

## **El círculo de responsables**

La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva

**Pablo Salvador Coderch**

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**Nuno Garoupa**

Faculdade de Economia  
Universidade Nova de Lisboa  
CEPR, London

**Carlos Gómez Ligüerre**

Facultad de Derecho  
Universitat Internacional de Catalunya

**309**

## ***Abstract\****

*La distinción tradicional entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva atribuye a la primera la infracción de un deber de precaución. Sin embargo, el incumplimiento de un deber de cuidado no es, como se verá a continuación, un requisito exclusivo de la responsabilidad por negligencia, pues los criterios de imputación objetiva, que se aplican en todo juicio de responsabilidad, trasladan ese requisito a muchos sectores regidos por la denominada responsabilidad sin culpa u objetiva.*

*Existe, un fundamento común a la responsabilidad por culpa y a la responsabilidad objetiva que difumina, en parte, su distinción. En ambos regímenes se aplican los criterios de imputación objetiva y en ambos, por tanto, está vigente la fórmula de Hand, tradicionalmente asociada al juicio sobre la negligencia.*

*De hecho, la diferencia entre ambos regímenes ya no está en la presencia o ausencia de la infracción de un deber de precaución puesto a cargo del agente, sino en el momento en que se aplica la limitación de responsabilidad procedente de la fórmula de Hand. La responsabilidad por culpa la aplica dos veces: cuando valora si el demandado infringió el deber de precaución y cuando decide si el daño causado por esa infracción puede atribuirse a la conducta del agente. La responsabilidad objetiva, en cambio, sólo la aplica cuando los criterios de imputación objetiva permiten moderar la responsabilidad del agente.*

*Los modelos del análisis económico del derecho de daños han considerado tradicionalmente el requisito de la causalidad entre el comportamiento del agente y el daño de la víctima como un elemento previo al análisis y, por tanto, lo han asumido como dado. La asunción simplifica el análisis pero lo empobrece, pues obvia la relevancia que los criterios de imputación objetiva tienen en la práctica y explica por qué el análisis económico del derecho se ha mantenido ajeno a una de las discusiones clásicas del derecho de daños: la definición de la causalidad y su capacidad de limitar la responsabilidad del agente.*

*El trabajo defiende que, constatada la simetría de buena parte del juicio de responsabilidad, tanto en sectores regidos por un estándar de responsabilidad objetiva como en aquéllos regidos por uno de culpa, la decisión básica de política legal ya no es la imposición de uno u otro régimen de responsabilidad, sino el radio del círculo de potenciales responsables. En el modelo que presenta este trabajo, el legislador define, en un primer momento, el ámbito de la responsabilidad y, después, la regla de responsabilidad y los criterios de indemnización que garantizarán una precaución eficiente.*

*Cierra el trabajo una descripción de los principales criterios de imputación objetiva desarrollados por las jurisdicciones del Civil y del Common Law. Se mostrará cómo su aplicación es común a los dos regímenes básicos de responsabilidad: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.*

\* Los autores del trabajo quieren manifestar su agradecimiento a John Barcelo III, Robert D. Cooter, Fernando Gómez Pomar, Jim Henderson Jr., Robert C. Post y Reinhard Zimmermann por sus comentarios y mejoras sugeridas. Sólo los autores son, sin embargo, responsables de los errores que pueda contener el trabajo. Nuno Garoupa agradece la ayuda recibida del FCT portugués, POCTI/ECO/44146/2002. Pablo Salvador Coderch y Carlos Gómez Ligüerre agradecen la ayuda prestada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (BJU2001-0936) y el Departament d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació de la Generalitat de Catalunya (2001 SGR 00277).

Traducción al español del original en inglés "Scope of Liability. The Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability", a cargo de Carlos Gómez Ligüerre. El lector puede consultar el original del trabajo publicado en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=640482](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=640482).

## *Sumario*

- 1. La definición del círculo de responsables (*Scope of Liability*) como el fundamento común de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva**
    - 1.1. La distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva**
    - 1.2. La distinción entre negligencia y causalidad**
    - 1.3. La multiplicidad de las causas**
    - 1.4. La imputación objetiva: el fundamento común de negligencia y responsabilidad objetiva**
  - 2. La definición del círculo de responsables como la decisión básica de cualquier regla de responsabilidad**
    - 2.1. La responsabilidad por culpa aplica dos veces la fórmula de Hand, *ex ante* y *ex post*; mientras que la responsabilidad objetiva, sólo la aplica una vez y, habitualmente, *ex ante***
    - 2.2. El control del nivel de cuidado y el del nivel de actividad y la diferencia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva**
      - 2.2.1. Actividades humanas individuales –e indivisibles–**
      - 2.2.2. Actividades estructuradas conforme a principios de división del trabajo**
      - 2.2.3. Responsabilidad objetiva y definición *ex ante* del ámbito de responsabilidad**
  - 3. Doctrinas sobre la determinación del ámbito de responsabilidad en el *Civil law* y en el *Common law***
  - 4. Un modelo para la adjudicación eficiente del ámbito de responsabilidad**
    - 4.1. Segundo momento: reglas de responsabilidad y precaución eficiente**
    - 4.2. Primer momento: ámbito de responsabilidad**
    - 4.3. Modelo con costes de adjudicación**
  - 5. Conclusiones**
- Bibliografía**
- Tablas de sentencias citadas**

"La causalidad resiste"  
James HENDERSON, Jr. y Aaron D. TWERSKY<sup>1</sup>

## **1. La definición del círculo de responsables (Scope of Liability) como el fundamento común de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva**

### **1.1. La distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva**

La infracción de un deber de precaución (o el incremento indebido de un riesgo) son los criterios generalmente aceptados para distinguir la responsabilidad por culpa de la responsabilidad objetiva. La causación de un daño es, por supuesto, un requisito común a ambas reglas de responsabilidad.

SHAVELL (2004), 175: "Under the negligence rule, an injurer is liable to the victim only if the injurer was negligent, in the sense that his level of care was less than a minimum standard chosen by the courts. Under the rule of strict liability, an injurer is liable for having caused harm even if he was not negligent."<sup>2</sup>

En las definiciones transcritas, el deber de cuidado y la causalidad se distinguen como si pertenecieran a dos mundos diferentes. En este trabajo se pretende demostrar que las cosas no son así y que, como demuestra la práctica, la exigencia de una relación causal duplica muchos –si no todos- los elementos propios del deber de cuidado. En toda actividad humana más beneficiosa que costosa dos dimensiones del comportamiento del agente tienen especial relevancia: el nivel de cuidado y el nivel de actividad. Históricamente, se ha asociado el nivel de cuidado a la diligencia (o, su falta, a la negligencia) y el nivel de actividad a la responsabilidad objetiva. En contra de esta tradición, en este trabajo se sostiene que el nivel de actividad es una dimensión del nivel de cuidado para toda actividad humana individual: sólo las organizaciones pueden disociar nivel de cuidado de nivel de actividad. Por este motivo, negligencia y responsabilidad objetiva se solapan en muchas actividades y la segunda debería reservarse para los daños causados por actividades en que sea posible distinguir actividad y cuidado. Una reserva equivalente a la que se aplica a la responsabilidad absoluta –es decir, la responsabilidad desligada de toda conexión causal-, propia de los sistemas de compensación de daños causados por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

<sup>1</sup> HENDERSON / TWERSKY (2000), 659.

<sup>2</sup> Véanse, también, SHAVELL (2003), 182, 185. PROSSER (1984), 534: "[strict] liability (...) is imposed on an actor apart from either an intent to interfere with a legally protected interest without legal justification for doing so, or a breach of a duty to exercise reasonable care. This is often referred to as liability without fault". DOBBS, (2000), 941 "Strict liability is liability without fault. The defendant is subject to liability for conduct that amounts neither to negligence nor to any intentional tort." POSNER (2003), 177: "Strict tort liability means that someone who causes an accident is liable for the victim's damages even if the injury could not have been avoided by the exercise of due care." El análisis doctrinal tiende a definir la responsabilidad objetiva de forma negativa, como opuesta a la negligencia: la responsabilidad objetiva es responsabilidad sin culpa.

Así, las diferencias prácticas entre negligencia y responsabilidad objetiva son menores que las definidas tradicionalmente por la doctrina y, de forma señalada, por el análisis económico del derecho. De hecho, la única diferencia relevante entre ambos regímenes es que la responsabilidad objetiva exige aplicar una vez la fórmula de Hand (cuando el operador jurídico establece los límites de la responsabilidad, cuando traza el círculo de los posibles responsables), mientras que la misma fórmula se aplica en dos ocasiones en un régimen de responsabilidad por negligencia: una vez cuando se definen los límites de la responsabilidad potencial y otra cuando se decide si el agente infringió el deber de cuidado.

MICELI (2004), 48-49: "The centerpiece of the positive economic theory of tort law (...) is the famous case *United States v. Carroll Towing Co.* (159 F.2d 169, 2d Cir. 1947). A barge owner was accused of being negligent when he failed to post an attendant on board to make sure that the barge would not break loose from its moorings and cause damage to other ships and their cargo. The decision of the court was written by Judge Learned Hand, who wrote:

*Since there are occasions when every vessel will break away from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other situations, to provide against resulting injuries as a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P; i. e. whether B<PL."*

Una de las razones por las que la mencionada duplicidad no se ha planteado antes puede ser simplemente histórica. Desde la fundación del estudio analítico del derecho de daños (liderado por Guido CALABRESI<sup>3</sup> y por los trabajos de Richard A. POSNER<sup>4</sup> y John Prater BROWN<sup>5</sup>), la doctrina del *Law&Economics* ha centrado su atención en la precaución<sup>6</sup> (el deber de cuidado) en detrimento de la causalidad<sup>7</sup>. Por esta razón, los modelos generales de precaución asumen que el nivel de cuidado supone la causalidad y, por tanto, causado un daño, la identificación del agente que puede ser demandado deviene una simple cuestión fáctica y no una decisión de política normativa.

MICELI (2004), 59: "[I]ssues of causation are often central to the actual assignment of liability in tort law, yet the economic model of accidents to this point has not explicitly raised the issue of causation. COOTER (1987) has argued that this is because the economic model implicitly embodies a mathematical notion of causation through the functional relationship between precaution and expected damages: as a result additional notions of causation are unnecessary to achieve efficient incentives for care. Nevertheless, a

---

<sup>3</sup> CALABRESI (1961), (1965), (1967), (1975).

<sup>4</sup> POSNER (1972).

<sup>5</sup> BROWN (1973).

<sup>6</sup> COOTER (1985).

<sup>7</sup> Véase, WRIGHT (1987) para una crítica al análisis económico de la causalidad.

positive theory of tort law needs to address the court's use of causation principles in determining the scope of liability".<sup>8</sup>

Sin embargo, la identificación del responsable de un daño no es una simple cuestión de prueba. Se trata de una cuestión legal compleja que debe ser resuelta conforme a oscuras (y controvertidas) doctrinas causales que son comunes a toda regla de responsabilidad.

En este trabajo, asumimos que la identificación del causante no es un elemento ajeno al modelo sino que, por el contrario y aunque parezca irracional desde un punto de vista económico, casi toda la humanidad podría ser considerada causante del daño por el que la víctima reclama una indemnización. Por este motivo, precisamente, la doctrina clásica ha concebido la causalidad como un límite a la responsabilidad, equivalente al que impone la existencia de un deber de cuidado. Como ambos constructos doctrinales cumplen con el objetivo de identificar al responsable del daño, ambos se solapan y suponen tareas -al menos en parte- superfluas. El propósito del trabajo es mostrar que el requisito de la infracción de un deber de precaución no puede ser el criterio determinante para diferenciar la negligencia de otras reglas de responsabilidad, de forma señalada, de la responsabilidad objetiva<sup>9</sup>. Si, en cambio, centramos el análisis en las doctrinas sobre la causalidad y les pedimos que identifiquen quién pudo evitar el accidente (o asegurar sus consecuencias), las doctrinas sobre la imputación objetiva o de determinación del círculo de responsables se convierten en los pilares del derecho de daños.

En efecto, y desde el momento en que los criterios de imputación objetiva se aplican tanto en los casos de responsabilidad por culpa como en aquéllos que deben decidirse conforme a un estándar de responsabilidad objetiva, la distinción entre ambos regímenes se difumina. La principal diferencia entre los dos regímenes es, como ya se ha dicho, que la fórmula de Hand es aplicada en dos ocasiones, *ex ante* y *ex post*, en los casos en que se aplica un estándar de responsabilidad por culpa: primero cuando se determina el nivel de cuidado y, en segundo lugar, cuando se decide si tal o cual responsable lo infringió. En cambio, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, sólo se aplica una vez la fórmula de Hand (generalmente *ex ante*) cuando la ley define el círculo de posibles demandados o cuando lo hace una jurisprudencia

<sup>8</sup> La concepción minimalista de la causalidad propia del análisis económico del derecho aparece expuesta con claridad en el manual de COOTER/ULEN (2004, 315-316): "One person harms another when the variables that he or she controls lower the utility or production of someone else. (...) 'Cause' in tort law typically involves an externality created by interdependent utility or production functions". De forma aún más contundente, SHAVELL (2004), 251-252: "Is it necessary [under the negligence rule] to allow parties to escape liability when they are not the cause of losses in order for their incentives to be correct (as it is under strict liability)? [T]he answer is that there is no need to allow parties to escape liability for negligence if they do not cause losses, but optimal incentives are maintained even if they do escape liability if they do not cause losses. In other words, basic incentives to take due care are correct whether or not there is a causation requirement". Por ese motivo escribe SHAVELL en la nota número 34, que el modelo de precaución asume que "the socially desirable level of care implicitly reflects causation; care is socially valuable only to the degree that it can reduce accident losses in circumstances in which losses would otherwise result". Sin embargo, la cuestión pendiente es quién está sujeto al deber de cuidado.

<sup>9</sup> Pues, como escribió GRADY (1987), "People are strictly liable for their inadvertent failures to use reasonable precaution". En el mismo sentido, JANSEN (1005), 433.

consolidada. En este sentido, la responsabilidad por culpa es una combinación de una regla de no-responsabilidad (para aquellos demandados que observaron el deber de cuidado) y de responsabilidad por la mera causación de daños (para aquéllos que no actuaron conforme a la regla de cuidado).<sup>10</sup>

Una regla pura de responsabilidad objetiva supone sólo la aplicación *ex ante* de la fórmula de Hand para definir *a priori* el diámetro del círculo de los responsables potenciales. Por tanto, la labor judicial, que se desarrolla *ex post facto*, debería limitarse a la constatación de una relación causal entre el comportamiento de los demandados y el daño que sufre la víctima. Sin embargo, es inevitable que, cuando conviven la responsabilidad objetiva y los criterios de imputación objetiva, concurran elementos propios del juicio sobre la negligencia en la aplicación de una responsabilidad que, en principio, debería anudarse a estrictos criterios causales.<sup>11</sup>

De hecho, en la práctica, muchos sistemas legales de compensación (que lo son de responsabilidad objetiva pura –sin culpa–) persiguen reemplazar *ex ante* tanto el análisis de la negligencia como el de la causalidad: los daños son compensados y es legalmente irrelevante quién fue el causante material del perjuicio o quién fue negligente. Así sucede, como se verá en el epígrafe 2.1., en los sistemas de compensación de daños causados por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Los criterios de imputación objetiva o de trazado del círculo de los posibles responsables unifican negligencia y responsabilidad objetiva. Existen, además, razones adicionales para afirmar que los límites entre ambos regímenes de responsabilidad, tal y como los concibe la explicación más tradicional, son borrosos. Mencionamos ahora los más destacados y que se desarrollarán en los siguientes epígrafes del trabajo:

A) *Diferencias de grado entre dolo, negligencia grave, negligencia simple, negligencia leve y responsabilidad objetiva*

Al menos desde el derecho romano (vid. KASER (2002), 173-174) se asume que la negligencia admite grados: puede ser leve, simple o grave. La leve es rayana con la responsabilidad objetiva; la grave con el dolo<sup>12</sup>; y, en el punto medio, se encuentra la negligencia simple. Hay, por tanto, un *continuum* de cinco

<sup>10</sup> MICELI (2004), 41: "In a sense we can think of negligence as a combination of no liability and strict liability, where the two are separated by a 'threshold' based on the injurer's level of precaution". SHAVELL (2004), 230: "[T]here is an element of strict liability -of having to pay for harm done- associated with the use of the negligence rule".

<sup>11</sup> STAPLETON (2001), 941. CUPP (2002), 1085.

<sup>12</sup> En ambos casos puede definirse la negligencia como "*Negligence as risk*. The defendant must have breached his duty of care to the plaintiff. When the defendant owes a duty of reasonable care, the defendant breaches that duty by conduct that falls short of such care, that is, by conduct that is unreasonably risky. Juries, not judges, decide whether the defendant was negligent unless the question is too clear to permit different evaluations by reasonable people" y como "*Negligence as breach of duty*. Sometimes jurists define negligence as a breach of duty of care. In this definition, you are not negligent, or at least not actionably negligent, if you were under no duty of care, no

categorías, que en ocasiones se solapan, que se entiende mejor si se toma como punto de partida la creación o el incremento irrazonable de un riesgo en lugar de tomar el deber de cuidado como criterio de distinción. La teoría de la probabilidad ayuda, pues la cuantificación de la negligencia asemeja al dolo: cuanto mayor sea *ex ante* la probabilidad del daño, mayor será *ex post* la probabilidad de calificar la conducta como dolosa. Si en el proceso se prueba que la probabilidad del daño era más alta que la habitual, la conducta del demandado será calificada como desconsiderada –gravemente negligente, al menos–; y si la probabilidad era muy elevada es posible que el fallo del tribunal aprecie el dolo. Así, la distinción entre dolo y negligencia no es de tipo sino de grado. La proximidad de ambos conceptos es todavía más clara en las teorías del dolo que atienden más al conocimiento previo de quien actúa que a la representación (acaso falsa) de su voluntad.<sup>13</sup>

B) *La negligencia objetiva está más cerca de la responsabilidad objetiva que de la culpa subjetiva.*

De un modo similar, la doctrina tradicional concibe la negligencia como un estado mental –como culpa, en sentido estricto–: el demandado negligente actúa de forma torpe pero sin intención actual de causar el daño, es decir, que ni supo que el daño era una consecuencia necesaria de su actuar ni quiso causarlo.<sup>14</sup> En cambio, las doctrinas legales al uso conciben la negligencia como una conducta objetiva en la que el estado mental del responsable es irrelevante, salvo para niños e incapaces. De este modo, se defiende que el concepto de negligencia es objetivo y que lo relevante en el juicio sobre la responsabilidad es la conducta desarrollada o la posición que ocupaba el demandado: la sociología supera a la psicología. La negligencia, así entendida, es, casi, responsabilidad objetiva.

C) *La negligencia presunta la convierte en responsabilidad objetiva*

En un régimen de negligencia, la carga de la prueba de la infracción de la norma de cuidado corresponde al demandante que reclama la indemnización. Sin embargo, cada vez es más frecuente que la negligencia se presume y se invierta la carga de su prueba. Así ocurre de forma muy señalada cuando los jueces y tribunales aplican las doctrinas de la negligencia *per se* (en los casos en que el demandado infringió deberes legales) y de *res ipsa loquitur* (negligencia presumida por las circunstancias del caso).<sup>15</sup>

matter how unreasonably risky your conduct might be. Judges who define negligence as a breach of duty wrap the duty and the negligence issue together." (DOBBS (2000), 270).

<sup>13</sup> Véase el *Comment d), §1, Intent, Recklessness, and Negligence: definitions, Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft) (Current through April 2005), Chapter 6, Scope of Liability:* "Intent requires that the actor desires the harm to occur, or knows that the harm is substantially certain to occur (...) in a typical negligence case harm is possibility but not a certainty." See HENDERSON/TWERSKY (2001), 1133.

<sup>14</sup> Tal concepción de la negligencia tiene un ejemplo paradigmático en la jurisprudencia del *Common law* en el caso *Brown v. Kendall* (60 Mass. 292 (1850)). Los perros de demandante y demandado se pelearon y Kendall empezó a golpearlos con un palo para separarlos. En éstas, le dio un golpe en el ojo a Kendall, quien le demandó por las lesiones sufridas. De acuerdo con la decisión, si el daño se produjo de forma fortuita, el demandante sólo puede obtener una indemnización si fue máximamente diligente y el demandado actuó sin el cuidado debido.

<sup>15</sup> Como explica DOBBS (2000), 419: "For example, in the best-known case, *Byrne v. Boadle* (2 H.&C. 722, 159 Eng. Rep. 299 (1863)), the plaintiff was hurt when a flour barrel fell from the defendant's premises. The plaintiff did not allege any specific act of negligence, but the court thought *res ipsa loquitur*, the thing speaks for itself. But suppose that, in contrast, the defendant's negligence had been identified: he had negligently failed to inspect the ropes securing the barrel. Given a specific claim of negligence, the but-for test could be applied asking whether a reasonable inspection would have revealed that the ropes were dangerous. If the defect in the rope was hidden and would not have been discovered upon reasonable inspection, the plaintiff would have proved specific negligence but would have lost on the-but-for issue."

- D) *En las jurisdicciones del derecho continental (Civil law) la causalidad y el deber de cuidado son determinados por los jueces y tribunales*

En la mayoría de las jurisdicciones del *Civil law*, la reclamación por daños se decide por jueces y tribunales sin ayuda de un jurado. Jueces de carrera deciden sobre la existencia de la relación de causalidad y la infracción del deber de cuidado y, por tanto, es fácil que las decisiones judiciales mezclen ambos conceptos. Como veremos en el apartado 3, los accidentes bilaterales pueden ser definidos dogmáticamente como casos de cuidado conjunto o como supuestos en que operan de forma especial las reglas de la causalidad sin que una u otra explicación determinen la solución del caso en sentidos diferentes.<sup>16</sup>

El segundo objetivo del trabajo es unificar la aproximación tradicional del derecho de daños (*Law of Torts*) del *Common law* y las explicaciones del derecho de accidentes basadas en criterios legales propias del *Civil law*: creemos que el centro de gravedad del derecho de daños debe dejar de estar en la discusión sobre el requisito del deber de precaución y pasar a situarse en el análisis de los criterios de imputación objetiva. Si la intuición sobre el fundamento común de la negligencia y la responsabilidad objetiva es acertada, la visión tradicional del derecho de daños se enriquece: la regulación combina criterios de negligencia y de responsabilidad objetiva y los jueces y tribunales deciden casos según criterios comunes al *Common* y al *Civil law*.

Un análisis integrado de la negligencia y de la responsabilidad objetiva, desde el punto de vista de la definición del ámbito de responsabilidad de quienes actúan en el tráfico, explica mejor el actual derecho de accidentes. Mejor, opinamos, que la visión tradicional que contrapone los criterios de decisión del *Common law* y del derecho regulador.

Como comprobará el lector, muchas de las conclusiones que se presentan en este trabajo son ya conocidas tanto por el análisis tradicional como por el análisis económico del derecho. Sin embargo, los modelos formales continúan tomando como punto de partida la oposición radical entre negligencia y responsabilidad objetiva (entendida como responsabilidad sin culpa) como si de las dos caras de una misma moneda se tratara.

## **1.2. La distinción entre negligencia y causalidad**

La negligencia, como conducta, se distingue con facilidad de la causación del daño: el comportamiento del demandado fue negligente si la infracción de la norma de cuidado aumentó el riesgo de producción del daño de forma irrazonable. Sin embargo, de la afirmación anterior no se concluye la necesidad de la causación real del daño y, por tanto, el simple incremento del riesgo no puede fundamentar una acción de indemnización. Como se ha dicho al inicio del

---

<sup>16</sup> En derecho español la responsabilidad objetiva es el estándar propio del derecho público y la negligencia –aunque existen excepciones de nota– lo es del derecho privado. Sin embargo, las diferencias prácticas entre ambos regímenes son casi inexistentes: las reclamaciones por lesiones iatrogénicas por negligencia médica son decididas del mismo modo con independencia de si el paciente sufrió el daño en un hospital público o en un centro sanitario privado. Del mismo modo, los accidentes escolares imponen responsabilidad al titular del centro docente con independencia de su naturaleza jurídica pública o privada. Véase Pablo SALVADOR CODERCH, et al., (2003), págs. 4 a 7.

trabajo, los requisitos de una acción de daños por negligencia son infracción de un deber de precaución, relación de causalidad y daño.

*Summers v. Tice* (33 Cal. 2d 80, 199 P. 2d 1), un caso famoso resuelto por la Corte del estado de California en el año 1958 ilustra bien la distinción entre riesgo indebido -negligencia-, comportamiento y causalidad. Dos cazadores dispararon sobre una codorniz y la bala de uno de los dos hirió al demandante. No pudo averiguarse de cuál de las dos armas salió la bala que hirió a la víctima. La víctima demandó a los dos cazadores y obtuvo una sentencia de condena de ambos. Un caso español, el decidido por la STS, 1<sup>a</sup>, 9.7.1998, recuerda a *Summers*: el miembro de una partida de caza que hirió a la víctima y el resto de cazadores de la partida respondieron de forma solidaria. La solución del caso aplicaba la regla del artículo 33.5 de la Ley de Caza conforme a la cual los miembros de una partida de caza responden solidariamente de los daños causados por el arma de fuego de alguno de sus componentes si, claro está, no pudo identificarse al causante material del perjuicio.

En segundo lugar, la causalidad restringe el juicio de la negligencia, pues la doctrina de la *condicione sine qua non* excluye la responsabilidad por daños que hubieran ocurrido aunque el demandante hubiera observado todos los deberes de cuidado.

GRADY (1983), 799, lo explicó bien hace más de dos décadas: si, de acuerdo con la fórmula de Hand, la altura eficiente de una valla es de 3 metros y el demandado no elevó valla alguna, o construyó una de altura inferior, la infracción de la norma de cuidado es obvia, pero el criterio de la *condicione sine qua non* limita la responsabilidad a -sólo- los daños que podría haber evitado una valla de 3 metros.<sup>17</sup>

En tercer lugar, la infracción de la norma de cuidado, como uno de los requisitos de la negligencia, se solapa con la causalidad, pues ésta abarca muchos de los elementos de la primera como veremos en las páginas que siguen.

"A negligence rule performs two tasks. First, it determines when an injurer -usually the defendant- has not taken enough precaution. This task performed by the 'breach of duty' element of negligence. Second, a negligence rule decides when an injurer's insufficient precaution makes him liable for the victim's loss. This is the 'causation' element of negligence. Only when the injurer's breach of duty was the legal cause of the victim's loss will the injurer be liable for it under the rule of negligence." GRADY (1983), 801.

### 1.3. La multiplicidad de las causas

El análisis tradicional de la causalidad distingue<sup>18</sup> entre 'causalidad' (*cause in fact*) e 'imputación objetiva' (*proximate causation*), aunque, con una frecuencia cada vez mayor, se refiere a la última con la expresión *Scope of Liability* que puede traducirse al español como 'alcance de la responsabilidad', 'ámbito de responsabilidad' o 'límites a la responsabilidad'.<sup>19</sup> La causalidad

<sup>17</sup> Véase, también, KAHAN (1989), pág. 427.

<sup>18</sup> Aunque no siempre. CALABRESI (1975), 71, introduce una triple distinción del nexo causal: causalidad, *condicione sine qua non* e imputación objetiva mientras que, por ejemplo, HENDERSON/TWERSKY (2000), 664, distinguen entre la *condicione sine qua non* y, en los casos de responsabilidad por negligencia, imputación objetiva y 'resultado propio del riesgo creado'.

<sup>19</sup> Como explica DOBBS (2000), 443, "Proximate cause rules (...) seek to determine the appropriate scope of a negligent defendant's liability. The central goal of the proximate cause requirement is to limit the defendant's

(fáctica) viene determinada por la fórmula de la *condicio sine qua non*: la conducta del demandado es causa del daño si, suprimida mentalmente la conducta, desaparece el perjuicio. De igual modo, no puede afirmarse que la conducta del demandado sea causa alguna del daño si, a pesar de suprimirse su comportamiento, el daño hubiera ocurrido de todos modos.

PROSSER (1984), 265: "An act or an omission is not regarded as a cause of an event if the particular event would not have occurred without it."

¿Por qué la causalidad es un mal criterio de imputación de daños? En primer lugar, porque lo normal es que haya demasiadas causas, es decir, que haya muchos eventos sin cuyo acaecimiento tampoco se habría producido el daño. La causalidad es, en definitiva, un criterio de imputación demasiado amplio.

Véase, para comprobar la afirmación anterior, el siguiente concepto de causa total, que tomamos de uno de los mejores manuales de filosofía de la ciencia escritos en la pasada década: "[C]ada acontecimiento tiene por lo general múltiples causas ... La *causa total* de un suceso *e* es la suma ... de todos los eventos  $c_1, c_2, \dots, c_n$  tales que, de cada  $c_i$  ( $1 \leq i \leq n$ ), es cierto que de no haber ocurrido  $c_i$  y permaneciendo todo lo demás igual, tampoco habría ocurrido *e*" (José A. DÍEZ y C. Ulises MOULINES, (1997), pág. 146).

Parecidamente, FUMERTON/KRESS (2001), pág. 98: "The problem is that, to get a set of conditions that is genuinely lawfully *sufficient* for some outcome, the set must contain indefinitely many conditions".

Como escribió PROSSER (1950), 369: "[i]n a philosophical sense, the consequences of an act go forward to eternity, and the causes of any event go back to the dawn of human events and beyond. (...) As a practical matter, legal responsibility must be limited to those causes which are so closely connected with the result and of such significance that the law is justified in imposing liability. Some boundary must be said too liability for the consequences of any act, upon the basis of some social idea of justice or policy."

En el mismo sentido, James A. HENDERSON, Jr. (2002), 391: "But-for act causation is insufficient by itself because, without further limitations, it allows an unmanageable number of claims into the reparation system. Some further limitation, akin to the Proximate Causation limitation in fault-based liability is necessary".

En segundo lugar, la formula de la *condicio sine qua non*, en muchos contextos, sólo es capaz de ofrecer una solución aproximada: las teorías científicas se basan en complejos sistemas de hipótesis y, en general, no es posible limitarlas a los estrechos límites de la *condicio sine qua non*.

La solución de muchos casos exige conocimientos científicos que van más allá de la teoría de la *condicio sine qua non*. En *William Daubert, et al., Petitioners v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, (509 US 579 (1993)), la Corte Suprema de los Estados Unidos de América mantuvo que el estándar de la 'aceptación general' establecido en *Frye v. United Status* (54 App. D. C. 46,47; 293 F. 1013, 1014 (1923)) como criterio de prueba había sido superado por las reglas procesales de prueba (*Federal Rules of Evidence, Rule 702*): criterios científicos publicados, sometidos a análisis y contrastación, y admitidos como generales por la comunidad científica.

---

liability to the kinds of harms he risked by his negligent conduct. Judicial decisions about proximate cause rules thus attempt to discern whether, in the particular case before the court, the harm that resulted from the defendant's negligence is so clearly outside the risks he created that it would be unjust or at least impractical to impose liability."

En tercer lugar, la fórmula de la *condicio* no es capaz de resolver los casos en que el daño es consecuencia de la omisión de un deber de precaución.

En la omisión no hay causalidad: en los casos de omisión la responsabilidad se fundamenta en la infracción de un deber de evitar la producción del daño (MOSERÍN (1987), 141; SALVADOR (2002), 12).

En cuarto y último lugar, el test de la *condicio sine qua non* es incapaz de resolver los casos de causalidad concurrente o sucesiva. En esos casos, puede ser que el daño no se explique sin la suma de varios cursos causales o que haya que admitir que cualquiera de ellos hubiera causado el daño de igual forma y en el mismo momento.

Como afirma DOBBS (2000), 414: "When each of two or more causes would be sufficient, standing alone, to cause the plaintiff's harm, a literal and simple version of the but-for test holds that neither defendant's act is a cause of the harm."

Las deficiencias de la formula de la *condicio sine qua non* son suplidas en la práctica, en primer lugar, con la ayuda de los criterios de imputación objetiva. En segundo lugar, los juristas recurren con frecuencia a la comunidad científica para preguntar acerca de las hipótesis y conocimientos que permiten afirmar que dos eventos están unidos por una relación de causalidad. En tercer lugar, y para resolver los casos de omisión de un deber de actuar, abogados y jueces acuden a fórmulas de causalidad hipotética que, aunque no resuelven el problema de la responsabilidad por omisión, lo evitan. En la práctica, la cuestión se resuelve mediante la identificación de los agentes que la ley ha señalado *ex ante* como obligados a evitar el daño que finalmente sufrió la víctima.

#### **1.4. La imputación objetiva: el fundamento común de la negligencia y la responsabilidad objetiva**

El formalismo legal concebía (erróneamente) la causalidad legal como una imagen de la causalidad natural, científica. La distinción entre infracción del deber de cuidado y causalidad fue asumida, así, como evidente, pues (se creía) un abismo dividía la causalidad fáctica de los deberes legales.

Tras el realismo legal, sin embargo, suele aceptarse que las doctrinas de la causalidad incluyen cuestiones fácticas y legales.<sup>20</sup> En consecuencia, las doctrinas actuales distinguen entre la explicación natural del suceso que causó el daño (causalidad fáctica) y la decisión normativa que pone a cargo de un sujeto la responsabilidad por el daño causado (imputación objetiva o ámbito de responsabilidad, *Scope of Liability*).

"Once it is established that the defendant's conduct has in fact been one of the causes of the plaintiff's injury", proximate causation doctrines seek to respond the question "whether the defendant should be

---

<sup>20</sup> Véase, W. S. MALONE (1956).

legally responsible for the injury" and the answers are drafted "in terms of legal policy" (PROSSER (1984), 272-273).

El principal objetivo que persiguen alcanzar las doctrinas sobre la imputación de responsabilidad es evitar la responsabilidad infinita a que llevaría la aplicación indiscriminada de las leyes causales.<sup>21</sup>

"Proximate cause rules are among those rules that seek to determine the appropriate scope of a negligent defendant's liability. The central goal of the proximate cause requirement is to limit the defendant's liability to the kinds of harms he risked by his negligent conduct." (DOBBS (2000), 443).

La previsibilidad es el criterio tradicional para limitar la responsabilidad basada en una cadena causal que tiende al infinito. Para determinar la causa *legal*, que permite afirmar la responsabilidad, el daño debe ser una consecuencia cercana al comportamiento del demandado: ni excesivamente alejada en el tiempo o en el relato de los hechos ni imprevisible para quien debe responder del perjuicio.

La máxima, en su formulación tradicional, es inoperante por vaga y general: "The defendant's behavior should not be too remote, indirect or far-off cause of the victim's harm. A subjective version of this doctrine is that a negligent defendant's conduct is *not a proximate cause of, a not liable for injuries that work unforeseeable*" (DOBBS, 2000, p. 444).

Sin embargo, si la imputación objetiva fuese reducida a la previsibilidad del daño, sólo podría ser aplicada a los casos que deban resolverse conforme a un estándar de responsabilidad por negligencia. La cosas no son así, pues la formulación general de la imputación objetiva incluye muchos otros elementos, además de la previsibilidad: el incremento del riesgo, los riesgos generales de la vida, el cuidado bilateral, la infracción de deberes legales, el consentimiento de la víctima y la asunción del riesgo, entre otros.

En el tercer apartado del trabajo se resumirán los principales criterios elaborados por las jurisdicciones del *Civil law* y del *Common law* para limitar la responsabilidad al agente responsable y al daño que sufre la víctima que reclama una indemnización.

Estos criterios de imputación objetiva se aplican tanto a casos que se resuelven conforme a un criterio de responsabilidad por negligencia como a aquéllos que se juzgan bajo un estándar de responsabilidad objetiva. En ambos, la imputación objetiva limita el juicio causal y suma la responsabilidad (jurídica) a la información que procede del análisis causal.

ABRAHAM (2002), 171-172: "[T]here is only strict liability if engaging in the relevant activity is not only the cause in fact, but also the proximate cause of the harm the plaintiff suffered".

---

<sup>21</sup> El manual de Richard EPSTEIN arranca el capítulo dedicado a la imputación objetiva con una cita tan famosa cita de *The Elements of the Common Laws of England* de Francis Bacon: "Reg. I. In jure non remota causa sed proxima spectatur. If were infinite for the law to judge the causes, and their impulsions one of another; therefore if contenteth itself with the immediate cause, and judgeth of acts by that, without looking to any further degree." *Apud* EPSTEIN (2004), 435.

El capítulo 6 del influyente manual de derecho de daños de Richard EPSTEIN lleva por título: "Proximate Cause (Herein of Duty)" (EPSTEIN (2004), 435).<sup>22</sup>

Por su parte, el proyectado *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft) (Current through April 2005)*, *Scope of Liability*, distingue expresamente la causalidad material (fáctica) de la imputación objetiva de responsabilidad. Así, el *Restatement* distingue las cuestiones empíricas de las jurídicas en el juicio sobre la responsabilidad. Las primeras deben decidirse conforme a los conocimientos científicos. Las segundas, son resueltas, bien por la norma que identifica los deberes legales de actuación y las consecuencias de su infracción, bien por los jueces y tribunales en cada caso.

La *Section 29* del *Restatement* dispone:

"An actor's liability is limited to those physical harms that result from the risks that made the actor's conduct tortious"

Comment f):

"There are two primary legal doctrines for limiting liability: duty and scope of liability. Some courts use duty in situations in which other courts would use proximate cause. The classic case of *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* (162 N. E. 99 (N.Y. 1928)), revealed the potential for interchangeability between duty and scope of liability, although proximate cause was the term employed at the time; Judge Cardozo employed duty, while Judge Andrews employed proximate cause, to determine whether the defendant was liable for harm to a particular plaintiff. *Palsgraf's* legacy has been a tension in tort law about the proper balance between duty rules and proximate-cause limits to circumscribe appropriately the scope of liability."<sup>23</sup>

Comment g):

"The First and Second Restatement of Torts were influenced by causal thinking that has long been repudiated. This Restatement, by contrast, treats factual cause and scope of liability separately for several reasons. The most important is that decoupling the two concepts permits the court and factfinder to focus on the issue that is truly in dispute without having to invoke a doctrine that is not in dispute. Even when both issues are in dispute, clearly differentiating the predominately historical question of factual cause from the evaluative question of scope of liability makes for a clearer, more focused analysis. Finally, separation enables courts to employ instructions that avoid causal language when explaining scope-of-liability limitations to the jury."

Del mismo modo, muchos tratados y manuales de derecho de daños tratan por dos veces de la imputación de responsabilidad: una, en sede de negligencia, cuando explican la extensión del deber de cuidado y otra cuando tratan de la imputación objetiva.

---

<sup>22</sup> Aunque hay quienes mantienen el criterio tradicional que limita la imputación objetiva a los casos de negligencia. Así, HENDERSON/TWERSKI (2000), 664.

<sup>23</sup> La *Section 29* del *Restatement* no sólo se aplica tanto a los casos de negligencia como a los de responsabilidad objetiva. Véase, WELLS (2003), 421). Para una crítica de las propuestas del *Restatement*, véase, CUPP (2002), 1085.

Una presentación clásica del problema es de FLEMING, (1998), 150: "The duty concept has been reproached as otiose, an unnecessary fifth wheel on the coach, as just duplicating the function of 'standard of care' and 'remoteness of damage'. Foreseeability of injury admittedly plays a role in 'duty' as well as 'breach of duty' but while being a necessary element of 'duty' it is not a sufficient one. Again, to be sure, 'remoteness' could have sufficed (and for a good while did) for the task of marking the outer perimeter of liability."

Parecidamente, MICELI (2004), 62: "[T]he test in proximate causation becomes identical to the marginal Hand test. This suggests that the two inquiries -breach of duty and proximate cause- are essentially redundant."<sup>24</sup>

Existe, así, un fundamento común al juicio de responsabilidad en negligencia y en responsabilidad objetiva. De hecho, si trazásemos una línea recta que uniera la no-responsabilidad y la responsabilidad absoluta o la prohibición de actividad, el segmento correspondiente a la negligencia se solaparía en parte con la no-responsabilidad y en parte con la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, la coincidencia parcial entre la definición del deber de precaución y los criterios de imputación objetiva no puede obviar que en muchos sistemas jurídicos ambas categorías son, por lo menos desde el punto de vista procesal, muy diferentes. Así, en los sistemas del *Common law*, la infracción de un deber de precaución debe ser declarada por el juez, mientras que corresponden al jurado los criterios de imputación objetiva.

Comment f) of the Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm:

"One significant difference between these two doctrines is helpful in determining their appropriate spheres of application. Duty is a question of law for the court (...) while scope of liability, although very much an evaluative matter is treated as a question of fact for the fact finder. Hence, duty is a preferable means for addressing limits on liability when those limitations are clear, are based on relatively bright lines, are of general application, do not usually require resort to disputed facts in a case, implicate policy concerns that apply to a class of cases that may not be fully appreciated by a jury deciding a specific case, and are employed in cases in which early resolution of liability is particularly desirable. Duty is usefully employed when a court seeks to make a telling pronouncement about when actors may or, on the other hand, may not, be held liable. (...) On the other hand, when the limits imposed require careful attention to the specific facts of a case, and difficult often amorphous evaluative judgements for which modest differences in the factual circumstances may change the outcome, scope of liability is a more flexible and preferable device for placing limits on liability."

<sup>24</sup> Thomas J. MICELI distingue entre "productor" del daño y "receptor" del daño. "The producer is the physical cause of the harm (...), and the recipient is the bearer of the harm (...). We use these terms because (...) the terms *injurer* and *victim* connote a particular assignment of the right" (MICELI (2004), 181-182). Talking about injurers and victims involves talking about *rights* and *duties*. The whole quote is a confession: The idea of duty pollutes the model, and the sanitized concepts of producer and recipient are perhaps not extremely useful, but most probably incapable to do any decent legal job in real practice. Indeed causal relativism follows the assignment of the basic entitlement: tort liability models assume a pigouvian -precoasean- view of causation (of externalities) because they take for granted that there is a unique cause of harm - that there is an injurer -. But, as Coase showed, both parties are "simultaneously causes of the harm" because they happen to be there, at the same place and time when their interaction results in harm for one or both of them." Véase, MICELI (2004), 168-171.

De todos modos, las orientaciones del *Restatement* y su aplicación son, probablemente, herramientas poco eficaces para distinguir entre el deber de cuidado y el ámbito de responsabilidad. Se trata más, de hecho, de un reconocimiento de la distinción que de un conjunto de criterios para identificarla.

## ***2. La definición del ámbito de responsabilidad como la decisión básica de toda regla de responsabilidad***

### **2.1. La responsabilidad por culpa aplica dos veces la fórmula de Hand, ex ante y ex post; mientras que la responsabilidad objetiva, sólo la aplica una vez y, habitualmente, ex ante**

En un régimen de negligencia preguntamos si el agente a) causó el daño que sufre la víctima y, b) infringió un deber de cuidado que es definido por la fórmula de Hand. En un régimen de responsabilidad objetiva sólo se plantea la primera cuestión. En ambos inquirimos, además, si ci) todos los criterios de imputación objetiva (en negligencia) o cii) todos, excepto la previsibilidad (en responsabilidad objetiva), incluyen al demandado en el círculo de los posibles responsables.

Desde una perspectiva económica, los criterios de imputación objetiva son trasuntos del análisis coste-beneficio que, a su vez, desarrollan la fórmula de Hand. De este modo, desde el análisis económico del derecho, las cuestiones ci) y cii) pueden reformularse fácilmente como preguntas sobre la aplicación de la fórmula de Hand a los hechos y a los individuos u organizaciones causalmente vinculados con ellos. El análisis económico de los criterios de imputación objetiva lleva a incluir en el círculo de los responsables posibles a aquellos agentes sociales con el menor coste social de evitar el accidente. Si se olvida sistemáticamente la afirmación anterior, los regímenes de negligencia y de responsabilidad objetiva se confunden.

Los criterios de imputación objetiva, así entendidos, superan la distinción entre 'acción' y 'omisión', es más, funcionan especialmente bien con la última, pues la ley acude a ellos para delimitar el perímetro de los potenciales responsables del daño con independencia del comportamiento, activo u omisivo, que lo haya provocado. La ley impone deberes de precaución pero en ningún caso responsabiliza a todos los agentes causalmente vinculados con el daño que sufrió la víctima: la regla del buen samaritano no obliga, afortunadamente, a toda la humanidad. Como puede comprobarse, en ausencia de los criterios de imputación objetiva, la responsabilidad sería universal.

En un régimen de negligencia, jueces y tribunales deciden *ex post* si el demandado fue o no el causante del daño (causalidad material), si el demandado debe o no ser incluido en el ámbito de responsabilidad (una pregunta que supone una primera aplicación de la fórmula de Hand), y, por último, si infringió un deber de precaución (segunda aplicación de la fórmula de Hand). En la práctica, estas dos últimas convergen en una y la previsibilidad (el criterio de imputación objetiva por excelencia) es, más o menos, sinónima de deber de precaución.

FLEMING (1998), 151: "The classical pronouncement of a general formula for "duty" is Lord Atkins' apodictic "neighbour test" in *Donoghue v. Stevenson* (1932, AC 562 at 580): 'There must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances ... The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplations as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.'"

Esta forma de determinar la responsabilidad es, como afirma el análisis económico, excesivamente cara y, en muchos casos, de aplicación imposible. El problema puede ser superado si se traslada la carga de la prueba de la negligencia (o de su ausencia) del demandante al demandado (negligencia presunta). Sin embargo, tal solución no ahorra necesariamente costes de litigación, aunque los demandados cuenten con mejor información sobre las consecuencias de su actuar que los demandantes.

Una segunda solución, y más efectiva, es pasar de la negligencia a la responsabilidad objetiva, ya que, en la última, la fórmula de Hand se aplica *ex ante* por la ley o por una jurisprudencia consolidada que definen el ámbito de responsables potenciales. Así, se obvia la segunda aplicación de la fórmula de Hand.

El cambio no supone, sin embargo, que desaparezca la función que el análisis atribuye a la fórmula de Hand. Acabamos de escribir que –simplemente– facilita la tarea del operador jurídico. En la mayoría de los supuestos de responsabilidad objetiva, la fórmula se aplica, antes de la causación del daño, cuando el derecho predefine el ámbito de los responsables potenciales y los identifica como los *lowest opportunity cost avoiders*: aquéllos que *ex ante* pueden evitar el daño a menor coste. La cuestión fundamental que el derecho de daños debe resolver ya no es si el responsable debe serlo por el daño que sufre la víctima, sino quiénes han de ser los responsables potenciales y, por tanto, cuál es el radio del círculo de personas sometidas a una regla de responsabilidad.

Así, la elección entre negligencia y responsabilidad objetiva supone más una decisión sobre la manera de aplicar la fórmula de Hand que una simple opción entre sistemas de responsabilidad diferentes.

En un régimen de negligencia, la fórmula de Hand se aplica, en primer lugar, cuando la norma traza el círculo de responsables y, en segundo lugar, cuando el juez o tribunal identifican al concreto responsable del daño que sufre la víctima. En un régimen de responsabilidad objetiva, la fórmula de Hand se aplica sólo una vez, habitualmente *ex ante*, para delimitar el círculo de posibles demandados. Por tanto, desde un punto de vista normativo, la cuestión sobre la responsabilidad fue resuelta *a priori*: sólo quedan la prueba del daño y de su causa.

Si, como se ha explicado en el apartado 1.1. del trabajo, la labor del operador jurídico en un régimen de responsabilidad objetiva –que siempre funciona *ex post*– ha de contemplar los criterios

de imputación objetiva, es inevitable que aparezcan en la responsabilidad objetiva elementos propios de la negligencia. Por este motivo, distinguir entre deber, como una cuestión jurídica, y alcance de la responsabilidad, como una cuestión de hecho, es tarea complicada, también en aquellos sectores en que la ley, al menos en teoría, no exige la infracción de un deber de precaución como un requisito de la responsabilidad.

Por otro lado, y como ya se ha comentado, muchos sistemas compensatorios basados en mecanismos de responsabilidad objetiva tienden, incluso, a determinar *ex ante* la decisión legal sobre la negligencia y la causación: se compensan los daños causados con ocasión del desarrollo de una actividad y sólo queda, por tanto, certificar la existencia del daño y las circunstancias en que se produjo. La causalidad y la negligencia del agente no son analizadas y la razón por la que ambos requisitos son obviados parece clara: la imputación objetiva es una válvula de escape a las consideraciones sobre la negligencia.

Richard EPSTEIN (2004), 879, resume con elegancia la cuestión:

"Yet the words 'liability without fault' in the context of workers' compensation set up a new system that differs much from common law strict liability as it does from common law negligence. (...) The modern workers' compensation law imposes upon employers' liability for injuries (...) 'arising out and in the course of employment'. That test for compensation largely eliminates the requirement of a causal nexus between defendant's (particular) acts and the plaintiff's harm that is so central to the traditional common law theory of strict liability. Thus, with common law strict liability for damage caused by fire, the plaintiff must demonstrate that the defendant, or perhaps his guests or servants, set the fire in question. (...) The workers' compensation scheme (...) focuses on the injuries to the worker. The emphasis is on where and when the worker suffered the harm by fire -it is no importance whether or not the employer or a fellow employee set the fire. **Liability without fault' in the context of workers' compensation means not only liability without defendant's negligence, but also liability without the causal connection to defendant's conduct required under strict liability rules**" (énfasis añadido).

## **2.2. El control del nivel de cuidado y el control del nivel de actividad y la diferencia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva**

Los modelos del análisis económico del derecho destacan que la responsabilidad por negligencia permite evaluar los aspectos cualitativos del comportamiento -el nivel de cuidado adoptado por el agente-, pero que no es una herramienta útil para controlar los aspectos cuantitativos del comportamiento del agente, es decir, su nivel de actividad. Esta segunda labor, se afirma, debe ser realizada por la responsabilidad objetiva.

Steven SHAVELL (1980), 5: "injurers will be led to take optimal care under the negligence rule, assuming that the level of due care is chosen by courts to equal the optimal level of care. Because they will take due care, however, injurers will escape liability for any accident losses they cause. They will therefore not have a reason to consider the effect that engaging in their activity has on accident losses. Consequently, injurers will be led to choose excessive activity levels."

Los modelos tradicionales del análisis económico del derecho en la materia, formulados en la década de los 80 por la mejor doctrina<sup>25</sup>, concluían que la regla de la responsabilidad por negligencia controlaba correctamente el nivel de cuidado pero no el nivel de actividad, mientras que sólo la regla de responsabilidad objetiva podía evaluar ambas dimensiones del comportamiento.

La conclusión es una consecuencia de las asunciones del modelo<sup>26</sup>. En este trabajo se defiende que esas asunciones no son correctas (por irreales) en muchos (por no decir en todos) los supuestos relevantes y, por tanto, que los resultados propuestos por los modelos no son útiles en la práctica.

Para mostrar lo anterior es preciso introducir una distinción entre actividades humanas individuales y aquéllas que se desarrollan en el seno de organizaciones complejas, organizadas con criterios de división del trabajo. La distinción, ya existente, entre responsabilidad individual y responsabilidad de las organizaciones refleja, aunque de forma más simplificada, la distinción que aquí se propone.

#### 2.2.1. Actividades humanas individuales –e indivisibles–

En realidad, en toda actividad individual la cantidad se corresponde con su calidad por la sencilla razón de que una y otra no son variables independientes en el juicio sobre la corrección de la actividad: conforme aumentan las horas de dedicación, un trabajo sin interrupción es siempre descuidado. Para cualquier legislador, juez o tribunal razonables es negligente el trabajo realizado sin las pausas y descansos que la actividad exige. Por tanto, el nivel de actividad pertenece al nivel de cuidado en toda actividad humana individual.

En el análisis económico del derecho, la afirmación anterior ha sido siempre aceptada por el mejor análisis. Así, SHAVELL (2003), 181-182: "Suppose, as would be usual, that there is more than one dimension of an injurer's behavior that affects accident risks (...) In this situation, under strict liability an injurer would be led to choose optimal levels of *all* dimensions of care, because his goal would be to minimize his expected total costs. But under the negligence rule, an injurer would have a motive to choose optimal levels *only* of those dimensions of care that are incorporated in the due care standard.

---

<sup>25</sup> SHAVELL (1980), 1-25 introduce la distinción entre los niveles de actividad y los niveles de cuidado. LANDES/POSNER (1987), 66: "The most interesting respect in which negligence and strict liability differ concerns the incentive to avoid accidents by reducing the level of an activity rather than by increasing the care with which the activity is conducted". En el mismo sentido, SHAVELL (1987), 24: "Under both strict liability and the negligence rule injurers are led to take socially optimal levels of care, but under the negligence rule they engage in their activity to great an extent because, unlike under strict liability, they do not pay for the accident losses they cause", y más recientemente, SHAVELL (2004), 205: "As stressed in the analysis, the use of strict liability rather than negligence rules in areas of behavior where activities create high risks, despite the exercise of reasonable care, has the advantage of tending to reduce in a desirable way participation in these activities. This theoretical advantage seems consistent with reality in the sense that the impression given by the foregoing section is that the areas of activity covered by strict liability are *generally* more dangerous than those covered by negligence rules (certainly the reverse is not true)."

<sup>26</sup> Para la definición de los niveles de cuidado, véase DARI-MATTIACCI (2003) y (2004).

And in fact some dimensions of care will usually be omitted from the due care standard because of difficulties that courts would face in ascertaining them (...) or in determining proper behavior in respect to them."

## 2.2.2. Actividades estructuradas conforme a principios de división del trabajo

Empresas y organizaciones complejas, organizadas según principios de división del trabajo, pueden, a diferencia de los individuos, aprovechar las ventajas del trabajo por turnos. Una fundición o un hospital funcionan día y noche porque sus trabajadores hacen turnos y se sustituyen cada varias horas. Por tanto, para esas organizaciones, el control del nivel de actividad puede distinguirse fácilmente del deber de cuidado, lo que permite imponer a la organización misma un estándar de responsabilidad objetiva. Por esta razón, los modelos tradicionales de responsabilidad por hecho ajeno y de responsabilidad objetiva funcionan correctamente para organizaciones<sup>27</sup>, pero no para los individuos que desarrollan actividades individuales no organizadas conforme a los principios del trabajo por turnos.

En resumen, y desde una perspectiva económica, cuando la ley define los límites de la responsabilidad debe identificar quién, de entre todos los demandados potenciales, presenta un menor coste de oportunidad de evitar el daño (*least-cost avoider*)<sup>28</sup> o, en los casos en que el daño sea inevitable, quién puede asumir el riesgo a menor coste (*cheapest risk manager*): el daño no será imputado a un colectivo de responsables potenciales si, en las mismas circunstancias, evitar el daño o reducir el riesgo suponen un coste menor para otros agentes. Decidir de otra forma sería desatender el criterio más básico de imputación objetiva: la adecuación.

## 2.2.3. Responsabilidad objetiva y definición ex ante del ámbito de responsabilidad

Hay que tener en cuenta, además, que una determinación *ex ante* del círculo de responsables, como sucede en la mayoría de los supuestos en que se aplica un estándar de responsabilidad objetiva, es menos costosa que dejar en manos de los jueces y tribunales la determinación *ex post* del nivel de cuidado o la definición misma del grupo de potenciales responsables. Por ello, la responsabilidad objetiva se predica, tradicionalmente, de tres tipos de agentes:

- a) Quienes desarrollan una actividad altamente arriesgada.

El ejemplo clásico es el de *Rylands v. Fletcher* (1865 3 H&C 774 159 Eng. Rep. 737). Los demandados eran propietarios de un molino y para asegurarse el suministro de agua construyeron un embalse en un terreno superior. El demandante perforaba bajo ese terreno una mina de carbón. Los demandados contrataron a un ingeniero y a varios contratistas para llevar a cabo la obra, que se construyó sobre unos

---

<sup>27</sup> KORNHAUSER (1983), 1350: "(...) assignment of liability to the agent may be inadequate because most injuries result from a complicated combination of acts by various agents".

<sup>28</sup> SHAVELL, (2003), 189: "The notion of least-cost avoider applies in situations in which the risk of accidents will be eliminated if either injurers or victims take care. In such situations it is clearly wasteful for both injurers and victims to take care; rather, it is optimal for the type of parties who can prevent accidents at least cost -the least-cost avoiders- alone to take care."

pozos abandonados que, como se comprobó después, estaban conectados con la mina del demandante. Al llenar el embalse, la mina se inundó. La Cámara de los Lores determinó la responsabilidad de los demandados pues habían destinado el terreno a un uso no previsto.

La *Section 519, General Principle, Restatement (Second) of Torts* (1977), disponía la más clásica regla de responsabilidad objetiva aunque, inmediatamente después, estableciera un principio de incremento del riesgo que limitaba la primera:

- (1) One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm.
- (2) This strict liability is limited to the kind of harm, the possibility of which makes the activity abnormally dangerous.

Del mismo modo, la *Section 20, Abnormally Dangerous Activities, of the Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft)* (Current through April 2005):

- (a) A defendant who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.
- (b) An activity is abnormally dangerous if:
  - (1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and
  - (2) the activity is not a matter of common usage.

Además, como ya se ha visto, la *Section 29* prevé que no hay responsabilidad por daños diferentes a los debidos a la conducta arriesgada llevada a cabo por el demandado.

En estos casos, las condenas corresponden siempre a “classes of activities, such as drilling for oil, (...) or fumigation (...) and, more recently, gasoline storage”<sup>29</sup> que se han sumado a otros ejemplos históricos, como los explosivos o los animales peligrosos. En todos ellos, es fácil identificar *ex ante* a los potenciales responsables y, de hecho, muchas de esas actividades arriesgadas están intensamente reguladas.

b) Quienes son titulares de actividades organizadas bajo el principio de división del trabajo.

Los ejemplos más típicos son la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos y la responsabilidad por hecho ajeno.

La responsabilidad objetiva es, quizás, la única solución viable en las actividades productivas, la única capaz de prevenir un excesivo nivel de actividad sin limitar el mercado: dejar en manos de legisladores y jueces la determinación del nivel óptimo de actividad puede ser equivalente a una implosión económica.

SHAVELL (2004), 211: “[I]f courts were to decide on permitted levels of production, they would have to determine and balance costs of production against consumer valuations. The courts problem, in other words, would be tantamount to that of devising production responsibilities in a centrally planned economy”. Si no fuera por este obstáculo la responsabilidad por culpa sería una buena regla: “The failing

---

<sup>29</sup> EPSTEIN (2004), 596.

of the negligence rule results from an implicit assumption that the standard of behaviour for determining negligence is defined only in terms of the level of care (...). Were the negligence standard defined so as to include the activity level, injurers would make sure not to engage in their activity to an excessive extent in order to avoid a finding of negligence (...) To formulate a standard for the level of activity, courts would need to ascertain the character of the benefits that parties derive from their activities" (...) Establishing an individual's level of activity would require knowledge of what [the defendant] did in the past" (*ibidem*, p. 198).

Sin embargo, en los casos en que se juzgan actividades individuales estas dificultades se presentan en menor grado y, frecuentemente, es más fácil determinar el nivel de actividad que el nivel de cuidado: ¿cuándo empezaron a trabajar el guardián, el médico o la enfermera el día del accidente? Cuando el accidente tuvo lugar, es más fácil responder a esta pregunta que determinar los respectivos niveles de cuidado. La asunción básica del modelo de precaución (que el comportamiento estándar para determinar la negligencia debe ser definido siempre en términos de nivel de cuidado y nunca en función del nivel de actividad) es una simplificación.

Un razonamiento muy similar al anterior se aplica a los casos de responsabilidad por hecho ajeno y a los sistemas de compensación de accidentes de trabajo.

c) Aquellos que libremente han asumido roles cuyo control del nivel de actividad o de cuidado es muy costoso.

Se trata del ámbito típico de aplicación de la negligencia presunta:

"Courts say they adhere to the reasonable person standard of care but they attempt to create specific rules of conduct that they then declare to be the rule the reasonable person will always follow. One result in these cases is that the general standard is left behind and specific rules are put in its place." (DOBBS (2000), 309).

Sin embargo, ¿por qué razón los roles profesionales como médicos, abogados o contables siguen estando sujetos a un estándar de responsabilidad por culpa? Quizá porque se trata de actividades fácilmente reconocibles y diferenciables de la actividad de las organizaciones a la que pertenecen (hospitales y firmas de abogados o de contabilidad) y, también, posiblemente, porque los servicios prestados por ese tipo de profesionales se llevan a cabo por encargo y, por tanto, pueden ser analizados de forma individual en cada caso.

Por igual razón, la responsabilidad por culpa se aplica a los roles individuales o sociales asociados a actividades que condicionan nuestra pertenencia a la comunidad. Se trata de actividades que el *Restatement* califica de comunes y que excluye del ámbito de la responsabilidad objetiva: conforman nuestra vida cotidiana y están sometidas al imperio de la responsabilidad por culpa. A ninguno de nosotros se nos preguntó si queríamos nacer como un niño y ninguno pudo impedir después crecer como un adulto. Del mismo modo, muchas actividades cotidianas deben desarrollarse sin control alguno, por lo menos en una sociedad libre, porque el control social de su nivel de actividad sería intolerable (además de prohibitivamente caro). La regla de la responsabilidad por culpa es la apropiada para este tipo de actividades.

### **3. Doctrinas sobre la determinación del ámbito de responsabilidad en el Civil law y en el Common law**

En el derecho norteamericano el *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft)* (*Current through April 2005*), Chapter 6, *Scope of Liability*, ha propuesto una categoría común a la responsabilidad por culpa y a la objetiva que denomina 'ámbito o alcance de responsabilidad' (*Scope of Liability*) y que emplea para referirse a los límites de la responsabilidad por un daño. De acuerdo con el ya citado §29 ("An actor's liability is limited to those physical harms that result from the risks that made that actor's conduct tortious"), prevalece aquí el criterio del incremento del riesgo. "The idea is" escriben los *Reporters* "that an actor should be held liable only for harm that was among the potential harms -the risks- that made the actor's conduct tortious" (*Comment d*)<sup>30</sup>.

En el derecho continental europeo las diferentes doctrinas de determinación del ámbito de responsabilidad se analizan bajo las rúbricas de *Objektive Zurechnungslehre*, en Alemania, *imputación objetiva*, en España o *imputação objetiva* en Portugal.<sup>31</sup> Cada uno de los criterios siguientes tiene su equivalente en el *Common law*:

a) **Causalidad adecuada o adecuación (Adäquanztheorie, Foresight Test).** Una causación sólo es jurídicamente relevante cuando no resulta muy improbable. Este criterio se aplica tradicionalmente a supuestos de responsabilidad por culpa pero no a sectores de actividad regidos por un estándar de responsabilidad objetiva.

Pero la causalidad adecuada ha sido tradicionalmente criticada como un criterio no apto para determinar la responsabilidad. La previsibilidad puede ser definida de forma estadística, como una probabilidad en sentido técnico, o conforme a criterios de sentido común o de experiencia. Si se aplica la primera concepción de la previsibilidad, no queda claro si la probabilidad debe cifrarse en atención a criterios objetivos o como simple probabilidad subjetiva. Si se aplica la segunda, no existe un criterio objetivo de previsibilidad.

De todos modos, en el momento en el que la previsibilidad define el ámbito de responsabilidad por negligencia como diferente del propio de la responsabilidad objetiva, puede afirmarse que esta última permite responsabilizar a quien crea o incrementa el riesgo de producción de daños improbables. La responsabilidad objetiva sería así la responsabilidad asociada a riesgos imprevisibles o incuantificables. Sin embargo, el resto de criterios de imputación objetiva limitan la responsabilidad -también la objetiva- en casos en que el daño es imprevisible.

Así, en la STS, 1ª. 1.4.1997 (Ar. 2724): un atracador forcejó e hirió con una navaja a la actora, una mujer que, de madrugada, había entrado en un local con cajero automático de la entidad bancaria luego demandada. El cerrojo de la puerta estaba roto. La actora reclamó a la demandada una indemnización de 90.152 euros. En primera instancia su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El TS confirmó la

---

<sup>30</sup> El incremento del riesgo concreta el alcance del test de la previsibilidad. Véase ABRAHAM (2002), 120.

<sup>31</sup> Véase, Pablo SALVADOR (2002), 7-12. El trabajo de referencia en Europa es el de Günther JAKOBS (1993).

decisión de la Audiencia con razones referidas a la causalidad adecuada: “(...) para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; (...) una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido (...) [E]s precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo” (F. J. 2). Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución.

**b) Riesgo permitido o riesgos generales de la vida (Erlaubte Risiken, General Life Risks).** Los humanos vivimos en sociedades caracterizadas por un grado más o menos intenso de división del trabajo y por distintos modos de interacción entre quienes las componemos. Mas una y otros sólo resultan posibles si estamos dispuestos a reconocer que muchas conductas arriesgadas están efectivamente permitidas y que, por lo tanto, el agente no habrá de responder por la concreción del riesgo asociado a su desarrollo.

El caso de la STS, 3<sup>a</sup>, 29.10.1998 (Ar. 8421) es ilustrativo: un joven que se tiró al mar desde el rompeolas murió ahogado. Su madre pretendió en vano responsabilizar a la Junta de Cantabria por no haber señalizado el lugar como peligroso: el mar siempre lo es y no es razonable señalar toda la costa.

**c) Principio de confianza (Vertrauensgrundsatz, bilateral care).** Muchos accidentes sólo pueden ser prevenidos por el demandado, pues sólo él puede modificar con su conducta el riesgo de producción del perjuicio (cuidado unilateral). Sin embargo, la vida va por delante de los modelos y, en la interacción social, muchos riesgos de accidente son evitables, por lo menos hasta cierto punto, tanto por el agente como por la víctima, es decir, en muchos casos, la víctima también pudo hacer algo para eliminar o reducir el riesgo de sufrir un daño. Una buena regla de responsabilidad que asumiera la creciente división del trabajo excluiría la responsabilidad en los casos en que el demandado actuó con la esperanza de que la víctima se comportaría con el cuidado debido (o, por lo menos, que no actuaría de forma irracional). Hasta donde nos alcanza, la compensación de culpas es una excepción universalmente admitida tanto en regímenes de responsabilidad por culpa como de responsabilidad objetiva. Una razón más para pensar que las virtudes de la responsabilidad objetiva, como regla autónoma y superior a la negligencia, se han exagerado en los últimos cien años.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Los manuales, estudios doctrinales y análisis de casos del análisis económico del derecho empiezan los capítulos dedicados a la responsabilidad por culpa y a la responsabilidad objetiva con modelos de precaución unilateral y, después, introducen y desarrollan modelos de precaución bilateral con negligencia contributiva y comparativa. Esta manera de presentación es clara y facilita la explicación, pero no obedece a la realidad: en la vida real, la precaución bilateral es relevante: en la mayoría de los casos el comportamiento de la víctima pueden considerarse relevantes en la causación del daño. Sin embargo, el análisis doctrinal define ‘accidente’ en términos individuales: de acuerdo con Steven SHAVELL (1987), 6, 9-10, los accidentes son unilaterales cuando “injurer’s behavior will be assumed to affect accident risks, but victim’s behavior will not. In other words, victims will have no role in the analysis.” En la versión bilateral del modelo “it is assumed that victims as well as injurers can take care and thereby lower accident risks. The way in which injurers choose to behave may depend on the way

**d) Prohibición de regreso (Regressverbot und Garantenstellung, remoteness).** La prohibición de regreso es, valga la redundancia, el más objetivo de los criterios de imputación objetiva, a diferencia de lo que sucede con el criterio de la previsibilidad que, como se ha visto, tiende a la subjetividad. El criterio de la prohibición de regreso impide retroceder en el curso causal para imputar a un agente las consecuencias de un determinado resultado originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero. Sin embargo, ambas caras de la luna son, en este caso, oscuras. La prohibición de regreso no funciona bien como test de responsabilidad - como sucedía con la previsibilidad- porque sin el contexto de los hechos su definición es demasiado imprecisa.

**e) Infracción de la norma de cuidado (Schutzbereich der Norm, breach of statutory duties).** En algunos casos, el círculo de responsables potenciales está definido por la norma. Así, por ejemplo, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos se impone a sus fabricantes e importadores pero no a los demás distribuidores; en otros casos, la ley determina quiénes son los potenciales demandados pues les impone un deber de cuidado a favor de las víctimas potenciales. En un régimen de responsabilidad por culpa, la definición legal del ámbito de responsabilidad supone la negligencia *per se* (negligencia presunta). El ámbito de responsabilidad propio de un régimen de responsabilidad objetiva está, en la mayoría de las jurisdicciones, definido exclusivamente por la Ley.<sup>33</sup> En la medida en que la infracción de deberes legales es común a ambos regímenes de responsabilidad, la distinción entre la negligencia y la responsabilidad objetiva se empaña.

**f) Consentimiento de la víctima (Einverständigung, victim's consent).** En algunos casos, los daños lo son porque suponen una interferencia no querida en la persona o en la propiedad de la

victims behave, and conversely". De igual modo, MICELI (1997), 16-20. Los modelos estándares de precaución eficiente en causación bilateral confrontan la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva y concluyen que la última es mejor solución que la primera porque la responsabilidad objetiva permite controlar tanto el nivel de actividad como el nivel de cuidado.

Pero la distinción se empaña a renglón seguido cuando los autores escriben que la responsabilidad objetiva no funciona bien en accidentes bilaterales si no cuenta con una regla de negligencia contributiva o comparativa. Por tanto, el resultado es que el deber de cuidado es expulsado de la esfera de influencia del demandado, para entrar en el de la víctima. Los modelos de cuidado unilateral asumen que la responsabilidad objetiva pura es superior a la regla de la responsabilidad por culpa porque la primera controla tanto niveles de cuidado como de actividad. Ya se han discutido las asunciones del modelo *supra*. Ahora nos centramos sólo en constatar que, en cuidado bilateral, no existe una regla pura de responsabilidad objetiva sin el correctivo de la negligencia comparativa. Así, el fundamento común a ambos regímenes -negligencia y responsabilidad objetiva- que proveen los criterios de imputación objetiva es más claro por la necesidad de contar con la negligencia comparativa en los accidentes bilaterales: de hecho no existen muchos sectores en que se aplique un régimen de responsabilidad objetiva y que no cuenten, además, con el correctivo de la negligencia contributiva. Entonces, y asumido que el cuidado bilateral es el modelo por excelencia en la vida real, hay dos razones adicionales para defender que las diferentes reglas de responsabilidad están situadas en un *continuum* entre la responsabilidad por infracción de deberes de cuidado y la responsabilidad por daños imprevisibles.

<sup>33</sup> Véase, para el derecho alemán de daños, Dieter MEDICUS (2003), 410.

víctima, como sucede típicamente con los causados con dolo. En tales supuestos, el consentimiento de la víctima es una excepción obvia a las reclamaciones contra el demandado, pues elimina un elemento (quizá el básico) del daño. En otros casos, el consentimiento que la víctima prestó al agente que creó o incrementó el riesgo más allá del riesgo general de la vida es aceptado por el sistema legal, pues la ley deja en manos de la víctima potencial la decisión de someterse a tal riesgo. En un tercer grupo de casos, el consentimiento de la víctima es usado por los tribunales para determinar los límites del deber de cuidado del demandado (DOBBS (2000), 537).

**g) Asunción de riesgo (*Einwilligung und handlen auf eigene Gefahr, assumption of risk*).** En otros casos la ley no reconoce a los potenciales agentes decisión alguna sobre la creación o el incremento del riesgo. Así, dos conductores en una autopista no pueden decidir correr una carrera, pero si lo hacen y uno causa daños a otro, serán de aplicación las reglas de la negligencia comparativa. En tales situaciones, los tribunales entienden que el demandante asumió el riesgo (DOBBS (2000), 534-535).

#### **4. Un modelo para la definición eficiente del ámbito de responsabilidad**

En este apartado, tratamos de demostrar la tesis fundamental del trabajo a partir del modelo clásico de responsabilidad del análisis económico del derecho (SHAVELL, 1981). En primer lugar, se señala que cuando el estándar legal de responsabilidad impone de forma correcta el nivel de cuidado a toda la población, la definición del ámbito de responsabilidad es irrelevante. Sin embargo, y como las cosas no son desgraciadamente así, -pues las reglas de responsabilidad no siempre suponen niveles eficientes de cuidado en sus sujetos- la definición correcta del ámbito de responsabilidad es más que relevante. Como ya se ha indicado al inicio, mostramos ahora formalmente los efectos de la escasa atención que el análisis tradicional ha prestado a la importancia de la determinación del colectivo de potenciales responsables. Finalmente, se introducen en el modelo los costes de adjudicación (en el sentido en que LANDES/POSNER, 1987, emplean esta expresión) para mostrar que los resultados resisten todas las especificaciones del modelo.

Supongamos que la probabilidad de un determinado accidente puede ser reducida si los individuos  $i=1,\dots,J$ , (agente o agentes, víctima o víctimas y terceros perjudicados) son precavidos. La probabilidad de que ocurra un accidente es  $p(x_1,x_2,\dots,x_j)$  y el coste social es  $H$ . El nivel de precaución de un individuo  $i=1,2,\dots,J$  y el coste de esa precaución viene representado por  $c_i x_i$ , donde  $c_i$  mide el coste de oportunidad individual de la precaución. La probabilidad de que ocurra el accidente es decreciente para cada nivel de precaución, pues satisface la usual asunción de convexidad. Finalmente, ordenamos a los individuos según el nivel de los respectivos costes de oportunidad desde el que presenta un coste menor al que manifiesta un coste superior,  $c_1 < c_2 < \dots < c_j$ .

El modelo consta de dos momentos:

- (1) En un primer momento, el legislador decide el ámbito de responsabilidad. La determinación del ámbito de responsabilidad define el número de potenciales responsables del daño. Definimos  $T$  como el individuo responsable del accidente que presenta un coste de oportunidad mayor, de modo que los individuos  $i=T+1,\dots,J$  no son responsables.
- (2) En un segundo momento, y dado un determinado ámbito de responsabilidad, el legislador decide qué regla de responsabilidad será de aplicación a ese sector de actividad para asegurar una precaución eficiente.

Para la solución del subjuego, resolvemos el juego hacia atrás. Para un  $T$  determinado, hallamos la precaución eficiente y decidimos qué regla de responsabilidad debe aplicarse. Después, volvemos al primer momento del juego y proponemos una definición eficiente del ámbito de responsabilidad.

#### **4.1. Segundo momento: reglas de responsabilidad y precaución eficiente**

Evitar los accidentes al menor coste posible impone minimizar el coste esperado de los accidentes para un determinado  $T$  (potenciales individuos responsables):

$$p(x_1, x_2, \dots, x_T) H + \sum_{i=1}^T c_i x_i$$

Cuyas condiciones de primer orden son:

$$\frac{\partial p(\cdot)}{\partial x_i} H + c_i \leq 0; i = 1, \dots, T$$

A nivel general, el nivel óptimo de precaución para cada individuo debe satisfacer la condición de primer orden anterior, que es creciente respecto del coste social  $H$  pero decreciente respecto del coste de oportunidad individual  $c_i$ .

En algunos casos, puede ser que para determinados niveles de  $k$  y para todos  $x_k$ ,

$$-\frac{\partial p(\cdot)}{\partial x_k} H < c_k$$

El beneficio marginal de la precaución es siempre estrictamente menor que el coste marginal, por tanto, el nivel óptimo de precaución para un nivel  $k$  es cero.

Si todos los individuos  $i=1,\dots,T$  disponen de capacidades similares para reducir la probabilidad del accidente, el individuo con el coste de oportunidad menor (individuo 1) adoptará el mayor

nivel de precaución, mientras que el individuo con el mayor coste de oportunidad (individuo T) adoptará el menor nivel de precaución (eventualmente cero). El resultado puede presentarse de forma inversa si el individuo T dispone de mayor capacidad para evitar el accidente que el individuo 1.

Los niveles eficientes de precaución pueden describirse como  $(x_1^*, x_2^*, \dots, X_T^*)$ . La literatura académica se ha centrado en los efectos sobre la prevención de las diferentes reglas de responsabilidad y en su habilidad para generar una precaución eficiente (Steven SHAVELL, 1987; Thomas MICELI, 1997). Existe, sin embargo, una controversia sobre la mejor manera de proveer incentivos a la precaución en negligencia comparativa y en negligencia contributiva (Robert COOTER/Thomas ULEN, 1986; Tai-Yeong CHANG, 1993, Oren BAR-GILL y Ben SAHAR, 2003).

Consideramos dos alternativas para evaluar el nivel óptimo de responsabilidad: (i) existe una regla eficiente de responsabilidad y la precaución eficiente es posible; (ii) no existe una regla de responsabilidad y no hay precaución eficiente alguna.

#### **4.2. Primer momento: ámbito de responsabilidad**

Dada una determinada solución para el segundo momento del juego, el legislador debe decidir un ámbito de responsabilidad que provea resultados eficientes. El nivel óptimo de responsabilidad será  $T$  y no  $T+1$  si y sólo si se cumple la siguiente condición, es decir, si el coste esperado es menor para  $T$  que para  $T+1$  cuando ambos individuos son potencialmente responsables del accidente:

$$p(x_1^*, x_2^*, \dots, x_T^*; 0, \dots, 0)H + \sum_{i=1}^T c_i x_i^* < p(x_1^{**}, x_2^{**}, \dots, x_T^{**}, x_{T+1}^{**}; 0, \dots, 0)H + \sum_{i=1}^{T+1} c_i x_i^{**}$$

Téngase en cuenta que los niveles de precaución no son los mismos para los dos lados de la inecuación. Añadir un individuo más al grupo de potenciales responsables puede suponer una reducción en la precaución del resto de individuos. Ordenando la expresión anterior obtenemos:

$$\Delta p(\cdot)H + \sum_{i=1}^T c_i \Delta x_i < c_{T+1} x_{T+1}^{**}$$

En la parte izquierda se representa el beneficio de añadir un sujeto más en los contemplados por el ámbito de la responsabilidad. En primer lugar, se produce una reducción de la probabilidad de que ocurra el accidente. En segundo lugar, suponemos una reducción del coste total de precaución llevada a cabo por el primer individuo  $T$  (dado que se reduce la precaución si más de uno los individuos es potencialmente responsable). En la parte derecha, se representa el coste de añadir  $T+1$  individuos responsables. Obviamente, no deben añadirse  $T+1$  si el beneficio es menor que los costes.

La definición eficiente del ámbito de responsabilidad viene determinada por tres factores: (i) el coste de oportunidad del individuo  $T+1$  (el mayor coste es el de oportunidad); (ii) la efectividad de la precaución adoptada por  $T+1$  (para evitar el accidente la mejor posición es la de  $T+1$ ); (iii) el comportamiento estratégico del resto de  $T$  individuos (la reacción de los individuos cuando se añade uno nuevo al colectivo de potenciales responsables).

El legislador debe valorar todos los posibles valores de  $T$ , desde  $0,1,\dots,J$  para determinar el ámbito eficiente de responsabilidad. Pueden considerarse cuatro posibles supuestos:

- (i)  $T=0$  (no responsabilidad). La solución es eficiente si el daño es relativamente bajo en comparación con los costes de oportunidad de la precaución, es decir,

$$\Delta p(.)H < c_1 x_1$$

- (ii)  $T=1$  (responsabilidad objetiva). Sólo un individuo es responsable. La solución es eficiente si el daño no es muy elevado en comparación con los costes de oportunidad de la precaución,

$$c_1 x_1 < \Delta p(.)H < c_2 x_2 - c_1 \Delta x_1$$

- (iii)  $1 < T < J$  (negligencia contributiva o comparativa para un grupo de individuos). La solución será eficiente si el daño es razonablemente alto en comparación con los costes de oportunidad de evitarlo,

$$c_2 x_2 - c_1 \Delta x_1 < \Delta p(.)H < c_J x_J - \sum_{i=1}^{J-1} c_i \Delta x_i$$

- (iv)  $T=J$  (negligencia contributiva o comparativa para todos los individuos del grupo de potenciales responsables). Se trata de la solución eficiente para los casos en que el coste del daño es muy elevado dados los costes de oportunidad de su evitación,

$$\Delta p(.)H > c_J x_J - \sum_{i=1}^{J-1} c_i \Delta x_i$$

Si la precaución es eficaz, es decir, cuando existe una regla eficiente de responsabilidad y la precaución que impone es asumible, el ámbito de responsabilidad debe ser necesariamente  $T=J$ . Ello es así porque cada individuo es potencialmente responsable, pero para algunos individuos el coste de oportunidad de evitar el daño es cero (aquellos que disponen de pocas posibilidades de evitar el daño y tienen unos costes de oportunidad elevados). El modelo no asocia ningún coste a la determinación del ámbito de responsabilidad más o menos amplio y asume que es posible imponer un nivel eficiente de precaución a todos los individuos. Así se asume de forma general

en la literatura económica sobre responsabilidad (Steven SHAVELL, 1987; Thomas MICELI, 1997) y puede ser la razón por la que los economistas no han prestado suficiente atención a la definición del ámbito de responsabilidad.

Sin embargo, si la precaución no es eficiente por la falta de una regla eficiente de responsabilidad o es imposible actuar conforme a ella por una información imperfecta, disonancias cognitivas o problemas de solvencia, en ese caso el ámbito de responsabilidad debe ser  $T < J$ . En otras palabras, la limitación del ámbito de responsabilidad es una cuestión clave cuando la primera solución no es alcanzable. Así, comprobamos que la responsabilidad por culpa o la responsabilidad objetiva no son dos reglas alternativas de responsabilidad, sino el producto de una definición eficiente del ámbito de responsabilidad.

#### **4.3. Modelo con costes de adjudicación**

Según William LANDES y Richard POSNER (1981), debemos considerar los costes judiciales y de administración de la responsabilidad que asumimos estrictamente crecientes con el aumento de potenciales responsables. Definimos los costes de responsabilidad como  $L(T)$  cuando  $T$  individuos son potencialmente responsables, donde  $L(\cdot)$  es creciente en  $T$  y satisface la habitual asunción de convexidad.

La condición de eficiencia del ámbito de responsabilidad no es diferente a (1) pero:

$$\Delta p(\cdot)(H + L(T)) + \sum_{i=1}^T c_i \Delta x_i < c_{T+1} x_{T+1}^{**} + p^{**}(\cdot) \Delta L \quad (2)$$

Donde  $\Delta L = L(T+1) - L(T)$  y los costes judiciales y administrativos sólo tienen lugar cuando sucede el daño.

Añadir una persona más al grupo de potenciales responsables tiene dos efectos en términos de costes de responsabilidad. Por un lado, la probabilidad de soportar esos costes se reduce (así lo representa el nuevo término en la parte izquierda de la inecuación). Por otro lado, los costes de responsabilidad son superiores. Para un elevado número de  $T$ , hemos de suponer que la reducción en la probabilidad del accidente es menor que el aumento de los costes de adjudicación, por este motivo, tienen menos peso en el lado izquierdo de la inecuación que en el derecho. Por tanto, podemos afirmar que los costes de determinación de la responsabilidad pueden restringir el ámbito de responsabilidad.

#### **5. Conclusiones**

La explicación tradicional del derecho de daños asocia la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva a la causación de un daño. La responsabilidad por negligencia exige, sin embargo y a diferencia de la denominada responsabilidad objetiva, que el causante haya

infringido además un concreto deber de precaución. De acuerdo con esta explicación, los modelos del análisis económico del derecho asumen la distinción entre infracción del deber de precaución y causalidad cuando diferencian la responsabilidad objetiva de la negligencia. En cierto sentido, la distinción es obvia, pues el incumplimiento del deber de precaución crea o aumenta el riesgo de producción del daño mientras que la causalidad, definida con ayuda del (más que dudoso) criterio de la *condicione sine qua non*, evidencia la producción efectiva del perjuicio y, por tanto, la concreción de ese riesgo. Sin embargo, los criterios de imputación objetiva, que reproducen muchos –si no todos- de los elementos del deber de precaución, limitan el ámbito de eficacia tradicionalmente atribuido a la causalidad. Tras la adopción generalizada de los criterios de imputación objetiva, la distinción entre los dos regímenes de responsabilidad deviene poco operativa: la exigencia de imputación objetiva del daño al comportamiento de agente difumina las diferencias entre causación y deber de precaución, que se sitúan en un *continuum* a lo largo del trazado de una misma línea.

Así, la decisión sobre la regla de responsabilidad que debe regir en un concreto sector de actividad no oscila entre la negligencia y la responsabilidad objetiva, sino que se refiere, más bien, a la identificación de los responsables potenciales. En otras palabras, la decisión fundamental del derecho de daños radica en la definición de los límites de la responsabilidad y, por tanto, en la identificación de las personas o entidades que podrán tener que responder del daño sufrido por la víctima: labor que suele llevar a cabo *ex ante* la legislación o una jurisprudencia consolidada.

A partir del análisis de Steven SHAVELL, conforme al cual el nivel de actividad del agente forma parte del estándar de la precaución debida, el trabajo mantiene que, si bien tal afirmación es cierta para la mayoría de actividades humanas, no lo es para las desarrolladas por organizaciones complejas –organizadas con criterios de división del trabajo- ni para supuestos en los que el control legal o judicial del nivel de actividad supone un coste insignificante. Así, muchas de las cuestiones legales sobre la infracción del deber de precaución que se plantearían en un régimen de responsabilidad por culpa son resueltas *ex ante* por el legislador o soslayadas *ex post* por los criterios de imputación objetiva.

La tesis básica del trabajo defiende que tanto la responsabilidad por culpa como la objetiva pretenden identificar quién pudo evitar el daño de forma más barata (*el cheapest cost avoider*) o, en el caso de daños inevitables, quién está en mejores condiciones de asegurarlos. De todos modos, la responsabilidad por culpa aplica en dos ocasiones –*ex ante* y *ex post*- la fórmula de Hand, mientras que la responsabilidad objetiva sólo lo hace una vez y, generalmente, *ex ante*. En el límite, los sistemas de compensación de daños basados en la responsabilidad absoluta (como el previsto para los accidentes de trabajo) sustituyen la labor judicial de identificación tanto de la relación causal como de la existencia e infracción de un deber de precaución: los responsables potenciales están identificados por la ley y, *ex post*, sólo resta comprobar la existencia, gravedad, tiempo y lugar del daño.

## Bibliografía

Kenneth S. ABRAHAM (2002), *The Forms and Functions of Tort Law* 2<sup>nd</sup> edition, Foundation Press, New York.

Francis BACON (1630), The Elements of the Common Laws of England. *Apud Epstein* (2004), 435.

Oren BAR-GILL and Omri BEN-SHAHAR (2003), "The Uneasy Case for Comparative Negligence," 5 *American Law and Economics Review* 433-469.

John Prater BROWN (1973), "Toward an Economic Theory of Liability", 2 *Journal of Legal Studies* 323-349.

Tai-Yeong CHUNG (1993), "Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis," 22 *Journal of Legal Studies* 395-404.

Guido CALABRESI (1961), "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal* 157-198.

Guido CALABRESI (1965), "The Decision for Accidents: An Approach to No Fault Allocation of Costs". 78 *Harvard Law Review* 713-745.

Guido CALABRESI (1967), *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, New Haven.

Guido CALABRESI (1975), "Concerning Cause and the Law of Torts", 43 *University of Chicago Law Review* 43-169.

Robert COOTER (1985), "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution", 73 *California Law Review* 1-51.

Robert COOTER (1987), "Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation", 63 *Chicago-Kent Law Review* 523-551.

Robert COOTER and Thomas ULEN (1986), "An Economic Case for Comparative Negligence," 61 *New York University Law Review* 1067-1110.

Robert COOTER y Thomas ULEN (2004), *Law and Economics*, 4<sup>th</sup> edition, Addison Wesley, Reading, Massachusetts.

Richard L. CUPP, Jr. (2002), Proximate Cause, The Proposed Basic Principles Restatement, and Products Liability, 53 *South Carolina Law Review* 1085-1102.

Giuseppe DARI-MATTIACCI (2003), "Activity vs. Care and the Design of Liability Rules", Utrecht School of Economics Discussion Paper Series.

Giuseppe DARI-MATTIACCI (2004), "On the Optimal Scope of Negligence", George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-39.

José Antonio DÍAZ y Ulises MOULINES (1997), *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, Ariel, Barcelona.

Dan D. DOBBS (2000), *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota.

Richard EPSTEIN (2004), *Cases and Material on Torts*, 8<sup>th</sup> edition, Aspen, New York.

John G. FLEMING (1998), *Law of Torts*, 9<sup>th</sup> edition, Law Book Company, Sydney.

Richard FUMERTON y Ken KRESS (2001), "Causation and the Law: Preemption, Lawful Sufficiency and Causal Sufficiency", 64 *Law and Contemporary Problems* 83-105.

Mark F. GRADY (1983), "A New Positive Economic Theory of Negligence", 92 *Yale Law Journal* 799-829.

Mark F. GRADY (1987), "Why are People Negligent? Technology, Non-durable Precautions and the Medical Malpractice Explosion", 82 *Northwestern University Law Review* 293.

James A. HENDERSON y Aaron D. TWERSKY (2000), Intuition and Technology in Product Design Litigation: An essay on Proximate Causation, 88 *Georgetown Law Review* 659-689.

James A. HENDERSON y Aaron D. TWERSKY (2001), "Intent and Recklessness in Tort: The Practical Craft of Restating Law", 54 *Vanderbilt Law Review* 1133-1156.

James A. HENDERSON (2002), "Why Negligence Dominates Tort?", 50 *UCLA Law Review* 377-405.

Günther JAKOBS (1993), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Beck, München.

Nils JANSEN (2005), *Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen,

Marcel KAHAN (1989), "Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule", 18 *Journal of Legal Studies* 427-447.

Max KASER (2002), *Römisches Privatrecht*, Juristische Kurzlehrbücher, Beck, München.

William LANDES y Richard POSNER (1981), "The Positive Economic Theory of Tort Law," 15 *Georgia Law Review* 851-924.

William LANDES y Richard POSNER (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

W. S. MALONE (1956), "Ruminations on Cause-in-Fact", 9 *Stanford Law Review* 60-.

Dieter MEDICUS (2003), *Schuldrecht*, 14. Auflage, C. H. Beck, München.

Thomas J. MICELI (1997), *Economics of the Law*, Oxford University Press, New York.

Thomas J. MICELI (2004), *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, 2004.

Jesús MOSTERÍN (1987), *Racionalidad y acción humana*, 2nd ed. Alianza Universidad, Madrid.

Richard A. POSNER (1972), "A Theory of Negligence", 1 *Journal of Legal Studies* 28-96.

Richard A. POSNER (2002), *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York.

William Lloyd PROSSER (1984), *Torts*, 5<sup>th</sup> edition, West Group, St. Paul, Minnesota.

Pablo SALVADOR (2002), "Causalidad y responsabilidad", *InDret* 02/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Pablo SALVADOR et al. (2003), "El Derecho Español de Daños Hoy: Características Diferenciales", *Global Jurist Topics*: Vol. 3: No. 2, Article 1. (<http://www.bepress.com/gj/topics/vol3/iss2/art1>).

Steven SHAVELL (1980), "Strict Liability versus Negligence", 9 *Journal of Legal Studies* 1-25.

Steven SHAVELL (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Steven SHAVELL (2003), *Economic Analysis of Accident Law*, National Bureau of Economic Research, [www.nber.org/papers/w9483](http://www.nber.org/papers/w9483).

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

Jane STAPLETON (2001), Legal Cause: Cause-in Fact and the Scope of Liability for Consequences, 54 *Vanderbilt Law Review* 941-1009.

Michael L. WELLS (2003), Proximate Cause and the American Law Institute: The False Choice Between the “Direct-Consequences” Test and the “Risk Standard”, 37 *University of Richmond Law Review* 389-423.

Richard W. WRIGHT (1987), The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics, 63 *Chicago-Kent Law Review* 553-578.

### **Tablas de sentencias citadas**

#### *Sentencias de jurisdicciones del Common Law*

<b>Asunto</b>	<b>Referencia</b>
<i>Brown v. Kendall</i>	60 Mass. 292 (1850)
<i>Byrne v. Boadle</i>	2 H.&C. 722, 159 Eng. Rep. 299 (1863)
<i>Rylands v. Fletcher</i>	1865 3 H&C 774, 159 Eng. Rep. 737
<i>Frye v. United States</i>	54 App. D. C. 46, 47; 293 F. 1013, 1014 (1923)
<i>Palsgraf v. Long Island Railroad Co.</i>	162 N. E. 99 (N.Y. 1928)
<i>Donoghue v. Stevenson</i>	1932, AC 562 at 580
<i>Summers v. Tice</i>	33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1
<i>Daubert, et al., Petitioners v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.</i>	509 US 579 (1993)

#### *Sentencias del Tribunal Supremo español*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
3 <sup>a</sup> , 29.10.1998	8421	<i>José Manuel Sieira</i>	Herminia P. c. Ayuntamiento de Suances
1 <sup>a</sup> , 9.7.1998	5547	<i>José Luis Albácar López</i>	Antonio c. Fernando, Isabel y Francisco
1 <sup>a</sup> , 1.4.1997	2724	<i>Pedro González Poveda</i>	Ángel M. c. Jaime R. y “La Caixa”