





## 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, concurren 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 la 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 presuma 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, 1ª, 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 *condicio 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 *condicio 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, *condicio sine qua non* e imputación objetiva mientras que, por ejemplo, HENDERSON/TWERSKY (2000), 664, distinguen entre la *condicio 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 fórmula 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 States* (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 (MOSTERÍN (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 fórmula 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 contenteh 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, implicated 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 c) 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 preddefine 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.”





































