de la *lex artis ad hoc*– y su vínculo de causalidad con el menoscabo anunciado en la demanda.

En cuanto a lo primero, conviene insistir en que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, conforme la regla general que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano. Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales –como la existencia de pacto expreso en contrario<sup>1</sup>–, la procedencia de un reclamo judicial indemnizatorio relacionado con un tratamiento o intervención médica no puede establecerse a partir de la simple obtención de un resultado indeseado –*v.gr.* el agravamiento o la falta de curación del paciente–, sino de la comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud.

<sup>1</sup> Sobre el particular, enseña el precedente de la Corte: «Suficientemente es conocido, en el campo contractual, [que] la responsabilidad médica descansa en el principio general de culpa probada, salvo cuando en virtud de "estipulaciones especiales de las partes" (artículo 1604, in fine, Código Civil) se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultados» (CSJ SC7110-2017, 24 may. t.

Ese estándar, cabe precisarlo, no puede asimilarse completamente a ninguno de los que consagra el precepto 63 del Código Civil para los distintos tipos de culpa (como el parámetro del «*buen padre de familia*»), ni tampoco al criterio genérico de «*persona razonable*», pues debe tener en cuenta las especiales características de la labor del personal médico. Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada *lex artis ad hoc*, esto es,

«[...] **el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector**, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia “de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad”, o dicho de otro modo, de la conducta “que se esperaría de un colega en la misma situación”. Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del “hombre normal y razonable”, que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector»<sup>2</sup>.

Lo anotado equivale a decir que la imputación subjetiva de los galenos debe construirse comparando su proceder con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., en caso de haberse enfrentado (hipotéticamente) al cuadro clínico del paciente afectado. Esto explica la referencia a una *lex artis ad hoc*, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de

<sup>2</sup> SOLÉ-FILLIE, Jordi. *Lex artis y estándar de diligencia en la culpa médica*. En GARCÍA, María y MORESO, Josep (Dir.). *Conceptos multidimensionales del derecho*. Ed. Reus, Madrid, 2020, p. 671.

cada persona sometida a tratamiento, observando variables como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible<sup>3</sup>. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su “culpa”, en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda.

#### **4. El vínculo causal (material y jurídico) entre la infracción a la *lex artis ad hoc* y el daño.**

La generalidad de los sistemas jurídicos occidentales admiten la necesidad de desarrollar el análisis de causalidad en dos fases diferenciadas. La primera, conocida como causalidad fáctica, o causalidad de hecho, tiene por objeto identificar, en sentido material, si una actividad es condición necesaria para la producción del hecho dañoso; la segunda, que suele denominarse como causalidad jurídica, o alcance de la responsabilidad busca atribuir, a través de criterios normativos, la categoría de causa a una de esas condiciones

<sup>3</sup> En cualquier caso, no pueden obviarse algunos criterios de flexibilización de la prueba de la culpa, como las presunciones judiciales que surgen de la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, o *res ipsa loquitur*, operante en supuestos como el (abuso) quirúrgico (Cf. C. SJ ST 71 IU-2017, 24 may.)

antecedentes –como directiva para imputar a su autor las secuelas de la interacción lesiva–.

Esta es la metodología mayoritariamente postulada en la doctrina y la academia, y acogida en propuestas de invaluable mérito teórico, como los *«Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil»* (PETL, por sus siglas en inglés), en los que se señala, entre otros lineamientos, que (i) *«Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido»* (art. 3:101), y que (ii) *«si una actividad es causa en el sentido de la Sección [anterior], la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida»,* depende de diversos factores, tales como la previsibilidad del daño *«para una persona razonable en el momento de producirse la actividad»*; la *«naturaleza y valor del interés protegido»*; el *«fundamento de la responsabilidad»*; el *«alcance de los riesgos ordinarios de la vida»*; y el *«fin de protección de la norma que ha sido violada»* (art. 3:201).

Con similar orientación, la literatura especializada reconoce que

*«(...) se torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios: (1) primera fase (quaestio facti): la fijación del nexa causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la conditio sine qua non; (2) segunda fase (quaestio iuris): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado»<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> PREVOT, Juan, *El Problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil* Revista Chilena de Derecho Privado, n.º 15, 2010, pp. 143-178.

Ese método, cabe resaltar, no es caprichoso, sino que sirve al propósito de refinar el proceso de selección que se sugirió en precedencia. La causa, en el sentido que interesa al derecho de daños, es un concepto en el que se entremezclan consideraciones factuales y jurídicas. Por tanto, la verificación del nexo de causalidad exige un condicionamiento de la conducta o actividad del demandado en la realización del evento dañoso, pero no solamente eso, sino también ciertas cualidades de aquella relación, que deben extraerse de las fuentes del derecho aplicables.

Los “dos pasos” –que reflejan las “dos facetas” de la causa–, sirven como una especie de recordatorio para reflexionar y argumentar acerca del problema causal en sendas esferas distintas, una fáctica, y otra jurídica.

#### **(i) Causalidad de hecho.**

La fase inicial del análisis causal, llamada “causalidad material”, podría ser denominada también como “etapa de selección de condiciones causales relevantes”, para evitar que el uso duplicado del vocablo “causalidad” lleve a confusiones. Su propósito, se insiste, no es ofrecer una respuesta definitiva a la cuestión causal, sino acotar, de entre todos los antecedentes de un suceso dañoso, aquellos que cumplan con parámetros de necesidad y suficiencia respecto de la realización del daño, de modo que habiliten su posterior selección como causa en el contexto de una reclamación jurisdiccional.

Vale la pena insistir en que, sin importar la prolijidad y meticulosidad con que sea desarrollado, al finalizar el "primer paso" aun no estará establecida la causa del hecho dañoso. Simplemente, aparecerán un grupo de condiciones causales que son potencialmente idóneas –elegibles– para ser calificadas luego como causas, lo cual se hará, bajo pautas normativas, en el "segundo paso". No obstante, siempre será posible depurar los criterios de lo que se entiende como condición causal relevante, para sacar mayor provecho de esta instancia inicial.

Precisado lo anterior, es pertinente destacar que –según la opinión generalmente aceptada– la incidencia en el resultado dañoso de una conducta o actividad debe establecerse a través de juicios contrafácticos (o contrafactualés), que obligan a «plantear y responder una pregunta hipotética (...), la cual consiste en determinar si una condición que de hecho ocurrió no hubiera ocurrido, el resultado habría sido así y de esta forma»<sup>5</sup>. En ese sentido, ilustra muy bien el concepto la expresión anglosajona *but-for* (equivalente a la locución latina *conditio sine qua non*), que puede traducirse como "si no hubiera sido por...".

Ello significa que una conducta o actividad podrá ser considerada como condición necesaria de un hecho dañoso siempre que la falta de aquella conducta o actividad hubiera conllevado que el hecho dañoso no acaeciera. El mismo raciocinio puede replicarse en tratándose de conductas

<sup>5</sup> HONORÉ, Tony. *Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extrac contractual*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, n.º 3, 2013, pp. 1073-1097.

omisivas, solo que, en estos casos, el examen contrafáctico consistirá en elucidar si la participación (exigible, o lícitamente esperable<sup>6</sup>) del demandado en el curso de los acontecimientos, habría impedido que ocurriera el daño<sup>7</sup>.

En nuestro medio, la Corte Suprema de Justicia se decantó por esta teoría desde la sentencia CSJ SC, 17 dic. 1935, G. J. t. XLIII, pp. 305-306, donde dijo:

*«Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido el perjuicio no se habría producido. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que aparece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado, aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubieran reunido, no habría habido daño. En tales casos (...) basta que, entre las diversas causas cuya ocurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que esta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta -para establecer la relación de causalidad- que aparezca que sin*

<sup>6</sup> Cabe anotar que las omisiones solo son relevantes para el derecho de daños en tanto constituyan, correlativamente, la infracción a un deber de actuar determinado (deber de evitar el resultado); no obstante, la cuestión no necesita ser esclarecida en esta etapa, sino que debe trasladarse a las fases jurídicas del análisis de responsabilidad, restringiendo la posibilidad de que, alrededor de la selección de antecedentes causales relevantes, terminen entremezclándose asuntos de hecho y de derecho.

<sup>7</sup> Cabe anotar que existen enfoques filosóficos que niegan a las omisiones la posibilidad de constituirse como condiciones causales relevantes del daño, en tanto entienden la causalidad como un fenómeno mecanicista. Sin embargo, estos carecen de aplicaciones prácticas en el contexto del derecho (Cfr. LAURIE, Paul. *Counterfactual theories*. En HITCHCOCK, Christopher, et. al. *The Oxford book of causation*. Oxford, Oxford University Press. 2009, pp. 164-209).

*la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de pluralidad de causas, cada una de estas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a la reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación».*

Precisado lo anterior, cabe anotar que la utilidad y pertinencia de acudir a métodos contrafácticos suele enfrentarse a reiteradas objeciones, fundadas en la posibilidad de calificar como antecedente causal relevante a cualquier evento del pasado, aun cuando no tuviera una vinculación más que hipotética –o, a veces, fantástica– con el daño. Es frecuente escuchar, por vía de ejemplo, que es posible calificar como causa de un accidente de tránsito al nacimiento de uno de los choferes involucrados en un choque, o al hecho de que uno de ellos eligiera conducir al trabajo y no tomar un taxi, pues si esos eventos no hubieran ocurrido, tampoco habría acaecido el resultado dañoso.

No obstante, debe resaltarse que este tipo de críticas, en líneas generales, confunde condiciones causales con condiciones lógicas. El nacimiento del chofer de un vehículo, o la decisión de conducir al trabajo del conductor del otro, son parte de un conjunto de variables que se requieren como presupuesto lógico para que ambos estén frente al timón de su vehículo en el instante del accidente vehicular, pero no hay en ello necesidad causal alguna. A tono con lo anterior, explica la doctrina comparada:

*«no es correcto afirmar indiscriminadamente que hay muchas causas de cada resultado. Sólo es causa lo que llamamos "causa" y no hay fuerzas que nos obliguen a llamar a las cosas de un modo distinto al que convencionalmente las llamamos. Solemos preguntar en singular cuál es la causa de un suceso. Y aun cuando preguntemos en plural cuáles son sus causas, no es común que la gente comience a recitar una lista enorme de condiciones y las llame de ese modo ("causas"). Aunque el sentido común asume que si un conductor no hubiera sido concebido, el auto que guiaba no habría chocado, nadie –en contextos usuales– da a la concepción y nacimiento del conductor la categoría de "causa" del choque, ni tampoco confiere esa categoría al hecho de que los abuelos del conductor se hayan conocido, ni calificaría así al evento de que el mismo conductor haya sobrevivido a su desayuno cotidiano»<sup>8</sup>.*

Agréguese que censuras como la que previamente se reseñó, se tornan fútiles si no se pierden de vista las diferencias entre "condiciones necesarias" y "causas". Lo anterior en tanto que, aun aceptando la validez formal de la premisa que vincula como condición causal del accidente de tráfico al nacimiento de uno de los involucrados, el ordenamiento jurídico contaría con herramientas suficientes para evitar que un precedente que revistiera tales rasgos de aleatoriedad respecto del resultado fuera considerado una verdadera causa, para efectos de atribución de responsabilidades.

Y si, en gracia de discusión, se prescindiera también de este argumento, nada cambiaría para el derecho de daños, porque engendrar a un ser humano no puede calificarse como una conducta negligente, o intrínsecamente riesgosa, con relación a aquel resultado<sup>9</sup>. Ello equivale a la ausencia

<sup>8</sup> ACCIARRI, Hugo. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 35.

<sup>9</sup> Cf. HART H.L.A., & HONORE, Tony. *Causation in law*. Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 115.

del fundamento de la responsabilidad (entendiendo por tal la negligencia –por regla general–, o la creación de un riesgo –si se tratara de un supuesto de responsabilidad objetiva–), lo que frustraría cualquier *petitum* indemnizatorio. Queda así evidenciado que las críticas más frecuentes contra la *conditio sine qua non* se sustentan en un peligro –el de «hacer culpables a todos, de todo»<sup>10</sup>– que es apenas aparente.

Expresado de otra forma, en esta primera etapa del análisis causal simplemente se seleccionan, de entre el conjunto de acontecimientos que antecedieron a un hecho, aquellos que son imprescindibles para que este se produjera, y que, por lo mismo, pueden considerarse razonablemente como sus “causas materiales”, o más propiamente, como condiciones causales relevantes del resultado. Y si bien es previsible que el método arroje como resultado un grupo acotado, pero amplio, de dichas condiciones, ello no equivale a decir que todas ellas puedan ser calificadas automáticamente como “causas jurídicas”.

Recuérdese que, en el marco de un juicio de responsabilidad extracontractual, el examen de causalidad material resulta útil en tanto herramienta para demarcar los precursores causales que pueden considerarse relevantes para la realización del hecho dañoso; pero será necesario agotar una segunda etapa de análisis –a la que se referirá la Corte seguidamente– para elegir, con base en criterios normativos, a cuál (o cuáles) de esos precursores puede

<sup>10</sup> Tal como alguna vez lo expuso, por ejemplo, Atilio ALTERINI, en su obra *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 144).

asignársele el rótulo de "causa" del hecho dañoso, en el sentido que asigna el derecho a esa expresión.

**(ii) Causalidad jurídica.**

Si en el juicio se establece que la conducta o actividad del demandado no es un antecedente causalmente relevante del hecho dañoso, el *petitum* no saldrá avante, porque nadie puede ser obligado a indemnizar resultados lesivos en los que no intervino<sup>11</sup>. En contraposición, una respuesta afirmativa a aquella cuestión impondrá agotar una segunda fase de análisis, en la que se involucra de forma más activa el conocimiento de los juristas: elucidar, a través de las directivas que consagra el derecho aplicable, si es posible asignar a la conducta o actividad del demandado, en tanto antecedente causal relevante del daño, el rótulo de "causa" de este.

Ello es así porque las condiciones causales relevantes pertenecen a la esfera de los hechos, razón por la cual su relevancia intraprocesal dependerá de la posibilidad de subsunción en las complejas reglas que determinan cuándo es viable atribuir a una persona las secuelas de un resultado dañoso en cuya producción intervino materialmente<sup>12</sup>. En

<sup>11</sup> *Independientemente de otras condiciones, si las hay, que impongan las normas de derecho de daños para que el demandante obtenga una reparación del demandado (...) un vínculo causal "sine qua non" entre el daño del demandante y la conducta del demandado es imperativa. Sin causalidad, no hay responsabilidad* (Regardless of what other conditions, if any, tort law imposes as necessary for plaintiff's recovering from the defendant... a "but for" causal link between the plaintiff's injury and the defendant's conduct is essential. No causation, no tort). ALEXANDER, Larry. *Causation and Corrective Justice: Does Tort Law Make Sense?* Law and Philosophy, Vol. 6, n.º 1. Abril de 1987, pp. 1-23. En: <https://www.jstor.org/stable/3504677>.

<sup>12</sup> Como se sabe, las normas jurídicas tienen –igualmente– el propósito de conceptualizar la realidad específica que es objeto de regulación. En **primera etapa** de la cadena imputativa se advierte en la estructura doble de las reglas del derecho: un precepto primario describe hipotéticamente una conducta,

ese escenario, es ineludible acudir al ordenamiento en procura de las herramientas teóricas que permitan establecer si una condición causal concreta es apta para justificar la asignación de un débito indemnizatorio, o lo que es lo mismo, si puede considerarse como la causa jurídica relevante de dicho resultado.

Estas herramientas, sin embargo, no suelen estar explícitas, precisamente porque no siempre existe una respuesta consistente frente a la cuestión de qué características debería revestir la causa. Si, por ejemplo, una codificación adoptara como definición de causa la propuesta por la teoría jurídica de la “proximidad”, según la cual «se considera tal [causa] a aquella [condición] que temporalmente **se halla más próxima al resultado**, por haberse asociado última a las restantes»<sup>13</sup>, la rigidez del concepto seguramente podría dar lugar a múltiples injusticias.

Ello evidencia la necesidad de crear directivas dúctiles en materia de causalidad jurídica, de modo que siempre (o por lo menos en la mayoría de las veces) resulte posible asignar responsabilidades a la persona a quien pueda atribuírsele la autoría de la condición causal que refleje de manera más precisa los principios, reglas, e ideales de justicia que confluyen en el derecho de daños, de modo que

y un precepto secundario consagra una consecuencia jurídica, una sanción premial o castigo para el evento tumbido hipotético de que llegue a realizarse el precepto primario. Pero la mera conceptualización normativa, no es suficiente para que las consecuencias previstas se materialicen. Es necesario, además, que se cumpla la **segunda etapa** de ese eslabón, esto es, que la conducta hipotética de la norma (precepto primario) se realice. Cumplida esta segunda etapa, denominada **realización del supuesto**, tiene lugar la **tercera etapa**, consistente en el surgimiento de las consecuencias jurídicas. Y, por último, como **cuarta etapa** emerge la imposición de esas consecuencias, mediante la intervención de la jurisdicción, con agotamiento del debido proceso.

<sup>13</sup> MOSSET-ITURRASPE, Jorge. *La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual*. Revista Latinoamericana de Derecho. 2004, pp. 357-380.

logren sancionarse las conductas dolosas o imprudentes, el descuido absoluto por el bienestar ajeno, o la simple creación de riesgos lícitos que generen secuelas indeseables para los demás.

Así lo estableció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a partir del fallo CSJ SC13925-2016, 30 sep., en el que se sostuvo:

*«[...] /Aun cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que **servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos**. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. **En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de 'consecuencias'.**».*

Ahora bien, para sistematizar esas directivas del ordenamiento en materia de causalidad, suelen emplearse varias teorías jurídicas, de entre las cuales despunta la “teoría de la causa adecuada”, hasta la fecha imperante en la jurisprudencia civil colombiana. La causa adecuada intenta diferenciar las condiciones antecedentes seleccionadas (es decir, las que tienen un vínculo “causal material” con el resultado) a partir de su relevancia con relación al resultado.

Cuando Luis Von Bar planteó por vez primera una tesis semejante, lo hizo partiendo de una percepción muy relacionada con el sentido común: aún aceptando que todos los eventos previos a un resultado son condiciones equivalentes para que este se produzca, alguna de esas condiciones reviste características disruptivas, en el sentido de transformar el curso normal de las cosas. Retomando el ejemplo del accidente de tránsito, puede asignarse ese rol transformador a la actividad del chofer que conducía de manera imprudente, *v.gr.*, consultando su teléfono celular, ocasionando así un grave choque.

Presumiblemente, la vida de los otros conductores involucrados en el suceso llevaba un curso más o menos similar al de sus semejantes, hasta tanto el vehículo del conductor negligente irrumpió en su entorno, provocándoles daños. Ahora bien, podría contraargumentarse que, infortunadamente, muchos choferes conducen a diario sus vehículos de forma imprudente, pero no ocurren igual número de accidentes, lo que indicaría que no hay nada intrínsecamente transformador en la actividad de conducir un vehículo descuidadamente.

Pero como tal afirmación llevaría a descartar la adecuación de la conducta negligente del hipotético chofer, se hizo necesario refinar la propuesta de Von Bar, añadiendo un criterio *prima facie* más preciso: la regularidad entre el antecedente y el consecuente. Así se explica este punto en la obra de los hermanos Mazeaud:

*«Un acontecimiento no puede ser considerado como causa de un daño por el solo hecho de que se haya comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría realizado. Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, todos no son su causa (...). Solo pueden ser considerados como causas de un perjuicio **los acontecimientos que deberían producirlo normalmente**: se precisa que la relación entre el acontecimiento y el daño que resulte de él sea "adecuada", y no solamente "fortuita"»<sup>14</sup>,*

En ese orden, siendo la conducta imprudente de quien conducía a la par que atendía la pantalla de su teléfono celular una condición necesaria del accidente vehicular, podría calificarse también como su causa, porque conducir un rodante y, simultáneamente, consultar un móvil, incrementa significativamente la probabilidad de que ocurra un choque. Tras este modo de razonar, subyace una tensión entre seguridad y libertad<sup>15</sup>; un entorno en el que cada individuo pudiera hacer su voluntad sin cortapisas, pondría en serio riesgo la integridad personal y la propiedad privada de los demás; pero para garantizar el pleno respeto de esos

<sup>14</sup> MAZEAUD, Henry (et al.). *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo II*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 19.

<sup>15</sup> En punto a ello, dice la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil: «Las libertades permiten a cada quién desarrollar su propio plan de vida y en la medida en que una persona se beneficia de la convivencia debiera soportar recíprocamente los costos que surgen de esas relaciones, es decir que tendrá que reparar los daños que ocasiona. Luego, no es por cualquier consecuencia imprevisible o incontrollable que se deriva de nuestros actos por lo que estamos llamados a responder, sino únicamente por aquéllos que realizamos con culpa o negligencia. Lo contrario supondría tener que convivir en una sociedad en la que haya que reparar cualquier resultado dañoso por la simple razón de que uno de nuestros actos intervenga objetivamente en su causación, aun cuando escape a nuestra responsabilidad y se encuentre más allá de nuestro control. Es por ello, precisamente, por lo que en nuestra tradición jurídica solo es responsable de un daño la persona que lo causa con culpa o dolo, es decir con infracción a un deber de cuidado, lo cual supone siempre una valoración de la acción del demandado por no haber observado los estándares de conducta debida que de él pueden esperarse según las circunstancias en que se encontraba. Junto con el concepto de culpa, la idea de justicia correctiva ha sido uno de los pilares sobre los cuales se ha construido el concepto de atribución de responsabilidad en el derecho occidental, consistiendo ella en el restablecimiento de la igualdad que ha sido rota por el hecho lesivo. La justicia correctiva aparece una relación obligatoria entre el responsable y la víctima porque aquél ha causado un daño mediante la infracción de un deber, en tanto que ésta tiene derecho a ser restablecida a la situación anterior. (CSJ SC, 19 dic. 2012, rad. 2006-00094-01).

bienes primarios –integridad y propiedad–, sería imperativo sacrificar en gran medida la libertad de las personas.

En las interacciones sociales se encuentra insito el riesgo de dañar a los demás. Tropezar con otra persona, o colisionar con otro vehículo mientras se conduce, por ejemplo, son eventos en los que ese riesgo está latente. Por ende, sancionar cualquier daño derivado de esas interacciones implicaría –desde esta perspectiva– limitar la posibilidad de caminar a voluntad por las calles o de conducir a placer un vehículo por las carreteras.

En ese escenario, cobra sentido la distinción entre lo fortuito y lo previsible. En lo primero, existen fuerzas más allá del control de los hombres, y cualquier intento por contener los efectos del azar terminaría por restringir la posibilidad de actuar con libertad en el mundo. En cambio, lo que es previsible parece estar, o al menos puede estar, bajo la esfera de dominio del individuo racional. Por consiguiente, si bien no sería admisible asignar responsabilidades por la totalidad de consecuencias de los actos humanos –pues ello conduciría a la inercia absoluta de la sociedad–, sí luce apropiado hacerlo respecto de aquellas afectaciones a la integridad personal o a la propiedad ajena, que era posible pronosticar *ex ante*. Así, retomando el caso del ejemplo, quien conduce sin la concentración debida puede prever el potencial dañino de su descuido, de modo que, si llega a dañar a otro, indefectiblemente su conducta descuidada será la causa jurídica de ese daño.

Esta concepción de la causalidad, sin embargo, parece confundirse con la noción de culpa, y de hecho, en esta similitud se concentran los críticos del criterio de adecuación. De ahí que, para intentar destacar los rasgos diferenciales de ambos conceptos, se propusiera juzgar la previsibilidad del acto a partir de la información objetiva con la que se contaba al momento del daño, dejando de lado las creencias subjetivas del agente dañador.

Esta objetivización de la previsibilidad, además, permite trasladar la teoría de la causa adecuada a supuestos relacionados con la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, *verbigratia*, la que consagra el artículo 2355 del Código Civil por las cosas que caen de un edificio, pues si bien en ese supuesto no media un acto volitivo directo de la persona que habita en la parte superior de la edificación, este siempre podrá calcular (anticipadamente) la posibilidad de que las cosas de su entorno se desplacen hacia el suelo, poniendo en riesgo a los transeúntes.

Cabe anotar, finalmente, que el juicio de previsibilidad que requiere el desarrollo de la teoría de la causa adecuada no puede "contaminarse" con información inalcanzable para la época del daño, como ocurriría, por ejemplo, con los avances de la ciencia que descubren regularidades causales con posterioridad al evento dañoso (aun si estas hubieran existido siempre). A este método evaluativo, fundamentado en la información que debía ser considerada para cuando ocurrieron los hechos que importan al proceso de responsabilidad civil, se le conoce como *prognosis póstuma*,

y es a la que suele acudir la jurisprudencia patria, tras adoptar

*«[...] un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, en el que se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más 'adecuado', el más idóneo para producir el resultado. atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo. El criterio que se expone y que la Corte ha acogido, da a entender que en la indagación que se haga, obviamente luego de ocurrido el daño (...) debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo condujeron al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa oprimidad» (CSJ SC, 26 sep. 2002, rad. 6878).*

En conclusión, de entre las múltiples directivas jurídicas postuladas para guiar la selección entre condiciones antecedentes necesarias para la producción del daño, la jurisprudencia patria suele valerse –explícita o implícitamente– del criterio denominado **causa adecuada**, según el cual el agente debe ser considerado responsable *«solo del daño que resulta regularmente y de acuerdo con el curso normal de las cosas de la conducta o actividad desplegada»*<sup>16</sup>, teniendo en cuenta variables como la previsibilidad, la cercanía temporal

<sup>16</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *Acentuaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada*. En: SANTOS, María, et al. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*. Ed. Tiranti lo Blanch. Valencia, 2020. pp. 225.

entre la conducta y el daño, o la entidad de este en relación con las secuelas de aquella, entre otras.

## **5. El consentimiento informado (y su relación con la responsabilidad civil médica).**

### **5.1. De antaño, la jurisprudencia ha reconocido que**

*«( .) el ejercicio de la actividad médica y la marcada trascendencia social de esa práctica, justifican un especial tipo de responsabilidad profesional, pero sin extremismos y radicalismos que puedan tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así, **quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él**, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente. **“Cierta tolerancia se impone, pues dice Sabatier, sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así, imposible**, sin que esto implique que esa tolerancia debe ser exagerada, pues el médico no debe perder de vista la gravedad moral de sus actos y de sus abstenciones cuando la vida y la salud de sus clientes dependen de él”* (CSJ SC, 15 ene. 2008, rad. 67300).

Los estándares especiales para evaluar la conducta médica impiden que se asigne responsabilidad a esos profesionales por la totalidad de los daños que genera su actividad; al fin y al cabo, cada vez que se interviene la humanidad del paciente, con propósitos curativos, resulta posible, e incluso previsible, que se presenten eventualidades adversas, que jurídicamente no podrían servir como fundamento de responsabilidad civil, so pena de obstaculizar el adecuado ejercicio de la medicina.

Ese trato diferencial que el derecho de daños prodiga a la profesión médica suele apuntalarse en un criterio de riesgo-beneficio: la potencialidad dañina de esa labor es jurídicamente tolerable, pues solo la asunción de sus contingencias posibilita salvaguardar la vida o la salud de la persona sometida a tratamiento. Sin embargo, tal ponderación no se ciñe a criterios puramente científicos, sino que impone consultar la voluntad del paciente, o excepcionalmente de sus familiares cercanos, de *asumir* las consecuencias desfavorables ordinarias que podría causar el tratamiento indicado.

La libertad y la dignidad de la persona, como valores fundantes, exigen que la asunción del riesgo mencionado sea consentida, de forma suficientemente informada. Por consiguiente, salvo casos realmente excepcionales (*v.gr.* la atención de urgencias vitales), el médico tratante deberá exponer, de manera oportuna, objetiva, completa, clara, razonable, equilibrada, precisa y leal, la opción terapéutica elegida, las alternativas posibles, los beneficios buscados y los riesgos que, previsiblemente, pudiera comportar para el paciente ese tratamiento, de modo que, sobre esa base, este último pueda expresar su voluntad al respecto.

Con relación a ese deber, la Corte Constitucional tiene dicho lo siguiente:

*«El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha*

determinado que éste tiene un **carácter de principio autónomo** y que además materializa otros principios constitucionales como la **dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual** (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana. Aunque se manifiesta en distintos escenarios, ha tenido un extenso desarrollo jurisprudencial en el ámbito del acto médico. Así, **la facultad del paciente de asumir o declinar un tratamiento de la salud constituye una expresión del derecho fundamental a la autonomía personal, pues es aquel el llamado a valorar en qué consiste la bondad o los riesgos de una intervención clínica y a determinar si quiere someterse a ella o no.** En el mismo sentido, hace parte del derecho a la información como componente del derecho a la salud, pues su contenido implica para el paciente la posibilidad de "obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece" para considerar los riesgos que se presentarán sobre su propia salud, y, a partir de ello, aceptar o declinar la intervención.

Además, el derecho al consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones sanitarias **es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso.** Por ende, una actuación que impide al individuo decidir sobre su propio cuerpo constituye, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana. En consecuencia, el consentimiento previo e informado del paciente se requiere para "todo tratamiento, aún el más elemental". Sin embargo, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica.

Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser **libre**, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser **informado**, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.

*Por ende, la información provista por el consentimiento informado es determinante para que se garantice el derecho fundamental a la autonomía del paciente, el cual reviste una doble connotación. De una parte, **“una evidente faceta negativa, consistente en la posibilidad de rehusarse a los procedimientos médicos”** y, por otra, una positiva que consiste, “entre otras cosas, en la potestad de elegir entre los diferentes tratamientos médicos idóneos y sus modalidades”, y **corresponde al paciente evaluar los riesgos y beneficios, aún en contravía de la recomendación médica.***

*Con toda, esta Corporación ha admitido que el principio de autonomía y el consentimiento informado no tienen un carácter absoluto y entran en tensión con otros postulados que orientan la práctica de la bioética como, por ejemplo, el principio de beneficencia. Aunque en esta colisión debe otorgarse prevalencia prima facie al principio de autonomía, la jurisprudencia constitucional ha identificado ciertos eventos en los cuales, excepcionalmente, tal principio debe ceder frente a las demás normas y valores constitucionales involucrados.*

*De este modo, las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se ahondará más adelante.*

*Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, de acuerdo con la naturaleza o la intensidad de la intervención en la salud, **en ciertos casos se requiere de un consentimiento informado cualificado.** En efecto, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso, del tratamiento médico, **“más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada”.** Además de este criterio central, la Corte Constitucional ha precisado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar*

*el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resultará exigible en un mismo grado.*

*En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. Cabe destacar que la jurisprudencia ha reconocido una relación entre el grado de cualificación del consentimiento informado y el alcance de la autonomía del paciente frente al mismo. En otras palabras, entre más cualificado deba ser el consentimiento informado, "la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara". Ello evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto, "depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria".*

*Por último, el consentimiento informado cualificado se halla revestido de formalidades en ciertos casos. Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad conste por escrita, con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del paciente a través de este procedimiento. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea persistente, pues puede imponerse la "obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un periodo razonable de reflexión" o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por periodos extendidos de tiempo (Sentencia C-182 de 2016).*

5.2. En el contexto de la responsabilidad civil del médico, el consentimiento informado, por vía general, tiene un protagonismo residual, porque su existencia (o inexistencia) no suele ofrecer información relevante para el derecho de daños. Si la lesión corporal del paciente deriva de

la negligencia, su asentimiento previo (o la falta de este) carecerá de utilidad para definir lo atinente a la responsabilidad civil del profesional sanitario; asimismo, si se produce un daño totalmente inesperado (imposible de prever *ex ante*), no surgirá para el médico la obligación de reparar, aunque el procedimiento o tratamiento en cuyo curso se generó ese daño no viniera precedido del consentimiento del interesado<sup>17</sup>.

La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo *previsible*<sup>18</sup>, no informado ni asumido por el paciente, ya que, bajo ese supuesto, si es posible asignar, total o parcialmente, el gravamen de reparación de las secuelas del resultado adverso al profesional médico. Así lo adocrinó, recientemente, la Sala de Casación Civil:

**«Esta obligación [la de obtener el consentimiento informado del paciente, se aclara], en sí misma considerada, es de resultado, en tanto la ausencia de consentimiento comprometerá la responsabilidad galénica, siempre que uno de los riesgos de aquellos que debieron ser objeto de comunicación se**

<sup>17</sup> Es pertinente señalar que, a voces del canon 16 de la Ley 23 de 1981, «La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él [el riesgo previsto, se aclara] al paciente o a sus familiares u allegados».

<sup>18</sup> Sobre esta temática, se sostuvo: «No se exige que la divulgación recaiga sobre todas las posibles situaciones adversas, por quiméricas que sean, sino que debe recaer sobre las normales o previsibles, con el fin de que el paciente asienta en su sometimiento. Bien se ha dicho que "[e]ste deber se extiende a los riesgos previsibles, pero no a los resultados anómalos, que linkan con el caso fortuito, y que no cobran relevancia según el id plurimum accidit, porque no puede desconocerse que el operador de salud debe balancear la exigencia de información con la necesidad de evitar que el paciente, por alguna eventualidad muy remota, inclusive, entre someterse a una intervención, por más banal que ésta fuera" (...). No puede llegarse al extremo de exigir que se consignen en el "consentimiento informado" situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran (SC9721, 27 jul. 2015, rad. n.º 2002-00586-01). En definitiva, "la información debe circunscribirse a la necesaria, incluyendo las alternativas azarosas, para que el paciente entienda su situación y pueda decidir libre y voluntariamente. Por lo mismo, ha de enterarse sobre la enfermedad de su cuerpo (diagnóstico), el procedimiento o tratamiento a seguir, con objetivos claros (beneficios), y los riesgos involucrados" (SC7110, 24 jun. 2017, rad. n.º 2006-00234-01)» (CSJ.SC4786-2020, 7 dic.).

**materialice y, como consecuencia, se produzca un daño; en otras palabras, el personal tratante asumirá las consecuencias de la omisión en el proceso de información, sin que puedan excusar su deber indemnizatorio en un actuar diligente, prudente o perito.**

Claro está, “[p]ara que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión”<sup>19</sup>.

**Es un punto pacífico en la jurisprudencia de esta Sala que: “[L]a omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad siofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas e tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto’ (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al ‘paciente a riesgos injustificados’ (artículo 15, ibidem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulneca la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (SC, 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01)” (SC4786-2020, 7 dic.).**

5.3. La solución que acogió esta Corporación se finca en dos premisas esenciales. La primera, que al no obtener el consentimiento informado del paciente, el médico infringe el estándar de conducta que le es exigible, por contrariar una pauta imperativa que rige su profesión; puntualmente, la que consagra el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, a cuyo tenor “[e]l

<sup>19</sup> «Enrique Barros Bourde, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 683» (referencia propia del texto citado)

*médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificadas. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente».*

Y, ia segunda, que la omisión del galeno –consistente en no obtener el consentimiento informado– está ligada causalmente con la materialización de uno cualquiera de los riesgos esperados del tratamiento o intervención correspondiente. Para arribar a esa conclusión, es necesario considerar –*ab initio*– que si se supusiera que el médico indagó oportunamente por el consentimiento de su paciente, surgirían dos cursos causales plausibles: (i) que este, tras escuchar la información acerca de los riesgos y beneficios de la terapia propuesta, se hubiera decantado por rechazarla; o, (ii) que, pese a ser consciente de esas variables, decidiera asumir todas esas contingencias.

En estos términos se expone la cuestión en la doctrina comparada:

*«[...] en la causalidad hipotética no se trata de determinar qué es la que sucedió, sino que, cosa distinta, qué es lo que hubiera sucedido de haberse observada el comportamiento ordenado al médico. De esta manera, una vez realizada la operación se puede llegar a dos resultados. El primero de ellos es que si el médico hubiese informado al paciente los riesgos de la intervención éste último igualmente se habría sometido a ella. En ese caso, suele aceptarse, el requisito de la causalidad hipotética falla. Por el contrario, si se asume que, habiendo recibido el paciente la información, no se hubiese sometido a la actuación médica que, en*

*definitiva, produjo el daño, se entiende cumplido el requisito de la causalidad.*

**Como se puede ver, la idea de causalidad hipotética reposa sobre una voluntad que el paciente no tuvo oportunidad de manifestar, es decir, reposa sobre el consentimiento hipotético del paciente.** Esta figura recaba su contexto de otra más amplia y, relativamente familiar para la dogmática civil: el "comportamiento alternativo lícito" (*rechtmilssiges Alternativverhalten*).

La cuestión del comportamiento alternativo lícito ha sido presentada, a propósito de un criterio de imputación objetiva –el incremento del riesgo– con singular elocuencia por Fernando Pantaleón Prieto, conviene servirse de sus palabras: "un evento dañoso no puede ser 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 esas circunstancias, no habría pasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión.

De otra forma, el operador jurídico estaría tratando de manera diferente supuestos que, en lo relevante, son idénticos; puesto que respecto del concreto evento dañoso efectivamente acaecido, la conducta negligente del dañante (sic) ha sido exactamente igual a su alternativa diligente: ha creado el mismo riesgo que ésta (o un riesgo menor; un riesgo permitido en todo caso) de que dicho evento se produzca. no habrá existido incremento del riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado cuando se constate con seguridad rayana en la certeza, que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también de haber obrado el dañante (sic) diligentemente"<sup>20,21</sup>.

Partiendo de la existencia de esas dos posibilidades, la Corte ha considerado pertinente presumir que el juicio hipotético que se planteó *supra* debe resolverse de forma

<sup>20</sup> « Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en AA.VV., Centenario del Código Civil (1889-1989), Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, tomo II, pp. 1377-1378» (referencia propia del texto citado).

<sup>21</sup> DE LA MAZA, Íñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*. En: Cuaderno de Análisis Jurídico - Colección de derecho privado, Santiago de Chile, 2008, p. 137.

negativa <sup>22</sup>, es decir, asumiendo que, de haber sido oportunamente informado, el paciente no se habría sometido al tratamiento o la intervención que, *a posteriori*, le causó daño. Lo anterior, con el propósito de reafirmar la relevancia de los bienes jurídicos que protege el consentimiento informado (libertad, autodeterminación, dignidad humana), y de generar incentivos adicionales para que los médicos extremen cuidados sobre su tempestiva obtención.

Dicha presunción permite establecer un vínculo causal material entre la omisión y el daño, el cual, además, se muestra jurídicamente apto para atribuir responsabilidades, precisamente porque se trata de la realización de un riesgo previsible, esto es, un evento adverso identificado por cada especialidad de la medicina como de frecuente realización, y que, por lo mismo, tendría que haber sido puesto en conocimiento del paciente *ex ante*, para que resolviera razonadamente si estaba de acuerdo en asumirlo.

5.4. Recapitulando, el precedente de esta Corporación establece la posibilidad de ligar causalmente un específico resultado dañino con la ausencia de consentimiento informado, en tanto omisión (culposa, *per se*) atribuible al galeno, a condición de que ese daño (i) no se hubiera producido de eliminarse el tratamiento o intervención no consentidos; y, además, (ii) sea la manifestación de un riesgo previsible. Si estos requisitos concurrentes no se satisfacen,

<sup>22</sup> Esta presunción es de aquellas *nova iuris*, de manera que admite prueba en contrario. En consecuencia, el demandado podrá acreditar que, de haber sido oportunamente informado, el paciente habría consentido el tratamiento o intervención asumiendo los riesgos, lo que impediría consolidar el vínculo causal entre la ausencia de consentimiento informado y el daño.

la ausencia de la manifestación de voluntad se tornará inane, al menos en cuanto tiene que ver con la reparación de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de la lesión a la salud o la vida del paciente.

## **6. Caso concreto.**

6.1. A lo largo del juicio, las partes plantearon hipótesis contrapuestas acerca de las circunstancias que precedieron la pérdida de la visión del ojo izquierdo del señor Vives Lacouture. Los actores sostuvieron que durante la «*microlaringoscopia + cirugía endoscópica transnasal*» practicada el 3 de abril de 2013 por el médico otorrinolaringólogo Dr. Romero Caballero, se produjo un desprendimiento parcial de la lámina papirácea del paciente, lo que generó un copioso sangrado no tratado oportunamente, que terminó por comprimir y atrofiar sus nervios óptico, oculomotor, y motor ocular común. Por su parte, los convocados plantearon que el señor Vives Lacouture sufrió una oclusión de la arteria central de la retina, secundaria a un episodio de retinopatía hipertensiva, con idénticas secuelas para los nervios oculares referidos.

La colegiatura *ad quem* se decantó por la teoría del caso propuesta por la defensa, valiéndose del análisis conjunto de varios elementos de juicio:

(i) Tanto el informe quirúrgico que reposa en la historia clínica del paciente, como el testimonio del Dr. Guerra Escorcía, anestesiólogo que participó en la cirugía,

muestran que el paciente no presentó sangrado activo inusual durante esa intervención, resultado que no es consistente con la hemorragia retrobulbar (es decir, del área ubicada detrás del globo ocular) que se denunció en la demanda.

(ii) Durante el postoperatorio inmediato, el señor Vives Lacotoure fue auscultado por el oftalmólogo Dr. Travecedo Salazar, quien expresamente descartó la presencia de sangrado o hematomas en el área retrobulbar. Asimismo, según los testigos Dres. Mulford Pérez y González, para que una hemorragia causara tal grado de compresión de los nervios ópticos como para producir la pérdida de la capacidad visual, aquella tendría que ser tan severa que, seguramente, empujaría el ojo fuera de la cavidad orbital (proptosis), y provocaría endoftalmitis o elevación de la presión intraocular, cuadros que el paciente no presentó.

(iii) En idéntico sentido se pronunció el perito designado, Dr. Revollo Zuñiga, quien afirmó que *«los hallazgos de la cirugía y las horas posteriores a esta, niegan cualquier relación con un hematoma retrobulbar»*, a lo que agregó que si el desprendimiento de la lámina papirácea diera lugar a un sangrado absorbido hacia la cavidad orbital, ello sucedería *«de manera inmediata, es decir, en segundos, es un evento catastrófico, el ojo se llena de sangre y se prolapsa, y en el caso de este paciente, las valoraciones no lo dictaminan»*.

(iv) Adicionalmente, los testigos Dres. Travecedo Salazar y González, así como el informe de auditoría

elaborado por la Dra. Flórez, de Aliansaiud EPS, plantearon que un evento de retinopatía hipertensiva era la causa más probable de la complicación ocular que presentó el paciente, hipótesis que armonizaría con las elevadas cifras de tensión arterial (190/100) y la cefalea que presentó el señor Vives Lacouture algunas horas después de la cirugía.

6.2. En el primer segmento de la única censura propuesta, los casacionistas criticaron que el tribunal hubiera dado por probado el episodio de retinopatía hipertensiva del paciente. Para ello adujeron –en breve síntesis– que el señor Vives Lacouture ya había superado el cuadro de hipertensión que lo aquejaba; que aquel diagnóstico nunca fue corroborado a través de exámenes especializados; que los daños sufridos por la víctima *«no se pueden generar de una crisis hipertensiva»*, y que el informe elaborado por el área de auditoría médica de Aliansalud no merece credibilidad, por haber sido confeccionado por una de las demandadas.

A juicio de la Sala, estos cuestionamientos no satisfacen las exigencias técnicas del recurso de casación, porque constituyen un replanteamiento del debate probatorio propio de las instancias. No obstante, haciendo abstracción de ese vicio formal, podría aceptarse que el *ad quem* no contaba con elementos suficientes para reconstruir, con certeza, el *iter causal* del daño sufrido por el actor, al menos en la forma en que lo hizo. De hecho, así lo sugieren los propios testigos técnicos sobre los cuales esa colegiatura fincó su razonamiento, quienes aseveraron que *«es difícil descartar que la*

*lesión obedezca a una causa diferente a una retinopatía hipertensiva», dando a entender que se trata de una teorización probable, pero no de un hecho irrefutable.*

Sin embargo, la comentada inadvertencia del fallo recurrido no resulta trascendente, porque el análisis que permitió descartar que el daño fuera compatible con una mala praxis durante la *«microlaringoscopia + cirugía endoscópica transnasal»*, o con la materialización de un riesgo esperado de esa intervención, se muestra como una lectura razonable y ponderada del material probatorio obrante a folios. Y siendo ello así, no existen razones para casar la sentencia de segundo grado, aun cuando allí no se hubiera esclarecido la causa real del daño sufrido por el señor Vives Lacouture.

Ciertamente, en este tipo de litigios suele considerarse provechoso determinar qué fue lo que provocó el daño, para resolver la litis a través de la comparación entre ese precursor causal y el señalado en el escrito de demanda. Pero más allá de la utilidad ocasional del método, lo cierto es que el proceso civil tiene por finalidad corroborar (o refutar) la hipótesis fáctica planteada como causa de las pretensiones, de manera que no resulta ser el escenario idóneo para llevar a cabo tareas investigativas abstractas.

Por esa vía, se advierte que para adoptar una decisión jurisdiccional sobre el punto en disputa, bastaba con determinar –como se determinó en los fallos de ambas instancias– que el extremo demandante no satisfizo su carga de probar, fehacientemente, que la conducta de los médicos

e instituciones demandadas era la *conditio sine qua non* del perjuicio cuyo resarcimiento perseguía –o, cuando menos, que el vínculo entre una y otra cosa se mostraba probable–, sin que fuera forzoso esclarecer cuál había sido la verdadera causa del daño que sufrió el señor Vives Lacouture.

Expresado en otros términos, más allá de indagar acerca del acierto o desacierto del tribunal al optar por la hipótesis que propusieron los demandados acerca del origen de la pérdida de la visión del ojo izquierdo del señor Vives Lacouture, lo verdaderamente relevante para los intereses de los casacionistas era evidenciar los yerros *in iudicando* en que habría incurrido esa colegiatura al excluir como precursor del evento fatídico al actuar del médico demandado. Y, como ya se indicó, tal error de juicio estuvo lejos de ser demostrado.

6.3. En efecto, la interpretación del material probatorio que sirvió al tribunal para descartar la presencia de un hematoma retrobulbar se basó en premisas plausibles, tales como la ausencia de registros de sangrado durante la cirugía y en el postoperatorio inmediato, lo cual es muy significativo, porque el señor Vives Lacouture fue auscultado por varios galenos (algunos de ellos ajenos a la litis), de distintas especialidades –otorrinolaringología, medicina interna y anestesiología–, a lo que se suma la inexistencia de otros signos clínicos que suelen acompañar al referido sangrado, como la proptosis o la endoftalmítis.

Añádase que los impugnantes se limitaron a combatir los razonamientos previamente anotados, planteando su particular hermenéutica de un examen de tomografía axial computarizada practicado el 8 de abril de 2013, prueba cuya relevancia descartó el tribunal, tras argüir, sin reproche posterior de las impugnantes, que *«los hallazgos descritos por el radiólogo no determinan que se hubiese presentado esa patología, como lo indica el neurólogo Jesús Hernán Rodríguez Quintana que lo valoró el 6 de mayo de 2013, quien concluyó que la etiología es inespecífica»*.

Asimismo, el remedio extraordinario pretende encontrar apoyo en los testimonios de los Dres. Escobar Silebi y Castilla Barroso, que el *ad quem* había desechado, dado que *«lucen sin firmeza y de no tanta claridad y conocimiento de la materia en algunos aspectos sobre los que se les cuestionó. Es así porque el primero no supo explicar si la lámina papirácea tenía la potencialidad de generar una hemorragia, habida consideración que contestó que eso no era su campo, sino el del otorrino; también se notó evasivo cuando se le preguntó si era posible que se generara una lesión que cause un sangrado y este no sea observado en la endoscopia, al responder que debía preguntársele al otorrino, porque él nunca ha hecho esa clase de cirugías; además admitió que si el paciente hubiese estado sangrando, lo hubieran remitido a cuidados intensivos y no a sala de recuperación, así mismo aceptó que una hemorragia podía ocurrir después de terminada la cirugía, pues a la pregunta si era posible que el cirujano y el anestesiólogo hubieran terminado el procedimiento sin observar sangrado y hemorragia y de manera preventiva hubiesen ordenado valoración por oftalmología para determinar las condiciones del paciente y este al revisar no hallara afectación ya que se hubiese presentado con posterioridad, contestó de manera afirmativa; aunado a que admitió que no podía asegurar que la lesión se causó en el procedimiento quirúrgico, pero que tenía dudas por el aspecto que presentaba el actor en las fotografías y que le observó al visitarlo y en esas imágenes*

*también fincó el doctor Reinaldo Castilla Barroso su sostén al decir que ellos son indicativas de la hemorragia retrobulbar que padeció Nelson Vives».*

En lo que tiene que ver con dichas declaraciones, los raciocinios de la colegiatura de segundo grado fueron –nuevamente– pretermitidos en la censura, debiéndose resaltar, además, que los testigos no se decantaron por una hipótesis concluyente, sino que admitieron que la hemorragia retrobulbar intraoperatoria denunciada en la demanda era, apenas, una de las causas posibles del daño, lo cual no descarta otros orígenes potenciales, ajenos a la órbita de responsabilidad de los demandados.

De allí se infiere que el segundo aparte del cargo en estudio buscaba, simplemente, un replanteamiento del debate probatorio, para que, de los distintos cauces fácticos que muestra la evidencia, la Corte eligiera aquel que más favorece su pedimento indemnizatorio, propósito ajeno a este recurso extraordinario, dado que

*«[...] la acusación por la comisión de un error de hecho [...] representa una interpelación a uno de los sentidos del tribunal [...], ya porque no vio lo que en el expediente refulgía, o porque engañado vio lo que en él no hallaba refugio, guiado así por una mera ilusión. Se trata de una crítica o percepción material, a la apreciación física o, si se quiere, a la contemplación objetiva de las pruebas, siempre que ello lleve al juzgador a adoptar una decisión contraria a las normas de derecho sustancial que han debido gobernar el caso sometido a su consideración.*

*(...) De ahí que con insistencia se recuerde que la invocación del error de hecho no sirva al propósito de reabrir el debate sobre el alcance o el sentido que debe darse a las pruebas, porque*

**eso va mucho más allá de su contemplación física. Es más, la naturaleza extraordinaria del recurso, que autoriza a las partes para valerse de la casación en las concretas hipótesis autorizadas por el legislador, al amparo siempre de las causales taxativamente señaladas para ese efecto, restringe la competencia de la Corte al examen material de las pruebas cuando se alega la ocurrencia de un error de hecho, análisis que se habilita más allá de las instancias solo para ver de establecer si acaeció un desacierto mayúsculo y trascendente en su contemplación.**

**No es posible en esta sede y en un evento tal, abordar el entendimiento o el alcance que el tribunal le dio a los elementos de juicio, porque de ser así, ya no haría un control objetivo sobre la existencia de las pruebas —como autoriza con estrictez la ley—, sino que la Corte entraría a juzgar un acta intelectual, como sin duda es asignar sentido o interpretar los vestigios de una determinada información para verificar la posible existencia de un hecho, tarea en la cual, valga decirlo, es posible la concurrencia de diferentes conclusiones fácticas, como que, al fin y al cabo, las vivencias, la perspicacia, la experiencia y las diferentes herramientas del proceso cognoscitivo, no son iguales en todos los individuos y, de contera, tampoco han de serlo en los juzgadores. De ahí la necesidad de respetar la valoración de las pruebas que hacen los jueces de instancia, porque sería insostenible que solo el juez de la casación tuviera el monopolio de la razón a la hora de elucidar el recta entendimiento de las pruebas allegadas. Es más, si al amparo del error de hecho la Corte hiciera una nueva valoración de las pruebas para encontrar el que pudiera ser su más genuino sentido, la casación, extraordinaria por antonomasia, pasaría a convertirse en una tercera instancia, lo cual, desde luego, se opone a las formas y finalidades propias del recurso y, de paso, desconocería el principio de la doble instancia, así como la independencia y autonomía judicial, que la misma Constitución consagra de manera expresa en los artículos 29 y 228.**

**Y aunque en ocasiones se haya dicho que la interpretación arbitraria de las pruebas es susceptible de atacarse por esta vía, ello solo es posible en aquellos eventos en los cuales la estimación de los diversos elementos de juicio que obran en el expediente es tan absurda y contraevidente, que se asimila en un todo a su falta de observación material. En ese camino, le corresponderá al recurrente demostrar que la valoración de las pruebas que él presenta ante la Corte es la única posible y que,**

*por lo mismo, excluye tajantemente lo que hizo el tribunal, que pecaría entonces por ser un agravio a la razón.*

*[...] Sin duda, el escenario democrático del proceso debe permitir en el curso de las instancias ese tipo de ejercicios, pues la confrontación dialéctica enriquece el debate judicial y provoca reflexiones de gran valía a la hora de dar solución a la controversia, lo cual hace del diálogo un instrumento fundamental en el afán de hallar la verdad. Para ello, precisamente, se llama a las partes con el fin de que ilustren con fundamento lo alzada – cuando ella procede–, recurso en cuya decisión han de analizarse los argumentos oportunamente expuestos, con miras a someter la sentencia al veredicto de la razón, en un escenario crítico en el que los contendientes procesales han de expresarse en identidad de circunstancias. **Pero si así sucede en las instancias, no pasa lo mismo cuando el asunto llega al estrado de la Corte, y las quejas del censor se enfilan por la vía indirecta de la causal primera de casación, por la existencia de un error de hecho. En este último evento, el debate sobre los supuestos fácticos de la controversia ha de ser algo más que una simple confrontación de pareceres, pues la estimación de la prueba que en segunda instancia hace el tribunal –en principio– pasa a ser la última posible en sede judicial, en tanto que de ahí en adelante queda excluida toda conjetura alrededor de los medios de convicción, de modo que por esta vía no podrían privilegiarse nuevas representaciones a partir de las mismas probanzas, ni reabrirse discusiones en torno a la valoración de las pruebas, máxime cuando la finalidad de esta impugnación extraordinaria es corregir la contraevidencia del fallo, si es que hay un error desmesurado que se alce ante los ojos de la Corte con su sola descripción.***

*[...] Por ende –se insiste– la prosperidad de la acusación, cuando se denuncia lo eventual comisión de un error de hecho atribuible al tribunal, solo puede abrirse paso cuando se pone en evidencia, de manera palpable, que la reconstrucción sobre los hechos que hizo el juzgador de segundo grado es completamente absurda, infundada y alejada por completo de lo que dejan ver los medios de convicción, porque las pruebas fueron, ya pretermitidas, ora supuestas, o porque se traicionó su contenido material, haciéndolas decir lo que no dicen. Cualquier otro intento por erosionar el fallo con base en interpretaciones posibles de los medios de convicción que obran en el expediente, resulta infructífero, en tanto que la argumentación*

*que se debe traer a la Corte no se debe limitar a emular al tribunal en la elaboración de una lectura de la prueba con la pretensión de que sea más aguda y perspicaz, ni debe contentarse con demostrar que existe otra posible representación de los hechos, sino que el casacionista debe ofrecer la que por fuerza de la razón es la única interpretación posible y que, además, el tribunal no vio" (Sent. Cas. Civil, mayo 25/2010, Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01) (CSJ SC, 15 abr. 2011, rad. 2006-00039-01).*

6.4. En cuanto al "indicio grave" del que quiso prevalerse el extremo convocante, considera la Corte que la incompletitud de la historia clínica parece fincarse realmente en el hecho de que allí no están registrados los eventos que convienen a la teoría del caso de los casacionistas, tales como el sangrado profuso durante la intervención quirúrgica o en el postoperatorio inmediato, información cuya ausencia parece explicarse de forma más verosímil por la inexistencia de esos sucesos.

Como si fuera poco, en el documento referido si se registraron otros aspectos que se extrañan en el cargo, tales como el desprendimiento parcial de la lámina papirácea, del cual se dejó acotación expresa en las notas de cirugía (f. 662, c.2), o las dificultades administrativas para materializar el traslado del paciente a la ciudad de Barranquilla (con el propósito de llevar a cabo algunos exámenes especializados), a las que se refieren varias notas de enfermería consignadas entre el 4 y el 6 de abril de 2013 (ff. 41 y 42, c. 1).

Lo anotado se traduce en que las carencias de la historia clínica no quedaron evidenciadas, lo que de suyo descartaría derivar de allí un indicio en contra de los

demandados. Pero si, en gracia de discusión, se admitiera la queja propuesta, tal indicio, por sí solo, sería insuficiente para decantar el peso de la evidencia en favor de la tesis de la demanda, pues la prueba indirecta no tiene por efecto sustituir íntegramente la carga de acreditar un hecho, menos aún de uno de tal trascendencia como el nexo de causalidad en un juicio de responsabilidad civil.

6.5. En cuanto concierne a la ausencia de consentimiento informado, debe recalcar que la parte demandante no formuló ningún reparo relacionado con esa problemática al apelar la sentencia desestimatoria de primer grado, de modo que el tribunal no tuvo necesidad de pronunciarse sobre el particular y, por consiguiente, tampoco pudo cometer ningún error sobre el particular. En ese orden, la cuestión que se comenta constituiría un argumento novedoso, sobre el cual no puede detenerse la Corte, en tanto que

*«(...) el objeto de estudio en casación es la sentencia –como thema decidissum–, [por lo que] es improcedente formular en casación cargos con apoyo en cuestiones o medios nuevos; o sea, en aspectos (...) que por no haberse planteado ni alegado en ninguna de las instancias del proceso, o por ser contrarias a los que allí se debatieron, fueron desconocidos por el sentenciador de instancia, y que, por consiguiente, sólo buscan que el litigio se solucione mediante el estudio por la Corte Suprema de extremos absolutamente distintos a los que fueron base de la demanda y su contestación (SC, 19 ene. 1982). En fin, la negativa de aceptar medios nuevos en casación tiene como finalidad preservar el carácter excepcional del remedio, así como también los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes, quienes podrían verse sorprendidos con razonamientos que no tuvieron la oportunidad de controvertir» (CSJ AC2770-2018, jul.).*

Pero, aun dejando de lado ese escollo, lo cierto es que no existe ninguna prueba que permita colegir que la pérdida de la visión es un riesgo ordinario de la «*microlaringoscopia + cirugía endoscópica transnasal*», de manera que no debería haber quedado incluida dentro de la información que debía suministrarse al paciente antes de la intervención. En ese sentido, la omisión del galeno demandado, aunque éticamente reprochable, carece de incidencia causal frente al menoscabo corporal que sufrió la víctima, tal como se sigue de las pautas explicadas en el numeral 5.3. de estas consideraciones.

#### **7. Conclusión.**

Los demandantes no demostraron la comisión de yerros incontestables en la labor de valoración probatoria del tribunal, ni tampoco la trascendencia de sus censuras en el sentido del fallo, razón por la cual el único cargo propuesto no prospera.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

### **RESUELVE**

**PRIMERO. NO CASAR** la sentencia de 23 de octubre de 2019, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso verbal de la referencia.

**SEGUNDO. COSTAS** a cargo de la parte vencida. Liquidense en la forma que prevé el artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta la suma de \$6.000.000 como agencias en derecho de esta actuación.

**TERCERO. REMÍTASE** el expediente a la autoridad judicial competente.

Notifíquese y cúmplase



**FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS**  
Presidente de Sala



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



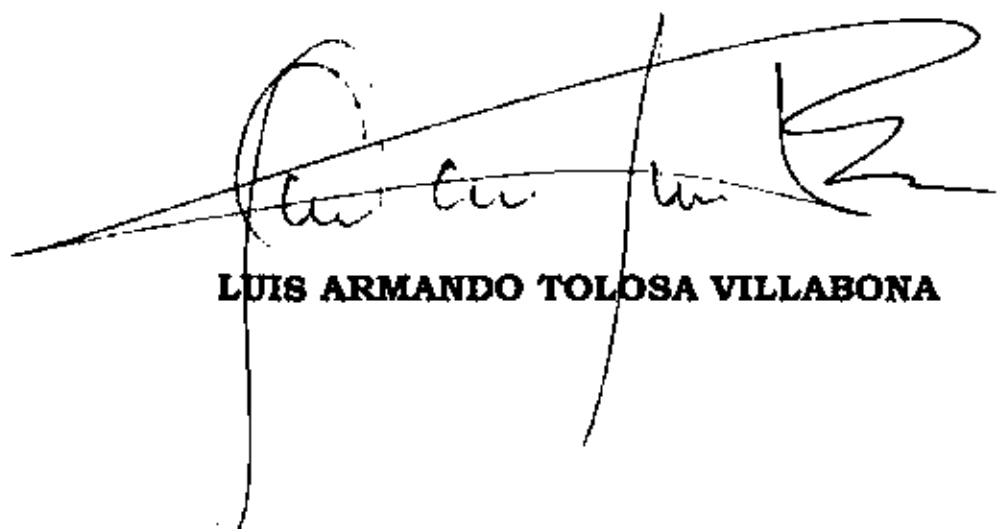
**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



**LUIS ALONSO RICO FUERTA**

(Ausencia justificada)

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**