



Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho
Privado.

REVISIÓN CRÍTICA A LOS PRESUPUESTOS CLÁSICOS DE
RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE CAUSALIDAD,
PREVISIBILIDAD Y NEGLIGENCIA.

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

Autor: Camilo Alejandro Jara Pacheco.

Profesor Guía: Aldo Molinari Valdés.

Tabla de contenidos.

1. Introducción.	4
Capítulo I. La Causalidad.	7
2. Causalidad e Imputación objetiva.	8
2.1.1. Causalidad y responsabilidad. La doctrina.	10
2.1.2. Causalidad y responsabilidad. La jurisprudencia.	14
2.1.2.1. La relación de causalidad como <i>conditio sine qua non</i> en la jurisprudencia.	15
2.1.2.2. La relación causal como cuestión de hecho en el recurso de casación en el fondo.	18
2.2. La causalidad y su justificación moral.	22
2.3. La causalidad y los fines de la responsabilidad civil.	34
2.3.1. La causalidad y el fin compensatorio y distributivo del derecho de daños.	35
2.3.2. Causalidad y prevención.	37
2.4. Causalidad y justicia.	44
2.5. Causalidad como factor de atribución.	53
2.5.1. Causalidad y omisión.	54
2.5.1.1. Omisión e Imputación objetiva.	59
2.5.2. <i>Conditio sine qua non</i> y causalidad múltiple.	63
2.5.2.1. Causalidad común o coautoría.	63
2.5.2.2. Causalidad adicional o acumulativa. Efecto sinérgico.	67
2.5.2.3. Causalidad acumulativa o concurrente.	68
2.5.2.4. Causalidad o intervención grupal. Daños causados colectivamente	70
2.5.2.5. Causalidad alternativa o disyuntiva.	72
2.6. Conclusiones	74
Capítulo II. La previsibilidad.	76
3. Previsibilidad y responsabilidad.	76

3.1.	Previsibilidad y prevención.	80
3.1.1.	La previsibilidad y la <i>eggshell skull doctrine</i> .	87
3.2.	Conclusiones.	89
Capítulo III. La negligencia.		91
4.	Culpabilidad, riesgo y responsabilidad.	91
4.1.	Dolo, negligencia grave, negligencia leve, negligencia levísima y riesgo.	93
4.2.	Responsabilidad por culpa y por riesgo como regímenes objetivos de atribución.	98
4.3.	Las presunciones de culpabilidad acercan la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva.	100
4.4.	La uniformidad de la jurisprudencia en la valoración de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.	103
4.5.	Conclusiones.	104
Capítulo IV. La imputación objetiva.		106
5.	Imputación objetiva, culpabilidad y riesgo.	107
5.1.	La adecuación entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.	109
5.1.1.	La regla de la preponderancia de la evidencia.	115
5.1.2.	La regla de la responsabilidad proporcional.	118
5.1.3.	La regla de la responsabilidad por la incerteza.	122
5.2.	El riesgo creado como factor de atribución.	124
5.2.1.	Riesgo, daño y responsabilidad.	127
5.3.	La prueba de la adecuación de la causa y del riesgo de la conducta.	152
6.	Conclusiones.	178

1. Introducción.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis crítico de los requisitos clásicos de la responsabilidad civil. Que la causalidad no es un requisito necesario para atribuir responsabilidad. Que la imprevisibilidad del daño no es un elemento que pueda liberar al demandado de la obligación de reparar los daños. Que la negligencia es un concepto que puede entenderse mejor desde la perspectiva de la creación de un riesgo. Y que el daño no se limita al daño como resultado o tangible sino que también debería considerarse al riesgo como una forma de daño compensable en sí.

Dividiremos la exposición en cuatro capítulos. En el primer capítulo explicaremos porque la causa no debería considerarse como una condición necesaria de la responsabilidad. Para ello abordaremos el problema desde un punto de vista moral, de justicia y de fines de la responsabilidad civil. Además de analizar diversas hipótesis de complejidad causal que demuestran que la causa no es un buen factor de atribución.

En el segundo capítulo expondremos las razones del porque la imprevisibilidad de los daños no debe ser considerada como una excusa del demandado para escapar a la responsabilidad. Sostendremos que atribuir responsabilidad por daños imprevistos incentivaría al potencial causante de daños a invertir en información que le permita anticiparse a los daños y por lo tanto evitarlos.

En el tercer capítulo explicaremos los diferentes argumentos que permiten comprender que los regímenes de responsabilidad por culpa y de responsabilidad estricta no son diferentes. Esto porque ambos regímenes de responsabilidad se unifican en los criterios objetivos de imputación. De esta forma la teoría de la imputación objetiva debería ser el centro de atención en un moderno derecho de daños.

En el cuarto capítulo de esta memoria trataremos los que, a nuestro juicio, son los factores objetivos de imputación más relevantes. La causa adecuada y el riesgo. Señalaremos que la causalidad natural o la *conditio sine qua non* ha cedido paso a un criterio de probabilidad en la causación del daño. Por otro lado, sostendremos que, en algunos casos, el riesgo es un factor suficiente de atribución aun cuando un daño tangible no se haya manifestado. También buscaremos demostrar que el artículo 2.329 del Código Civil puede ser una buena herramienta para atribuir responsabilidad al potencial causante del daño en escenarios de incertidumbre causal.

Configurada la responsabilidad al margen de la causa, de la previsibilidad, de la culpa y del daño, el lector podrá comprender de mejor forma la manera en que se debería atribuir responsabilidad en escenarios causalmente complejos. Dicha materia resulta de especial relevancia en un mercado y una sociedad creciente donde los accidentes se producen y se sufren en situaciones difíciles de explicar como en los daños por productos defectuosos, por sustancias tóxicas o por malas

prácticas médicas. Intentar comprender dicho tipos de daños según la causa, la negligencia y la previsibilidad del daño conducirá, normalmente, al rechazo de la demanda. Pero si entendemos que en dichos casos el factor de atribución no es el daño en sí sino que el riesgo creado, que la *conditio sine qua non* no resulta un criterio adecuado para la atribución de responsabilidad en este tipo de daños sino que lo es la adecuación de la conducta del demandado al daño sufrido por la víctima, que la previsibilidad del daño no puede ser considerada una razón para excluir la responsabilidad toda vez que en la sociedad moderna muchas actividades riesgosas conducen a daños imprevistos y que la culpa puede ser redefinida en términos de riesgo, entonces no resulta extraño que se condene a reparar los daños sufridos a una persona, empresa o a un conjunto de empresas cuando no se pueda determinar la causa, la previsibilidad, la negligencia o el daño.

Capítulo I. La Causalidad.

2. Causalidad e imputación objetiva.

La generalidad de los tratadistas sostiene que la causalidad cumple en el derecho de la responsabilidad civil dos funciones. La primera función sería relativa a la determinación de la relación de causa a efecto entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima, denominada causalidad material,¹ es decir, la *conditio sine qua non* (no habría relación de causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión, del demandado)² o en, en el *Common Law* el *but-for test* (si el demandado no habría actuado de la forma en que lo hizo el daño no se habría producido).³

La segunda función consistiría en determinar el alcance de la responsabilidad (causalidad jurídica) mediante la teoría de la imputación objetiva, la cual consiste

¹ PREVOT, JUAN MANUEL. 2010. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado* (15). pág. 146.

² SALVADOR CODERCH, PABLO “et al”. 2013. El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. [en línea] Indret 2013 <http://www.indret.com/pdf/remedio_indemnizatorio_derecho_espanol_danos_25.9.2013.pdf> [consulta: 4 de abril de 2014]. pág. 123.

³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2004. La relación de causalidad en el sistema de torts del *Common Law*. En: María Dora Martinic-Galetovic. *Nuevas Tendencias del Derecho*. Santiago. Lexis Nexis. pág. 145.

en suministrar distintos criterios que permitan guiar correctamente la decisión sobre a qué sujetos se debe atribuir responsabilidad.⁴

Evidentemente, la primera función responde a una cuestión fáctica (*causation in fact*) de identificación del sujeto cuya conducta causó el daño y de las condiciones materiales que contribuyeron a la producción del resultado. Pero el problema de la existencia o no del nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso no debe, en modo alguno, ser confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el daño sufrido por una persona debe ser o no objetivamente imputable a la conducta del demandado, porque “lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa ‘causalidad jurídica’ (la *causation in law, legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive zurechnung*”⁵ es un problema de atribución de responsabilidad y no de causalidad, cuyo análisis es algo previo y distinto.

Martín García y Ripoli Montijano explican que la imputación objetiva “[s]e trata de una cuestión de ilicitud de la conducta y esa es su sede propia. El problema del límite de los daños indemnizables es exactamente el mismo que el de si el

⁴ MÚRTULA LA FUENTE, VIRGINIA. 2006. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. [en línea] Indret 2006 <http://www.indret.com/pdf/351_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]. pág. 18.

⁵ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. 1990. Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. Centenario del Código Civil. Madrid. págs. 1561 y ss. Citado en: SALVADOR. 2013. Ob. cit. pág. 145.

acto es ilícito, por eso, los criterios que se suelen proponer para limitar la extensión de los daños suelen ser los mismos que cuando se trata de averiguar cuándo un acto es negligente. Así, la probabilidad de que se cause el daño, grado de control de la actividad sobre el resultado, la intención y los conocimientos del autor, costes de evitación del accidente, etc”⁶ son criterios que permiten determinar si la conducta es o no ilícita.

Por lo tanto, la causalidad propiamente tal es una cuestión empírica y responde a la pregunta sobre por qué se produjo el daño, cuál es su explicación científica o técnica.⁷

Expondremos a continuación, las razones con que la doctrina y la jurisprudencia han defendido a la causalidad⁸ como un requisito ineludible de la responsabilidad civil para luego resolver el problema de si la causalidad debiera o no ser un presupuesto de la obligación de indemnizar.

⁶ GARCÍA, MARTIN y MONTIJANO, RIPOLI. 2008. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables. Granada. pág. 127. Citado en: SALVADOR. 2013. Ob. cit. pág. 146.

⁷ SALVADOR. 2013. Ob. cit. pág. 122.

⁸ En adelante, cuando nos refiramos a solo a causalidad nos estaremos refiriendo a la causalidad en su sentido natural o fáctico, sin perjuicio de que, en ciertos casos se especifique de que se está hablando de causalidad fáctica o de la, mal entendida, causalidad jurídica.

2.1.1. Causalidad y responsabilidad. La doctrina.

La doctrina nacional ha entendido que para que una persona se obligue a reparar el daño sufrido por otra debe existir una relación causal entre la acción u omisión del obligado y el daño sufrido por la víctima. En este sentido, Alessandri Rodríguez señala que “para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasi-delictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que éste sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa. De lo contrario, el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido por la víctima, aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable”.⁹ En el mismo sentido Enrique Barros,¹⁰ Carlos Ducci,¹¹ Hernán Corral¹² y Pablo Rodríguez Grez.¹³

⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2005. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pág.174

¹⁰ BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pág. 373.

¹¹ DUCCI CLARO, CARLOS. 1936. Responsabilidad civil (ex contractual). Santiago. Empresa periodística El Imparcial. pág. 120.

¹² CORRAL TALCIANI, HERNAN. 2003. Lecciones de responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pág. 179.

¹³ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 1999. Responsabilidad extracontractual. Santiago Editorial Jurídica de Chile. pág. 115.

Se señala que el Código Civil exige causa como presupuesto de la obligación de reparar los daños sufridos por otra persona, en atención a que el artículo 2.314 del Código Civil dispone que “para ser fuente de responsabilidad, el delito o cuasidelito debe haber ‘inferido daño a otro’”¹⁴ porque inferir es “inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado”¹⁵ y el artículo 2.329 al establecer que todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta¹⁶ porque imputar es “atribuir a alguien una culpa, delito o acción”.¹⁷ Hernán Corral agrega que “el art. 2.318 dice que el ebrio es responsable del daño causado por su delito u cuasidelito; el art. 2.319 habla de los daños causados por incapaces; el art. 2.325 se refiere también a daños causados por dependientes, etc”.¹⁸ Además, el mismo autor agrega que “el requisito aparece en forma expresa en algunas leyes especiales. La ley sobre procedimiento ante los juzgados de policía local dispone que el solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido” (art. 14.1, Ley 18.827). Lo mismo repite la ley del

¹⁴ CORRAL. 2003. Ob. cit. pág. 179.

¹⁵ ALESSANDRI. 2005. Ob. cit. pág. 174.

¹⁶ Ib. En el mismo sentido: BARROS. 2007. Ob Cit. pág. 375.

¹⁷ Ib.

¹⁸ CORRAL. 2003. Ob. cit. pág. 179

tránsito (art. 171 ley 18.290). La ley de Bases Generales del Medio Ambiente también menciona el requisito tratándose de la responsabilidad por daño ambiental derivado de infracciones normativas: sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.”¹⁹

La generalidad del derecho comparado también afirma que la causa es un requisito *sine qua non* de la responsabilidad. En Argentina, Jorge Mosset Iturraspe afirma que “la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad”.²⁰ Por su parte el artículo 1902 del Código Civil Español²¹ exige la existencia de una relación de causa a efecto entre el acto generador de responsabilidad y el autor físico del hecho. William Prosser describió la causalidad como “*the simplest and most obvious aspect of determining tort liability*”.²² En el sistema de *torts* del *Common Law* para que una persona que ha sufrido un daño obtenga la indemnización de

¹⁹ Ib.

²⁰ MOSSET ITURRASPE, JORGE. 2004. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Revista Latinoamericana de Derecho(1): pág. 357.

²¹ Artículo 1.902 del Código Civil Español. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

²² PROSSER, WILLIAM. 1971. Handbook of the law of torts 41. 4thed. Citado en: GIFFORD, DONALD G. 2005. The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Product Torts. [en línea] University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper 2005 <<http://ssrn.com/abstract=696561>> [consulta 4 abril 2014]. pág. 881.

los perjuicios sufridos debe probar, sobre la regla de la preponderancia de la evidencia, que es más probable que de no haber mediado la acción del demandado el daño no se habría producido.²³

Sin embargo, ninguno de los autores citados explica el por qué la causalidad debe ir unida a la responsabilidad. Sin mayor análisis, se ha sostenido que el fundamento de la causalidad es que sería contrario al sentido común obligar a reparar un daño a quien no ha contribuido a causarlo.²⁴ Alessandri se limita a señalar que para que exista responsabilidad es necesario que entre la acción u omisión y el daño haya una relación de causalidad, y explica como razón de ello que “un delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él”.²⁵ Corral sostiene que entre la conducta voluntaria del autor y el daño sufrido por la víctima debe existir una relación de causa a efecto porque “el hecho ilícito ha de ser considerado la causa del daño y el daño el efecto del hecho ilícito”²⁶ y Barros afirma que “la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la

²³ THOMSON, JUDITH JARVIS. 1987. The Decline of Cuase [en línea] Georgetown University Law Center Vol. 76 <<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/22>> [consulta: 29 de abril de 2014]. pág. 137.

²⁴ PREVOT. 2010. Ob. cit. pág. 147.

²⁵ ALESSANDRI. 2005. Ob. Cit. pág. 174.

²⁶ CORRAL. 2003. Ob. Cit. pág. 179.

responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño”.²⁷

De lo expuesto podemos concluir que se trata de argumentos tautológicos, es decir, afirmaciones obvias, vacías o redundantes que no hacen nada más que repetir un mismo pensamiento de distintas maneras sin aportar nada a la discusión.²⁸ Dichos razonamientos han sido aplicados por la jurisprudencia nacional, pese a que en el derecho comparado la teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido, prácticamente, desechada.²⁹

2.1.2. Causalidad y responsabilidad. La jurisprudencia.

La jurisprudencia nacional tampoco ha explotado significativamente el tema del nexo causal, siendo su análisis en la mayoría de los casos vacilante y de poca profundidad.³⁰ Según Jorge Baraona “la razón que explica la falta [de] desarrollo doctrinal en materias civiles y la falta de sustancia dogmática que exhiben

²⁷ BARROS. 2007. Ob. Cit. pág. 373.

²⁸ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 2001. Diccionario de la Lengua Española. 22ª ed.

²⁹ BARAONA GONZÁLEZ, JORGE. 2003. La causa del daño en la jurisprudencia reciente. Revista Chilena de Derecho 20(2). pág. 347.

³⁰ CÁRDENAS, HUGO A. 2006. La relación de causalidad ¿Quaestio Facti o Quaestio Iuris?. Revista Chilena de Derecho 33(1): 167-176.

algunos fallos en esta materia, podemos encontrarla en la raíz subjetivista que informa el sistema de responsabilidad del Código Civil. Nuestros tribunales han trasladado los problemas que presenta la relación de causalidad al análisis de la culpabilidad, dado que para la doctrina tradicional en la raíz de la cuestión causal se encuentra [el] comportamiento culpable o doloso del demandado y esto hace que el asunto estrictamente de causalidad pierda relevancia”.³¹

Siguiendo a Hugo Cárdenas, creemos que la postura de las cortes chilenas puede sintetizarse de la siguiente manera: se exige como requisito para atribuir responsabilidad civil la existencia de un nexo causal aplicando la clásica teoría de la equivalencia de las condiciones y se considera a la relación causal como una simple cuestión de hecho, que por la misma razón, no es susceptible de ser revisada en casación.³² En el mismo orden de ideas, expondremos algunos fallos.

2.1.2.1. La relación de causalidad como *conditio sine qua non* en la jurisprudencia.

Para demostrar que la jurisprudencia nacional entiende el vínculo causal como una cuestión fáctica o empírica, Baraona comenta el famoso caso de

³¹ BARAONA. 2003. Ob. cit. pág. 347.

³² CÁRDENAS. 2006. Ob. cit. pág. 168.

responsabilidad civil que siguió un Ministro de la Corte Suprema en contra de todo el equipo médico que debía practicarle una operación a la cadera derecha pero que, erradamente, operó, además, la cadera izquierda.³³ En primera y segunda instancia se acogió la demanda en contra todo el equipo médico y asistencial. Luego la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por los demandados. En el considerando trigésimo séptimo la Excelentísima Corte Suprema “dio por establecida la responsabilidad cuasidelictual del recurrente como coautor del ilícito investigado en autos, por su descuido o negligencia culpable (---) durante la intervención quirúrgica en que lesionó grave e indebidamente la cadera izquierda del querellante, conducta negligente que, al igual que la de otros integrantes del equipo interdisciplinario (---) que participó en aquella intervención quirúrgica, dio origen a que se produjera el resultado antijurídico (---) al punto que si no hubiere mediado culpabilidad en uno cualquiera de los miembros del equipo, tal resultado no se hubiere producido, de donde se sigue la necesaria relación de causalidad entre cada responsable y el resultado (---)”.³⁴ En el considerando citado se puede apreciar cómo la Corte fórmula el juicio de imputación en contra todo el equipo médico porque entiende

³³ BARAONA. 2003. Ob. cit. pág. 347.

³⁴ Beraud con Elgueta y otros. Corte Suprema. 20.06.1996. Rol 33.393-1.995.

que ha existido negligencia en todos ellos, y que, de no mediar esa negligencia, el daño no se habría producido.³⁵

En otro caso, la demandante sufrió una fractura expuesta al probar una silla reposerera que se encontraba en exhibición en el local de una empresa de retail. El tribunal de primera instancia acogió la demanda que fue apelada por la empresa. En sus argumentos la parte demandada trató de excusar su responsabilidad cuestionando la necesaria relación de causalidad entre los mencionados perjuicios y la silla exhibida, atribuyéndole responsabilidad al propio demandante, al haberse sentado mal, de manera que no discute ni niega el hecho sino su relación de causalidad. La apelación fue rechazada. En su considerando séptimo y octavo la Corte estableció que “de acuerdo al sistema que recoge nuestro Código Civil, para que exista responsabilidad extracontractual se requiere (---) la ocurrencia de un hecho que revista los caracteres de ilícito, esto es, haberse cometido por su autor con dolo o culpa (---) [y] que (---) aquel hecho ilícito debe generar un daño, existiendo entre ambos (---) una necesaria relación de causa a efecto y en el caso de autos, el proceder del denunciado es un hecho antijurídico toda vez que su actuación consiste en dejar a disposición del público un elemento que puede causar lesiones sin advertirlo”, y en su considerando decimosegundo agrega que “la relación de causalidad se produce cuando el

³⁵ BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 348.

hecho (---) es (---) la causa directa y necesaria del daño producido, es decir, cuando sin él éste no se habría producido. En la especie, no parece posible concluir que sin que la silla se hubiera cerrado al sentarse el demandante – ocasionado, como se ha establecido, por la culpa (---) del demandado – se habrían producido los daños en la persona del demandante”.³⁶

Esta misma idea ha sido confirmada por la Corte Suprema, al rechazar recursos de casación basados en la errónea apreciación de la relación causal pues la Corte ha estimado que la causalidad es una cuestión de hecho no susceptible de ser revisada vía casación y cuya determinación es una atribución exclusiva de los jueces de fondo.

2.1.2.2. La relación causal como cuestión de hecho en el recurso de casación en el fondo.

En efecto, si revisamos la jurisprudencia de la Corte Suprema podremos comprobar que la doctrina que dominante es la que considera a la causa como una relación fáctica y no normativa. Consecuencia de ello es que el máximo

³⁶ Diéguez con Falabella. Corte de Santiago. 02.10.2008. Rol 10.769-2004. GJ 344 (2009). pág. 183.

tribunal de nuestro país estime que los problemas de causalidad no son susceptibles de ser conocidos por la vía del recurso de casación en el fondo.³⁷

Demuestra esta tendencia el caso de un banco que fue condenado, en segunda instancia, a pagar la indemnización de los perjuicios (de fuente extracontractual) a la víctima, a consecuencia de que el banco había protestado una letra de cambio que el demandante había provisto oportunamente de fondos para su pago. El banco, al formalizar el recurso de casación, alegó que el tribunal estimó erróneamente que había relación de causalidad y sostuvo que el daño material que se demandaba había tenido su causa en la resciliación de un contrato de promesa de compraventa y no el protesto erróneo de la letra de cambio o de la publicación de este en el Boletín de Informaciones Comerciales. La Corte rechazó el recurso: “Determinar la existencia de esa relación de causalidad es una cuestión de hecho que los jueces del fondo establecen privativamente y que escapa a la potestad de este tribunal, por cuanto el recurso de casación en el fondo, por su propia naturaleza, no tiene otra finalidad que la de examinar errores de derecho contenidos en la sentencia sobre la base de los hechos establecidos y considerados por los sentenciadores en el ámbito exclusivo de sus atribuciones”.³⁸ Como puede apreciarse, la Corte Suprema toma

³⁷ BARAONA. 2003. Ob. cit. pág. 354.

³⁸ Corte Suprema. 7.05.1992. Se ignora rol.

la relación causal según la *conditio sine qua non*, es decir, como una cuestión fáctica y empírica y que, por lo tanto no admite revisión vía recurso de casación.

En otro caso, una mujer fue procesada como consecuencia de una denuncia infundada de robo por parte de su empleador. La mujer demandó por daños y perjuicios a la empresa. La demanda fue acogida en primera y segunda instancia y luego el demandado interpuso recurso de casación basado en que no existía una relación causal entre la denuncia de robo y los perjuicios sufridos por la demandante. La Corte rechazó el recurso pues estimó que la causalidad era una cuestión de hecho que no podía ser revisada en casación, en su considerando noveno la sentencia dispuso “[q]ue sobre el nexo causal, tan insistentemente objetado o negado por el recurso, cabe expresar que su existencia es una cuestión de hecho que, como se ha señalado, quedó correctamente determinado en el fallo como uno de los elementos integrantes de la responsabilidad que se persigue en contra de la demandada”.³⁹

La misma argumentación ha sido mantenida en forma sistemática por la Corte Suprema, por ejemplo, en sentencia de 24 de julio de 2006 se rechazó el recurso de casación en el fondo pues se consideró que la causa es un presupuesto fáctico ya establecido en el fallo de instancia⁴⁰, en fallo de 29 noviembre de 2011 la Corte

³⁹ Zuleta con Sociedad General Supply Ltda..Corte Suprema. 04.01.1996. Rol 31.753-1.995.

⁴⁰ Carvajal con Instituto de Seguridad del Trabajo. Corte Suprema. 24.06.2006. Rol 608-2.005.

rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por los demandantes al estimar que el tribunal de primera instancia ya había establecido la no existencia del vínculo causal⁴¹ y en sentencia de 17 de junio de 2014 se sostuvo que la relación de causalidad no podía ser revisada en sede de casación pues esta correspondía una cuestión de hecho que sólo podía ser revisada por los jueces de instancia.⁴²

Sin embargo, existe una multiplicidad de casos en los que es imposible establecer un vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. Por ejemplo, en supuestos de causalidad alternativa, causalidad concurrente y acumulativa la teoría de la equivalencia de las condiciones conduce al rechazo de la demanda pues para el demandante será imposible acreditar el vínculo causal. Este problema resulta especialmente relevante en el moderno derecho de responsabilidad civil donde los daños suelen ser producidos en escenarios altamente complejos desde un punto de vista causal.

Por lo tanto, es necesario responder ¿cuál es el fundamento de exigir causalidad entre acción u omisión y daño? La hipótesis de este trabajo es que el haber causado un daño no debe ser, en todos los casos, una condición necesaria de responsabilidad. ¿Por qué? es la cuestión que trataremos de resolver a

⁴¹ Jara con Fisco de Chile. Corte Suprema. 28.11.2011. Rol 8.259-2011.

⁴² González con Aguas del Altiplano S.A. Corte Suprema. 17.06.2014. Rol 6.153-2014.

continuación. Primero, analizaremos las razones de la filosofía moral del por qué la causalidad no debe ir siempre asociada a la responsabilidad. Luego, revisaremos las razones de justicia que existen para excluir a la causalidad como requisito de la responsabilidad. Tercero, recurriremos a los fines de las reglas de la responsabilidad civil para concluir que la causalidad no es un criterio que debe ser adoptado, en todos los casos, para atribuir responsabilidad. Finalmente, argumentaremos que la causalidad tampoco es un buen factor de atribución pues no ofrece una solución en varios supuestos de complejidad causal.

2.2. La causalidad y su justificación moral.

El problema que resolveremos en este apartado es si el haber causado un daño debe ser una condición necesaria de la responsabilidad o no. Y en la respuesta negativa, por qué. Para ello analizaremos el caso *Summers v. Tice*⁴³ que en 1947 la Corte Suprema de California resolvió al margen de la relación de causalidad, tomando como guía de nuestra análisis los planteamientos de Judith Jarvis Thomson, John Fischer y Robert H. Ennis, filósofos y juristas

⁴³ Summers v. Tice. Corte Suprema de California. 17.11.1947.

norteamericanos que han centrado sus estudios en el análisis de la causa como presupuesto de la responsabilidad civil.

Thomson describe el caso *Summers v. Tice*, como sigue:

“Plaintiff Summers had gone quail hunting with the two defendants, Tice and Simmons. A quail was flushed, and the defendants fired negligently in the plaintiff’s direction; one shot struck the plaintiff in the eye. The defendants were equally distant from the plaintiff, and both had an unobstructed view of him. Both were using the same kind of gun and the same kind of birdshot; and it was not possible to determine which gun the pellet in the plaintiff’s eye had come from. The trial court found in the plaintiff’s favor, and held both defendant’s jointly and severally liable”.⁴⁴

En los hechos, tres individuos se encontraban de caza. Uno de ellos se alejó del grupo y los otros dos dispararon en su dirección. El cazador fue herido en el rostro pero, debido a las circunstancias, no fue posible determinar cuál de los otros dos cazadores fue el causante del daño. La Corte Suprema de California concluyó que era apropiado invertir la carga de la prueba a favor del demandante, requiriendo que cada demandado probara que él no había causado el daño. Si ninguno de los demandados podía aportar dicha prueba entonces serían conjunta

⁴⁴ JARVIS THOMSON, JUDITH. 1984. Remarks on Causation and Liability. *Philosophy & Public Affairs* 13(2). págs. 102-103. Citado en FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. *Causation and Liability*. *Philosophy and Public Affairs* 15(1). pág. 33.

y solidariamente responsables.⁴⁵ La sentencia sentó las bases de la responsabilidad alternativa, doctrina que ha tenido un enorme impacto en la jurisprudencia norteamericana sobre productos defectuosos.

Esta doctrina permite al demandante invertir la carga de probar la relación causal del daño hacia los demandados, aun cuando sólo sea uno de ellos el que pudo haberlo causado. Entonces cabe preguntarnos ¿cuál fue la racionalidad de la Corte tras esta solución?. Se ha señalado que el fundamento del fallo se encuentra en la injusticia de permitir que demandados negligentes escapen a la responsabilidad simplemente porque la naturaleza de su conducta ha hecho muy difícil o imposible probar cuál de ellos ha causado el daño.⁴⁶ Pero, parece ser que el fallo imputa responsabilidad en atención a otros factores, sin considerar la causalidad. Invertir la carga de la prueba es una ficción que busca mantener en la decisión del tribunal los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil. Es una ficción porque, bajo las circunstancias del caso, es tan imposible para los demandados, como lo era para el demandante, probar el vínculo causal, por lo que en realidad se está imputando responsabilidad sin causa.

Para aclarar la cuestión Thomson plantea un segundo caso, hipotético, de *Summers v. Tice* al que llama *Summers II*. Supongamos que, durante el juicio de

⁴⁵ GEISTFELD, MARK. 2006. The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability. *University of Pennsylvania Law Review* 6(38). pág. 454.

⁴⁶ *Ib.*

Summers II, surge prueba que hace cien por ciento cierto el hecho de que la bala que hirió a la víctima provino del arma de Tice.⁴⁷ Bajo este supuesto ¿sólo Tice debería ser declarado responsable, aun cuando las conductas de ambos demandados fueron iguales?. Si aceptamos que solo Tice debería ser declarado responsable entonces admitimos que la causalidad debe ir unida a la responsabilidad.

Thomson contrasta esta solución del caso con la siguiente: “la responsabilidad debe ser compartida entre el real causante del daño y cualquier otra persona (si es que hay otra persona) que haya actuado de la misma forma que el real causante del daño (o de una forma relevantemente similar) hacia la víctima y que casi le causó un daño del mismo tipo que el real causante del daño le causó”⁴⁸ (la traducción es nuestra). Fischer y Ennis, comentando *Summers II* de Thomson, llaman kantiana⁴⁹ a esta solución, porque aquí la responsabilidad está asociada con una actividad moralmente reprochable (o moralmente culpable) ya que, dadas las acciones de los demandados, fue solo la suerte (*moral luck*) la

⁴⁷ JARVIS THOMSON, JUDITH. 1984. Ob. Cit. págs. 104-105. Citado en FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 33.

⁴⁸ Ib.

⁴⁹ Kant dijo: “*the good will is not good because of what it effects or accomplishes or because of its adequacy to achieve some proposed end; it is good only because of its willing, i.e., it is good of itself... usefulness or fruitlessness can neither diminish nor augment [its] worth*” en: KANT, INMANUEL. 1969. Foundations of the Metaphysics of Morals. Bobs-Merril ed. págs 12-13. Citado en: THOMSON, JUDITH JARVIS. 1987. Ob. cit. pág. 142. Quien agrega: “*and so similarly for the bad will: it is not bad because of what it causes, but only of itself. We might redescribe the decline of cause in moral philosophy as the triumph of Kant*”.

que determinó que fuera la bala de Tice (y no la de Simmons) la que hiriera a Summers, por lo que, al ser ambos demandados igualmente culpables, los dos deberían ser igualmente responsables. La tesis kantiana señala que la responsabilidad no debería depender de la suerte si no que debería depender de factores que se encuentran bajo el control de las personas.⁵⁰

Thomson, para quien la causalidad debe ser un presupuesto necesario de la responsabilidad, se manifiesta en contra de esta solución. Para explicar *the kantian approach* Fischer y Ennis, partidarios de esta postura, dividen el argumento de Thomson en dos partes.⁵¹

La primera parte del argumento de Thomson supone que A se hirió a sí mismo, así:

- (I) A causó la herida de A, libremente, a sabiendas, para propósitos de A; y de ningún otro, salvo A, causó el daño, o contribuyó a su causación.⁵²

Ahora, supongamos, que A quiere ser compensado por B por el daño sufrido. Pero dado que (I) es cierto respecto de la herida de A, A no puede, legítimamente,

⁵⁰ FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 34.

⁵¹ Ib. pág. 35

⁵² JARVIS THOMSON, JUDITH. 1984. Ob. Cit. pág. 110. Citado en: FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 35.

exigir que B le indemnice,⁵³ porque la libertad de acción de B le protege en contra de la pretensión de A, de manera que el patrimonio de B no está abierto a A, sin importar que podamos imaginar de la conducta de B, aun cuando B esté jugando a la ruleta rusa con A o lanzando ladrillos hacia él.⁵⁴ En este caso, según Thomson, A no puede reclamar compensación de nadie puesto que el causó su propia herida.

En la segunda parte del argumento de Thomson, tenemos que imaginar que A está herido, y que B no causó esa herida. Entonces, si el comportamiento de B es causalmente irrelevante para el daño de A, y A libremente y a sabiendas causó su propia herida, entonces B no necesita compensar a A debido a la libertad de acción de B. Y en todos los casos que el comportamiento de B sea causalmente irrelevante para el daño de A entonces no hay nada en el comportamiento de B que pueda descartar que la causa del daño de A fue su propia conducta, como se explica en (I). Así, si el comportamiento de B es causalmente irrelevante para el daño de A, entonces B no tiene que compensar a A.⁵⁵ Thomson concluye que la causalidad nos importa porque si B no causó el daño de A, entonces la libertad

⁵³ JARVIS THOMSON, JUDITH. 1984. Ob. Cit. pág. 110. Citado en: FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 35.

⁵⁴ JARVIS THOMSON, JUDITH. 1984. Ob. Cit. pág. 110. Citado en: FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 35.

⁵⁵ FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 36.

de acción de B lo protege en contra de la responsabilidad por los costos de los daños sufridos por A.⁵⁶

Fischer y Ennis plantean dos críticas al argumento de Thomson en cuanto al rol de la libertad de acción y de la causalidad en la atribución de responsabilidad.

Primero, señalan que, no parece claro que la primera parte del argumento de Thomson tenga éxito. Esto es, que no parece claro que B, en todos los casos, quede libre de responsabilidad por el daño hecho por A a sí mismo. Supongamos que A y B jugaban a la ruleta rusa sobre el pie de A. A jalo el gatillo y el cañón estaba vacío. B jalo el gatillo y el cañón estaba vacío, etc. Finalmente, A jalo el gatillo, y se hirió a sí mismo. En este caso B no causó el daño pero sí impuso un riesgo significativo de causar un daño en A del mismo tipo que el daño que realmente se causó. Fischer y Ennis señalan que, según la postura de Thomson, B no debería compensar a A, sin importar que podamos imaginar acerca del comportamiento de B – aun cuando, por ejemplo, B estuviera jugando a la ruleta rusa sobre el pie de A. Pero, el argumento de Thomson tendría sustento sólo bajo el supuesto de que el daño que A sufrió no fue causado por A jugando a la ruleta rusa con B sobre el pie de A (o cualquier otra conducta de B que podría haber producido el mismo daño que aquel que realmente A se produjo), incluso no habría duda acerca de esta solución según el enfoque kantiano. Pero en el caso

⁵⁶ JARVIS THOMSON, JUDITH. 1984. Ob. Cit. pág. 111. Citado en FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 35.

de que B haya estado actuando de una forma relevantemente similar a A, entonces no resulta tan clara la solución de Thomson de que B no debe compensar a A,⁵⁷ en este supuesto ambos sujetos crearon el mismo riesgo y el hecho de que B haya escapado a la responsabilidad dependió sólo de su suerte.

Segundo, Fischer y Ennis sostienen que Thomson no puede, legítimamente, realizar una asociación general entre causalidad y responsabilidad a partir del argumento de que B, cualquiera sea la conducta que haya realizado (incluso una conducta que podría haber causado el mismo daño que A se causó) no debe compensar a A. Asumamos el supuesto descrito en (I) y que dicha afirmación es cierta respecto del daño de A ¿Por qué uno siente, en forma intuitiva, que B no debe compensar a A? Porque esta intuición está basada en un principio moral de que nadie está obligado a compensar a otra persona que, voluntariamente, se ha dañado a sí misma. Nuestras obligaciones morales no se extienden a la reparación de daños que otra persona se ha causado. Hasta aquí no se ha invocado el argumento de la libertad de acción de Thomson. Ahora volvamos a considerar la afirmación base del argumento de Thomson: “Entonces, cualquiera haya sido la causa que en realidad causó el daño de A – si fue A el que causó su propio daño, o si su daño fue debido a causas naturales, o si C o D causaron su daño – no hay nada en el comportamiento de B que pueda descartar que la causa

⁵⁷ FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Ob. Cit. pág. 36.

del daño de A tiene como causa la afirmación descrita en (I), y por lo tanto no hay nada en el comportamiento de B (aun cuando B hubiera estado realizando una conducta que podría haber causado el mismo daño que realmente sufrió) que pueda descartar que A debe soportar sus propios costos⁵⁸ (la traducción es nuestra).

La respuesta del acercamiento kantiano es que, es cierto que en el supuesto de que A se haya causado su propio daño B no tiene que compensarlo y en general ninguna otra persona debería hacerlo, desde que A fue quien causó su propio daño. También resulta claro que, en el supuesto de que C o D hayan causado el daño de A, no habría nada en el comportamiento de B que pudiera descartar que el daño de A tuvo como causa la afirmación descrita en (I). Pero de esto no se sigue que B no deba a compensar a A si el comportamiento de B era significativamente similar al de C o D (si estos causaron realmente el daño) o al de A (si fue el que realmente causó su propio daño). Fischer y Ennis concluyen que el argumento de Thomson no resulta satisfactorio, pues no puede concluir (a partir del supuesto de que B no debe compensar a A porque A causó su propio daño) que, en todos los casos, la responsabilidad debe estar asociada a la causalidad.

⁵⁸ Ib.

Si C o D causaron el daño de A y el comportamiento de B fue significativamente similar al comportamiento que C o D desplegaron, entonces no hay nada en el planteamiento de Thomson que pueda descartar que B tenga que contribuir a la compensación de los daños sufridos por A, si el comportamiento de B fue tan reprochable moralmente como el de C o D.

Finalmente, cuando C o D causaron el daño de A, ¿podría uno apelar directamente a la libertad de acción de B para proteger a B de tener que compensar a A?. Supongamos que C y B disparan (independientemente) en dirección a A. Pero solo la bala de C da en A ¿quién debería compensar a A?. En este caso no parece que Thomson podría apelar a la libertad de acción de B para liberarlo de responsabilidad, salvo que construya la libertad de acción del modo que sigue:

- (1) Cada persona puede participar en cualquier actividad que quiera (sin hacerse responsable de reparar daños), a menos que cause daño a otra persona.

Pero Fischer y Ennis postulan ¿por qué construir la libertad de acción de esa forma? si podría hacerse de esta otra manera:

- (2) Cada persona puede participar en cualquier actividad que quiera (sin hacerse responsable de reparar daños), a menos que imponga un riesgo significativo de causar un daño a otra persona.

En la decisión de si C y B deberían pagar, o si solo C debería pagar, se está decidiendo que libertad de acción debería ser restringida (si la libertad de acción de C o la de ambos, y hasta qué medida). Aunque es difícil especificar qué riesgos son significativos, entendemos que es claramente inadmisibles que una persona imponga riesgos significativos de causar daños en otra (sin el correspondiente consentimiento previo). Por ejemplo, usted no puede jugar a la ruleta rusa sobre su vecino, e incluso si el arma no se dispara, usted está haciendo algo moralmente reprochable al arriesgar la integridad física y psíquica de una persona. No estamos planteando (siguiendo a Fischer y Ennis) que se deban compensar daños (que no existen) por el sólo hecho de imponer un riesgo significativo en una persona. Lo que estamos planteando es que usted será igualmente responsable con cualquier otra persona que haya estado jugando un juego similar y cuya arma si se disparó. Es decir, el riesgo será un factor suficiente de atribución asumiendo que el daño es una condición necesaria de la responsabilidad.

Adherimos a la tesis de Fischer y Ennis de que en *Summers II*, Tice y Simmons deberían ser considerados responsables por los daños sufridos por Summers. La razón de este *kantian approach* es que la responsabilidad no debería depender de la suerte – o de factores que se encuentren fuera del control del agente. En *Summers II* todas las elecciones, comportamientos e intenciones de Tice y

Simmons fueron iguales; solo las consecuencias de dichos factores fueron distintas (debido a factores que se encontraban fuera del control del agente).⁵⁹

En *Summers v. Tice* la Corte Suprema de California atribuyó responsabilidad sin causalidad, en atención a factores objetivos de imputación. Ambos demandados, libremente, dispararon armas de fuego en dirección al demandante, conducta típicamente riesgosa que se encontraba exclusivamente en su área de control y que, según la experiencia, sería adecuada, desde el punto de vista de un observador objetivo, para causar el daño que sufrió la víctima.

Por lo tanto, en todas aquellos casos en que dos o más individuos hayan realizado (1) acciones u omisiones riesgosas, (2) que se encontraban exclusivamente bajo su esfera de control, (3) que sean adecuadas o aptas para causar el daño que efectivamente sufrió la víctima (o las víctimas) y (4) que dichas acciones u omisiones sean significativamente similares, entonces se deberá atribuir responsabilidad aun cuando no se ha acreditado el nexo causal. Aquí la responsabilidad estará asociada a una conducta moralmente reprochable o moralmente culpable (desde el punto de visto kantiano de la moral) pues, según nuestra postura, el límite de la libertad de acción se encuentra en la realización de actividades que impongan riesgos significativos de causar daños a otras personas.

⁵⁹ Ib. págs. 36-40.

En conclusión, desde un punto de vista moral causalidad y responsabilidad no siempre deben ir asociadas porque la libertad de acción del individuo no se extiende hasta la causación de daños a otro, sino hasta la imposición de riesgos significativos en otra persona.

Ahora pasaremos a analizar cuáles son las razones, según los fines de la responsabilidad civil para atribuir responsabilidad sin causalidad.

2.3. La causalidad y los fines de la responsabilidad civil.

La causalidad, como cualquier otro requisito de la responsabilidad civil, debe justificarse a sí misma en términos funcionales. El derecho es un constructo humano y como tal está diseñado para la persecución de determinados fines. El objetivo del derecho de daños es servir a las necesidades humanas, y así los presupuestos de la responsabilidad deben estar vinculados con la obtención de estos fines. En este apartado analizaremos si la causalidad se justifica como requisito de la responsabilidad según los fines del derecho de daños. Siguiendo a Guido Calabresi dividiremos estos fines en dos grandes grupos que son la

compensación y la distribución de los costos de los daños por un lado y la prevención de los accidentes y la disuasión actividades riesgosas por otro.⁶⁰

2.3.1. La causalidad y el fin compensatorio y distributivo del derecho de daños.

La compensación de las víctimas de los accidentes es uno de los fines principales de la responsabilidad civil de manera que la tarea del ordenamiento privado es proteger a la víctima de los costos del accidente.⁶¹ La mejor forma de lograr este objetivo es reubicando los costos del daño entre la mayor cantidad posible de personas o en aquellos sujetos que puedan soportar dichos costos con un menor impacto social o económico que, generalmente, serán los sujetos que tienen un mayor peso económico en el mercado.

Se busca la distribución o la reubicación del costo de los accidentes porque así se causan menos costos sociales de los que se causarían si el costo de los accidentes fuera soportado sólo por las víctimas, esto debido a que el impacto

⁶⁰ CALABRESI, GUIDO. 1975. Concerning Cause and the Law of Torts: And Essay for Harry Kalven, Jr. [en línea] The University of Chicago Law Review <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>ssconsulta: 4 de mayo de 2014]. pág. 105.

⁶¹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 38.

total de un daño puede ser disminuido si sus costos son apropiadamente ubicados o distribuidos.⁶²

En cuanto a la compensación y distribución de las pérdidas que ocasiona un accidente entre la mayor cantidad posible de personas, Calabresi sostiene que la causalidad no juega ningún rol, para el autor si un sistema de responsabilidad civil se basara únicamente en la compensación de los daños y en la distribución de las pérdidas este estaría estructurado en un sistema de indemnización mediante un seguro social financiado por impuestos generales, un sistema como ese necesariamente dejaría de lado cualquier exigencia causal, por lo que si se pretende justificar a la causa como requisito de la responsabilidad la respuesta no deberá buscarse en los fines distributivos del derecho de daños.⁶³ Esta idea resulta consistente con el fin compensatorio del derecho de daños, pues este aparece en la dimensión social de proteger a la víctima de un accidente.⁶⁴

Calabresi también argumenta en favor de la noción del “*deep pocket*”. Los costos de los accidentes causaran menos pérdidas y des-utilidades si son pagados por personas que sufrirán menos costos sociales y económicos como

⁶² CALABRESI, GUIDO. 1970. *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*. Yale University Press. pág. 68. Citado en: GIFFORD. 2005. Ob. Cit. pág. 883.

⁶³ CALABRESI, GUIDO. 1975. Ob. cit. pág. 76.

⁶⁴ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 39.

resultado de soportarlos.⁶⁵ Sobre este punto, la relación causal nuevamente falla para seleccionar, dentro de un grupo de posibles causantes de un daño, al que se encuentra en la mejor posición social y económica para soportar los costos de los accidentes.⁶⁶

En conclusión, la necesidad de imponer responsabilidad en quien realiza actividades peligrosas, no requiere que la pena financiera que se impone al causante sea transferida a la víctima específica que sufrió un daño por esa precisa actividad, es decir, cualquier víctima particular puede recibir compensación de cualquier parte capaz de distribuir los costos (de la manera más extensa posible) de los accidentes que su actividad es apta o probable para causar.⁶⁷

2.3.2. Causalidad y prevención.

Para Barros “el derecho de responsabilidad civil cumple una función preventiva, que se basa en una lógica de mercado, al establecer costos (que se expresan en el deber de indemnizar) a quienes desarrollan actividades que

⁶⁵ CALABRESI, GUIDO. 1970. *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*. Yale University Press. pág. 40. Citado en: GIFFORD. 2005. Ob. Cit. pág. 883.

⁶⁶ CALABRESI. 1975. Ob. cit. pág. 76.

⁶⁷ CALABRESI, GUIDO. 1970. *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*. Yale University Press. pág. 40. Citado en: GIFFORD. 2005. Ob. Cit. pág. 883.

generan riesgos”.⁶⁸ Calabresi ha señalado que el objetivo primordial del derecho de daños es reducir el costo de los accidentes,⁶⁹ a los que identifica como un problema social y económico, como cualquier otro problema social y económico. Cualquier sistema de compensación de daños debería desincentivar el desarrollo de actividades que son susceptibles de causar accidentes (*accident prone activities*) y sustituirlas por actividades seguras o por formas más seguras de desarrollar dichas actividades.⁷⁰

Para explicar la relación entre la causalidad y la prevención y disuasión de actividades altamente riesgosas, Calabresi distingue entre la disuasión específica y la disuasión general o de mercado.

La disuasión específica se refiere a la determinación de qué tipo de conductas o actividades son excesivamente peligrosas como para ser permitidas. Según este objetivo, el derecho de daños debería ser capaz de reflejar el deseo social de prohibir determinadas conductas o actividades que no deberían ser toleradas debido al alto riesgo de causar daños que representan, pese a los incentivos individuales que podrían existir para realizarlas. La carga de disminuir las

⁶⁸ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 33.

⁶⁹ CALABRESI, GUIDO. 1970. *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*. Yale University Press. 340 pp. Citado en: GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 883.

⁷⁰ CALABRESI, GUIDO. 1970. *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*. Yale University Press. pág. 68. Citado en: GIFFORD. 2005. Ob. Cit. pág. 883.

probabilidades de que ocurra un accidente que se impone a los sujetos que incurren en este tipo de actividades debe ser de tal grado que el nivel de riesgo de la actividad alcance un estándar que sea socialmente deseable y si ello no es posible la conducta debería ser prohibida. Y, ocurre que para lograr este objetivo el vínculo causal no nos dice nada acerca de qué tipo de conductas deberían ser desincentivadas.⁷¹ Esto, porque el test de la *sine qua non* entre la conducta y el daño no provee una guía certera que permita distinguir dentro de un universo de actividades cuales deberían ser específicamente desincentivadas. El criterio más acertado para determinar qué tipo de actividades deben ser desincentivadas es el riesgo que la actividad genera. Es decir, la probabilidad que se le puede asignar a una actividad de que cause daños y la intensidad de los daños que dicha actividad es apta o adecuada para generar.

Por lo tanto, si asumimos que la disuasión específica de actividades altamente riesgosas es uno de los objetivos del derecho de daños, el que un sujeto realice alguna de estas actividades debería ser una razón suficiente para atribuir responsabilidad aun cuando si aplicado el criterio del *but-for test* o de la *sine qua non* se tiene que la conducta no es una causa del daño. Por ejemplo, la conducción en estado de ebriedad es prohibida por su alto potencial para causar daños especialmente intensos y el conductor ebrio será sancionado en todos los

⁷¹ CALABRESI. 1975. Ob. cit. pág. 79.

casos, aun cuando su conducta no haya causado un daño. Aún más, si el conductor ebrio se encuentra envuelto en un accidente, será sancionado aun si no se puede determinar una relación de causalidad material entre su conducta y el daño.⁷²

Por otro lado, la disuasión general o de mercado busca ubicar los costos de los accidentes en aquellos actores que pueden decidir que es más eficiente, si evitar determinado tipo de actividades o realizarlas y asumir los costos de los accidentes que podrían generar. De manera que se busca localizar los incentivos en aquellos sujetos que pueden elegir, de una forma más efectiva que el resto de las personas, entre los costos de los accidentes o su evitación. Así, el sujeto que deberá soportar los costos de los accidentes (que su actividad tiene el potencial de causar) es precisamente el mismo sujeto que tiene un mayor conocimiento de los riesgos que envuelve su conducta y la forma de evitar los daños potenciales que dicho riesgo podría causar que otros sujetos involucrados en el accidente; además se encontrará en una mejor posición para usar ese conocimiento y elegir la mejor alternativa de comportamiento; y finalmente estará mejor situado para inducir modificaciones en el comportamientos de los demás que logren reducir los costos de prevenir los daños. La parte que, generalmente, combinará estos atributos es quién podrá evitar los costos del accidente a un menor costo

⁷² CALABRESI. 1975. Ob. cit. pág. 79.

(*cheapest cost avoider*) y es que deberá ser declarado responsable de los daños que su actividad tiene el potencial para causar.⁷³

Entonces, si aceptamos que desde el punto de vista de la disuasión general o de mercado la decisión correcta de atribución de responsabilidad es en la parte que podía evitar el accidente a un menor costo, cabe preguntarse ¿es de utilidad la causalidad para distinguir que parte es la que podía evitar el accidente a un menor costo?. Aquí, el test del *but-for* tampoco ofrece una respuesta acertada porque la determinación de que parte es la que podía evitar el accidente a un menor costo no siempre se logra según un criterio de causalidad natural sino que, de mejor forma, mediante otros factores de atribución como la probabilidad o la adecuación de una conducta para causar daños especialmente intensos y según qué parte es la que se encontraba en el control de las circunstancias que permiten explicar el accidente. Esta parte no siempre será la que causó el daño. En casos simples la causalidad nos permitirá decidir qué parte es la que deberá soportar los costos del daño pero en situaciones de mayor complejidad el vínculo causal se torna irrelevante y cede frente a un criterio probabilístico.

Una cuestión distinta es que la causalidad juegue un rol en la información de la que dispone el *cheapest cost avoider* para anticiparse al daño. La causalidad puede ser un criterio útil para que el potencial causante se anticipe al accidente

⁷³ CALABRESI. 1975. Ob. cit. pág. 84.

y prevenga su ocurrencia. Por ejemplo, mediante la creación de bases estadísticas según las cuales los actores puedan decidir si las decisiones actuales sobre seguridad o prevención permitirán, en el futuro, evitar o reducir el costo de accidentes similares a los que ya han causado. De esta forma se busca incentivar al sujeto a que tenga información que le permita mejorar su capacidad de previsibilidad. Pero esta previsibilidad *ex ante* será irrelevante para atribuir responsabilidad si *ex post* el juzgador logra establecer que la actividad del agente era apta o probable para causar el daño.

Esto porque la decisión sobre qué parte era la que podía evitar el accidente a un menor costo no depende en todos los casos de la existencia de un vínculo de causalidad natural sino que en muchos casos depende del control de las circunstancias del caso y del potencial que la conducta de la parte tiene para causar determinado tipo de daños. Para Richard Posner, por ejemplo, las empresas que hayan manufacturado o comercializado productos que hayan podido producir daños a cualquier víctima en particular, deben ser declaradas responsables en todos aquellos casos en que no se pueda acreditar el vínculo causal, debido a la imposibilidad de la víctima de identificar al real causante del

daño entre un grupo de potenciales dañadores⁷⁴ (cómo ocurre en general en los daños causados masivamente o *mass exposure torts*).

El vínculo causal puede llegar a jugar un papel en la atribución de responsabilidad, pero no como criterio excluyente, porque puede lograrse el mismo objetivo asociando la conducta de la parte con determinados tipos de daños según un criterio estadístico o de probabilidades.⁷⁵ Visto de esta forma, el test de la *conditio sine qua non* deja de ser un requisito indispensable para determinar la responsabilidad ya que una forma más eficiente de realizar dicha decisión es mediante la determinación de que parte era la que se encontraba en control de los hechos y según las probabilidades que la actividad tiene para incrementar los riesgos de ocasionar el tipo de daño sufrido por la víctima.

Así, visto desde la perspectiva preventiva del derecho de daños, el requerimiento tradicional de la relación causal entre el hecho y el daño, lejos de ser un requisito esencial, casi un imperativo categórico de la responsabilidad civil (como suele describirse) es simplemente una manera útil de evaluar los costos de los daños que el potencial causante de ellos debe enfrentar, para decidir qué nivel de prevención debe adoptar en el desarrollo de su actividad. Pero para

⁷⁴ LANDES, WILLIAM & RICHARD, POSNER. 1983. Causation in tort law: An economic approach. *The Journal of Legal Studies*. págs. 124-125. Citado en: GIFFORD. 2005. Ob. Cit. pág. 885.

⁷⁵ CALABRESI. 1975. Ob. cit. pág. 85.

atribuir responsabilidad el juzgador puede dejar de lado el test de la causalidad y emplear otros métodos. Por ejemplo, se podrían asociar determinados tipos de daños con comportamiento o actividades que (potencialmente) podrían causar dicho tipo de lesiones.⁷⁶

2.4. Causalidad y justicia.

Desde el punto de vista de la justicia, tampoco creemos que la causalidad sea un requisito esencial en el derecho de daños. Hay que tener en cuenta que las normas de responsabilidad civil tienen una finalidad fundamentalmente reparadora. Como señala Caputto: “no resultado ajustado a la idea de justicia que quien sufra daños se vea impedido de conseguir la reparación de los mismos en función de la imposibilidad material de indicar certeramente cuáles han sido los sujetos que lo causaron”.⁷⁷ Comentando a Geneviève Viney, Rodrigo Barría concluye que “la finalidad básica y primera del derecho de daños no es otra que la de resarcir y compensar a la víctima de los daños sufridos a causa de hechos perjudiciales”,⁷⁸ para Viney “el fin primordial de la responsabilidad civil es ir en

⁷⁶ Ib.

⁷⁷ CAPUTTO, MARIA CAROLINA. 2011. Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación vol. 13(11). pág. 1

⁷⁸ BARRÍA DÍAZ, RODRIGO. 2008. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Memoria de Doctor en Derecho. Salamanca. Universidad de Salamanca. 569p.

socorro de la víctima, de modo que la tarea del ordenamiento privado sería ir eliminando progresivamente excepciones como las de culpa de la propia víctima o la de caso fortuito, que dificultan ese fin principal”.⁷⁹

Barría contrasta esta solución con la visión de Jules Coleman, para quien el fundamento principal de la responsabilidad civil es la justicia correctiva, lo que obliga a establecer una relación causal entre la conducta y el daño, de manera que solo quien dañe se encuentre obligado a indemnizar al ofendido,⁸⁰ porque la justicia correctiva requiere que los causantes de daños reparen los daños de los cuales son responsables.⁸¹ El actuar negligente, según la visión de Coleman, es definido por la violación de una norma social o de una convención, y no por una referencia a principios filosófico-morales como en Kant o Aristóteles.⁸² La responsabilidad civil vendría a reforzar las expectativas legítimas de comportamiento diligente en las relaciones entre individuos, lo que realza la concepción liberal de la sociedad al proveer a los individuos de herramientas para

Comentando a: VINEY, GENEVIÈVE. 1965. Le déclin de la responsabilité individuelle. Bibliothèque de Droit Privé.

⁷⁹ VINEY, GENEVIÈVE. 1997. Les métamorphoses de la responsabilité. Rapport de synthèse. pág. 335. Comentada en: BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 39.

⁸⁰ COLEMAN JULES. 2005. La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa. La responsabilidad Extracontractual. págs. 57-58. Citando en: BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 19-20.

⁸¹ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. pág. 323-326. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 887.

⁸² COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. pág. 358-360. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 887.

poder promover su propio bienestar. Para Coleman el objetivo del derecho de daños solo se puede lograr mediante una estructura de adjudicación caso a caso entre víctimas individuales y sus respectivos dañadores.⁸³ El dañador debe reparar a la víctima porque es responsable del daño en una forma en la que otros individuos no lo son.⁸⁴ En resumen, el derecho de daños se articula en la relación entre la víctima y el causante del daño y es esta relación la que fija los parámetros de quien debería o no satisfacer la obligación indemnizatoria.⁸⁵

Coleman rechaza la idea de otros autores de que imponer responsabilidad en casos de indeterminación del causante del daño sería consistente con la idea de justicia correctiva. Richard Wright, por ejemplo, sostiene que cualquier persona puede ser declarada responsable cuando imponga un riesgo significativo de causar un daño en otra, incluso en los casos en que no se pueda determinar que agente de riesgo fue el real causante del daño. Wright, al ser enfrentando a un casos de *mass exposure torts*, expone que no hay conflicto con la justifica correctiva si cada demandado es declarado responsable solo por su contribución al riesgo, y que en este tipo de casos la responsabilidad se impone por la exposición al riesgo

⁸³ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. pág. 374. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 887-888.

⁸⁴ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. pág. 355. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 888.

⁸⁵ GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 888.

más que por el daño en sí.⁸⁶ Sin embargo, Coleman rechaza el intento de Wright de reconciliar los principios de la justicia correctiva con teorías de responsabilidad alternativa como la responsabilidad por cuota de participación en el mercado y otras formas de imposición de responsabilidad cuando la causalidad no puede ser acreditada.⁸⁷ Alega que Wright es inconsistente al argumentar que la creación de un riesgo significativo es el daño relevante en los daños de exposición masiva y que en otros casos de derecho de daños la responsabilidad resulta exclusivamente del daño.⁸⁸

Sin embargo, Coleman acepta que dentro del sistema de responsabilidad civil se imponga responsabilidad sin necesidad de acreditar el vínculo causal, pero como una forma de seguro social o un sistema alternativo de compensación en el que se haga responsable a las personas que han creado el riesgo. El autor reconoce que en casos de daños causados por productos en los que exista indeterminación del causante del daño, el sistema de responsabilidad civil debería enfocarse en objetivos distintos que los de justicia correctiva. Sugiere que los casos de daños masivos deben entenderse no como un esfuerzo de

⁸⁶ WRIGHT, RICHARD W. 1988. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: Pruning the bramble bush by clarifying the concepts [en línea] Iowa Law Review Vol. 73(1001) <http://works.bepress.com/richard_wright/16> [consulta: 4 de mayo de 2014]. pág. 1004.

⁸⁷ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. págs. 399-400, 405-406. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 888.

⁸⁸ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. págs. 399-400, 405-406. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 888.

implementar justicia correctiva sino como un esfuerzo para identificar y responsabilizar a círculos localizados o restringidos de agentes de riesgo. La acción de daños sería utilizada como una herramienta para la implementación de este plan y utilizaría a los demandantes como acusadores particulares por lo que sería, presumiblemente, deseable por estos motivos.⁸⁹ El respaldo de Coleman a la imposición de responsabilidad sin necesidad de acreditar el vínculo causal, puede parecer inconsistente con su apoyo a la justicia correctiva como base del sistema de responsabilidad civil, pero es consistente con su reconocimiento de que el derecho de daños persigue múltiples objetivos: “No estoy dispuesto a tratar las desviaciones de la justicia correctiva en el derecho de daños como errores en necesidad de reforma. En cambio otras áreas del derecho de daños pueden ser representativos de enfoques alternativos en la asignación de pérdidas, de manera que corten la relación entre el agente y la víctima bajo la perspectiva de la justicia correctiva”⁹⁰ (la traducción es nuestra).

El mismo Coleman reconoce que la responsabilidad sobre la base de la mera creación de un riesgo es incompatible con los principios de la justicia correctiva. Pero, en su esfuerzo de encontrar una solución en el sistema de responsabilidad civil a los daños causados en forma masiva toma un camino tangencial a los

⁸⁹ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. págs. 405. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 888.

⁹⁰ COLEMAN, JULES. 1992. Risk and Wrongs. págs. 434. Citado en GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 888.

principios de justicia correctiva proponiendo soluciones basadas en principios de seguridad social o sistemas alternativos de compensación, lo que parece estar en contradicción con la justicia correctiva, que el mismo Coleman defiende.⁹¹

Carlos Rozenkrantz ha refutado la opinión de Coleman. Según Rozenkrantz la noción de justicia correctiva en el derecho de daños como una relación entre individuos donde la víctima puede reclamar la reparación solo del causante individual del daño no es aplicable a todo tipo de causación.⁹² En este sentido, Rozenkrantz sostiene que “es plenamente válido proponer este principio como directriz de la reparación de daños que son consecuencia de una o más acciones individuales o colectivas realizadas por alguien distinto al ofendido. Pero ello no es posible en supuestos que derivan de la actividad de un grupo de personas, entre los que se puede encontrar a la propia víctima, consistente en acciones que no se pueden distinguir entre sí”.⁹³ Siguiendo a Schuck,⁹⁴ Rosenkrantz llama a esta clase de daños “daños sociales” y a la forma en que ellos se verifican

⁹¹ Ib. pág. 890.

⁹² ROZENKRANTZ, CARLOS. 2005. La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la filosofía del derecho y la economía se encuentran. La responsabilidad extracontractual. Barcelona. Rosenkrantz, compilador. págs. 18-30. Citado en BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 20.

⁹³ BARRÍA, 2008. Ob. Cit. pág. 20.

⁹⁴ SCHUCK, PETER H. 2005. Dos Cuestiones causales: daños masivos y causas sociales. La responsabilidad extracontractual. Barcelona. Rosenkrantz, compilador. Citado en BARRÍA, 2008. Ob. Cit. pág. 20.

“causación social” o “causación institucional”, en oposición a la causación individual que cae dentro de la soberanía de la justicia correctiva.⁹⁵

Rosenkrantz ha distinguido de qué manera se produce esta causación social, cuyos efectos están al margen de la justicia correctiva.⁹⁶ “Causamos individualmente cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con una o más acciones distinguibles o identificables de uno o más agentes. Causamos socialmente cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con un conjunto de acciones de uno o más agentes indistinguibles entre sí, entre las que se encuentra la acción de la víctima”.⁹⁷

Para Rosenkrantz, la justicia correctiva no es el principio en base al cual se atribuye responsabilidad por daños causados socialmente.⁹⁸ Según el autor “la respuesta más natural al problema de los daños sociales consiste en sostener que deben ser adjudicados a la luz de los principios de la justicia distributiva, esto es, los principios que reglan la manera de distribuir los beneficios y los perjuicios de cooperación social”.⁹⁹

⁹⁵ BARRÍA, 2008. Ob. Cit. pág. 20.

⁹⁶ Ib. pág. 21.

⁹⁷ ROSENKRANTZ. 2005. Ob. cit. pág. 28. Citado en: Barría. 2008. Ob. cit. pág. 21.

⁹⁸ BARRÍA, 2008. Ob. Cit. pág. 21.

⁹⁹ ROSENKRANTZ. 2005. Ob. cit. pág. 28. Citado en: Barría. 2008. Ob. cit. pág. 21.

Para el autor la causa sería un presupuesto de la responsabilidad civil que se justificaría solo en base a principios de justicia correctiva. En la justicia correctiva existe una relación obligatoria entre el causante del daño y la víctima, en circunstancias que se asume que las partes de una relación de derecho privado son iguales y, por lo tanto, identificables.¹⁰⁰ Los daños causados socialmente se caracterizan por una desproporción entre las partes del vínculo obligacional y por la imposibilidad de identificar a los potenciales dañadores. Desde el punto de vista de la justicia distributiva se pretende evitar la diferencia entre los costos asumidos por las víctimas y los costos asumidos por los (potenciales) dañadores. El fabricante debe asumir el costo de los eventuales accidentes que genere su actividad porque, aunque no se acredite que causó un daño, ha extralimitado su libertad de acción al imponer riesgos significativos (sin consentimiento previo) en otras personas. Era él quien estaba en control de los hechos y la conducta era adecuada para ocasionar el daño. La causa es irrelevante. Al traspasar el costo de la indemnización al precio de los productos, toda la sociedad paga por la cobertura del riesgo que amenaza a todos sus integrantes, pero que se materializa sobre unos pocos.¹⁰¹

Sin embargo, creemos que los intentos de los defensores de la justicia correctiva para justificar la asignación de responsabilidad en casos de daños por

¹⁰⁰ BARROS. 2007. pág. 40.

¹⁰¹ Ib. pág. 53.

productos (u otros daños causados masivamente) donde la víctima no puede probar que fabricante específico causó el daño no es tensa desde un punto de vista lógico ni tampoco incompatible con la justicia distributiva.¹⁰² Claire Finkelstein, por ejemplo, ha catalogado un grupo de casos dispares, incluyendo a aquellos que involucran la responsabilidad por cuota de mercado, daños por sustancias tóxicas y la pérdida de una chance (en el contexto de las negligencias médicas), en las que se puede identificar una tendencia en el derecho de daños a reconocer la responsabilidad por la creación de riesgos.¹⁰³

De esta forma, Finkelstein sostiene que la responsabilidad basada en el riesgo no implica, necesariamente, alejarse de los fines correctivos y compensatorios de la responsabilidad civil. Si bien, en los casos de daños causados masivamente las Cortes norteamericanas han cumplido un importante rol disuasivo de actividades altamente riesgosas, no es menos cierto que al otorgar compensaciones por exposiciones injustificadas a un riesgo se está reconociendo que este es una especie de daño compensable.¹⁰⁴

¹⁰² GIFFORD. 2005. Ob Cit. pág. 889.

¹⁰³ FINKELSTEIN, CLAIRE. 2003. Is Risk a Harm?. University of Pennsylvania Law Review Vol. 151(3): págs. 980-981.

¹⁰⁴ FINKELSTEIN. 2011. Ob. cit. pág. 983.

2.5. Causalidad como factor de atribución.

En los apartados anteriores explicamos por qué la causa no se justifica como requisito de la responsabilidad desde un punto de vista moral, de fines y de justicia del derecho de daños. Ahora veremos porque la causa tampoco es un buen criterio para atribuir responsabilidad.

La causalidad natural viene determinada por la fórmula de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*) según la cual la conducta del demandado es causa del daño sí, suprimida mentalmente la conducta, desaparece el perjuicio, a la inversa, no puede afirmarse que la conducta del demandado es causa del daño sí, aun cuando se suprima mentalmente la conducta, el daño igualmente se habría producido.¹⁰⁵ Lo que eleva al rango de causa a todos los hechos antecedentes, sin los cuales no se habría producido el evento de manera que extiende la responsabilidad de manera ilimitada, llegando a resultados absurdos e irrisorios.¹⁰⁶ Fernández y Salvador nos explican que “el problema práctico de este test radica en su naturaleza contrafactual [que] [r]equiere que el tribunal determine una causalidad hipotética: ¿Qué habría ocurrido si el demandado no hubiera actuado como lo hizo? ¿Qué habría ocurrido de no omitir

¹⁰⁵ SALVADOR CODERCH, PABLO “et al”. 2005. El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva. [en línea] Indret 2005 <http://www.indret.com/pdf/309_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]. pág. 9.

¹⁰⁶ PREVOT. 2010. Ob. cit. pág. 164.

la conducta que se esperaba de él? Estas preguntas presentan serios problemas de prueba”¹⁰⁷ porque es imposible volver al momento anterior al accidente, remover la negligencia del demandado, y ver qué habría pasado. Los problemas que se plantean son varios:

1. La primera cuestión es si podemos hablar de causalidad en la omisión.
2. Otro problema se presenta en los supuestos de causalidad múltiple pues lo normal es que sean varias las condiciones que hayan contribuido a la producción del resultado. Como en los casos de causalidad común, acumulativa y concurrente. Además de los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo. En todos estos casos, si aplicamos la teoría de la equivalencia de las condiciones no es posible alcanzar una conclusión acerca de cuál conducta precisa causó el daño.

A continuación expondremos los distintos problemas que plantea la causalidad como factor de atribución.

2.5.1. Causalidad y omisión.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ CRENDE, ANTONIO y SALVADOR CODERCH, PABLO. 2006. Causalidad y responsabilidad. [en línea] Indret 2006 <http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf> [consulta: 10 abril 2014]. pág. 3.

Para Jorge Baraona los supuestos de daño por omisión deben solucionarse según un juicio de imputación objetiva. Si aplicáramos la *conditio sine qua non* deberíamos realizar un ejercicio inverso, es decir, preguntarse qué habría ocurrido si el demandado hubiera realizado la conducta debida. Pero esta doctrina deja de manifiesto que en materia de omisiones la causalidad es particularmente difícil de formular¹⁰⁸ porque, como la negligencia es por definición una omisión consciente, un descuido en el actuar por impericia o dejar de cumplir un acto que el deber funcional exige, estaríamos en verdad ante un claro caso de atribución de responsabilidad por la sola infracción de un deber de conducta. En efecto, el artículo 44 del Código Civil define los tipos de negligencia como omisiones de conducta: “(---) negligencia grave (---) es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (----) descuido leve es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (---) descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.”

En el daño por omisión la abstención del omitente no es causa material ni condición necesaria del daño.¹⁰⁹ La fórmula de la *conditio sine qua non* no es

¹⁰⁸ BARAONA. 2003. Ob. cit. pág. 357.

¹⁰⁹ PREVOT. 2010. Ob. cit. pág. 165.

capaz de resolver los casos en que el daño es consecuencia de la omisión de un deber de precaución¹¹⁰ porque en la omisión no hay causalidad ya que en estos casos la responsabilidad se fundamenta en la infracción de un deber de evitar la producción del daño. Por ejemplo, en la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2320 del Código Civil la negligencia del padre o madre, tutor o curador, jefes de colegio y empresarios se basa en la falta de control o de vigilancia de hechos ajenos.

La cuestión resulta de suma importancia porque gran parte de los casos de responsabilidad civil corresponden a daños por omisión. En los casos que expondremos a continuación se aprecian que el criterio para imputar responsabilidad en casos de omisión es la infracción de un deber de actuación.

En el primer caso la víctima de un accidente de tránsito se dirigió contra la Municipalidad de Providencia por falta de señalización adecuada en la calle del accidente. La Corte Suprema acogió la demanda pues estimó el deber legal de la Municipalidad de señalar adecuadamente las vías públicas. La sentencia, en su considerando segundo señala que “las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicios, uno de los cuales corresponde (---) al deber de señalar

¹¹⁰ SALVADOR “et al”. 2005. Ob. cit. pág. 11.

adecuadamente las vías públicas (---)".¹¹¹ Por lo que la Corte consideró que la Municipalidad debía indemnizar por no haber cumplido con el deber de señalización de las calles, es decir, por la infracción de un deber de conducta.

En otro caso, un guardia privado de un supermercado falleció por disparos tras el asalto a la tienda. La viuda demandó la indemnización de los daños al supermercado por no haber adoptado las medidas de seguridad para evitar la muerte de su marido. La sentencia de primera instancia acogió la demanda, pues estimó que la empresa no había tomado las medidas de seguridad suficientes.¹¹² Pero el tribunal de segunda instancia revocó el fallo y estimó que no había una relación de causalidad entre la muerte del guardia y la actuación de la empresa, desde que no se probó cuales habrían sido las medidas de seguridad que habrían evitado la muerte del vigilante.¹¹³ De nuevo, todos estos criterios de imputación son de tipo normativo, a partir de los cuales se configura el cumplimiento o incumplimiento del deber de seguridad de la empresa.¹¹⁴

Una sentencia del Tribunal Supremo de España, comentada por Fernández y Salvador, resulta ilustrativa para aclarar el punto: “[e]n el caso Aznalcóllar, la

¹¹¹ Corte Suprema. 04.11.1993. Rol 5903-1993. Citado en: BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 357.

¹¹² Juzgado Civil de Santiago (19°). 30.08.1997. Citado en: BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 358

¹¹³ Corte de Santiago. 21.06.2000. Rol 6642-1997. Citado en: BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 358

¹¹⁴ BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 358.

rotura de un dique de contención de una balsa de residuos mineros había producido el vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, cuyo cauce fue invadido por lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico. La balsa de residuos mineros era propiedad de Boliden Aspirsa (---) que (---) había encargado el recrecimiento del dique de la balsa a Geocisa (- --). El Tribunal Supremo [sancionó] a Boliden Apirsa (---) por los daños al dominio público hidráulico y (---) por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos. Entre otros argumentos, el Tribunal Supremo fundamenta su decisión clave [en la] omisión: “A Boliden Apirsa (---) le es imputable la culpa en la elección de esa empresa [Geocisa] y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener la seguridad en una situación de riesgo creada por ellos en el ejercicio de su actividad”.¹¹⁵

Obsérvese que el Tribunal Supremo imputa responsabilidad por “no haberse implicado más directamente en la vigilancia”,¹¹⁶ es decir, por el incumplimiento de un deber de actuar del obligado. No hay causalidad, “sino incumplimiento de un deber (*breach of duty*)”.¹¹⁷ En el daño por omisión el daño se ha ocasionado por otros acontecimientos y, por lo tanto “el único vínculo que es posible

¹¹⁵ FERNÁNDEZ Y SALVADOR. 2006. Ob. cit. pág. 4.

¹¹⁶ Ib.

¹¹⁷ Ib.

establecer entre el demandado y el resultado dañoso es la transgresión a un deber de conducta”.¹¹⁸ Pero el Tribunal supremo, además, señala que la inactividad del demandado generó una situación de riesgo, dejando entrever un criterio objetivo de atribución.

Siguiendo esta línea, pasaremos a revisar algunas sentencias nacionales en casos de daños por omisión donde las Cortes han fallado en atención a factores objetivos de imputación.

2.5.1.1. Omisión e imputación objetiva.

En las sentencias que expondremos a continuación se observa una tendencia, en casos de daño por omisión, a imputar responsabilidad al agente por haber sobrepasado el límite de riesgo admitido, lo que nos aproxima a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

En el primer caso, se condenó a la Compañía Minera Disputada las Condes S.A. porque permitió el aterrizaje de un helicóptero en una plataforma, sin advertir que existían cables de tendido eléctrico que podían hacer difícil la aproximación, por lo que debido a la dificultad del aterrizaje el helicóptero se estrelló. En su considerando decimoséptimo y decimoctavo la Corte de Apelaciones de Santiago

¹¹⁸ BARAONA. 2003. Ob. cit. pág. 357.

estimó que “resulta establecido el deber de cuidado de quien actuaba por la Compañía Minera (---) en orden a que [debía] abstenerse de señalar a sus contratistas la existencia de un helipuerto ocasional, puesto que estaba en antecedente de los riesgos extraordinarios o anormales que importaba operar en ese lugar, los cuales excedían los normalmente aceptables, tanto por la cantidad de cables de tendido eléctrico existentes en el lugar, como por la falta de señalización de los mismos (---) no se especificó adecuadamente los factores de riesgo desmedido del sector”, y agrega “[q]ue a lo anterior se une el hecho que se transgrede la conducta expresada el principio de confianza de los contratistas, quienes haciendo fe de lo apropiado de los medios que se le indican, proceden a poner en conocimiento del piloto lo informado, señalándole que el terraplén aludido era utilizado como helipuerto ocasional, razón por la cual esta persona se dirige al lugar, sin tomar mayores providencias que respecto de aquellos riesgos que pudo prever normalmente, entre los que no se encuentra el advertir un tendido eléctrico y cables de seguridad que no eran fácilmente apreciables a simple vista”.¹¹⁹ Resulta claro que el fallo se encuentra influenciado por la teoría de la imputación objetiva. Por una parte el criterio del riesgo incrementado y por otro el principio de confianza. En este sentido, la Corte imputa responsabilidad porque el trabajador de la compañía propone el aterrizaje sin advertir los riesgos

¹¹⁹ Corte de Santiago. 04.04.2002. Rol 2802-1999. Citado en: BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 359.

que existían, o sea expone a la víctima a un riesgo no permitido. En esta sentencia el criterio de atribución no está en la culpa, ni la causa porque es obvio que la caída del helicóptero fue causada por hechos que no son atribuibles directamente a la compañía, pero se le imputa el incrementar el riesgo permitido y vulnerar el principio de confianza.¹²⁰

Un segundo caso que reconoce de forma más explícita la teoría de la imputación objetiva es el de un espectador de un partido de fútbol que fallece al caer sobre un espacio vacío en las graderías del Estadio Federico Schwager de Lota. Los herederos del difunto demandaron a la Municipalidad de Lota, dueña del recinto, por no haber advertido suficientemente el riesgo que significaba los espacios entre las gradas. La Corte de Apelaciones de Concepción acogió la demanda (la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema) porque estimó que la responsabilidad no se veía alterada “por el hecho de que no resultara probado que la víctima cayó al pisar un tablón que se levantó, como se dice en la demanda, ya que la responsabilidad de la Municipalidad se genera por su conducta de permitir el uso de un estadio con sus graderías en mal estado (---) siendo irrelevante si la caída fue por levantamiento de tablón, tropezón o pérdida de equilibrio”.¹²¹ Este caso es interesante porque la Corte formula considerandos

¹²⁰ BARAONA. 2003. Ob. cit. pág. 360.

¹²¹ Corte de Concepción. 28.11.2001. Rol 1548-2000. Citado en BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 361.

que se fundan en criterios objetivos de responsabilidad, al atribuir a la Municipalidad la creación de un riesgo significativo y que no actuó en mitigarlo.

En la sentencia que analizaremos a continuación se imputa responsabilidad por la generación de un riesgo no admitido y evitable. En los hechos un hombre falleció al impactar, en su vehículo, un tubo que atravesaba toda la calzada. Al momento del accidente no existía ningún tipo de señalización que advirtiera el peligro. En el considerando decimoctavo la Corte de Apelaciones de Valdivia razonó que “la Ilustre Municipalidad de La Unión incurrió en responsabilidad al haber incumplido gravemente sus funciones legales, generando un riesgo previsible y evitable con mediana negligencia y cuidado”.¹²²

Las consideraciones de los fallos coinciden con la tesis sostenida en esta memoria de que la causa no es un buen factor de atribución. En ninguna de las situaciones descritas la omisión podía conducir a una elaboración de un vínculo causal, por lo que las Cortes decantaron sus decisiones en un factor objetivo de atribución como es el riesgo o el principio de confianza. Como la *conditio sine qua non* falla en casos de daño por omisión la causa resulta, nuevamente, irrelevante y lo decisivo pasa a ser la teoría de la imputación objetiva.

¹²² Corte de Valdivia. 29.01.2002. Rol 4972-2000. Citado en: BARONA. 2003. Ob. cit. pág. 362.

En todo caso, la causalidad de hecho es un mal factor de atribución de responsabilidad porque presenta una infinidad de problemas en supuestos de causalidad múltiple y de causalidad indeterminada¹²³. A continuación desarrollaremos algunos de los más relevantes.

2.5.2. *Conditio sine qua non* y causalidad múltiple.

La doctrina de la equivalencia de las condiciones ofrece un criterio demasiado amplio de imputación porque lo normal es que varias causas hayan contribuido al resultado.¹²⁴ En estos supuestos varios sujetos se encuentran enlazados con la producción del daño, es así que podemos hablar de causalidad común o coautoría, causalidad adicional o acumulativa, causalidad concurrente, causación grupal o daños causados colectivamente y causalidad alternativa o disyuntiva. En los puntos que siguen explicaremos cada uno de estos casos.

2.5.2.1. Causalidad común o coautoría.

¹²³ SALVADOR. 2013. Ob cit. pág. 125.

¹²⁴ Ib.

En la causalidad común varias personas cooperan en la producción del mismo resultado dañoso; existe causación común, por ejemplo, cuando hay dos o más coautores, cómplices o encubridores de un hecho ilícito, es decir, existe un solo hecho en el que participan dos o más personas conjuntamente.¹²⁵

Barros señala como ejemplos “(---) el caso de una concertación dolosa para engañar a un tercero; de los carteles monopólicos (---) y, en general, de la coparticipación según es definida en el derecho penal (coautoría, complicidad y encubrimiento)”.¹²⁶ Lo que caracteriza a estos casos es que el hecho tiene una orientación final que es compartida (de diferentes maneras) por quienes intervienen en su ejecución.¹²⁷ Cada sujeto opera en la relación causal en pro del efecto del acto conjunto,¹²⁸ por lo que la responsabilidad de cada uno de ellos es por el total del daño.¹²⁹

El Código Civil regula la situación descrita en el artículo 2.317 que establece un régimen de responsabilidad solidaria en caso que un daño sea causado por

¹²⁵ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 421.

¹²⁶ Ib. págs. 421-422.

¹²⁷ Ib. pág. 422.

¹²⁸ GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. 1988. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. pág. 22.

¹²⁹ COMPIANI, MARIA. 2006. Responsabilidad por daños colectivos. Revista Jurídica UCES. págs. 60-70.

varias personas, debido a un delito o cuasidelito.¹³⁰ Para Barros, la razón de esta comprensión del artículo 2.317 es que a la luz de la teoría de la *conditio sine qua non*, todos los hechos sin cuya presencia el daño no se habría producido, son equivalentes y, por lo tanto, deben ser tenidos como causa del mismo.¹³¹ Pero ocurre que en varias situaciones la causalidad natural no ofrece una solución acertada para determinar la responsabilidad en supuestos de causalidad común o coautoría. Es el caso de lo que la doctrina americana ha llamado *enterprise liability*.

La *enterprise liability* o *industry wide liability* es una forma de causación común o de coautoría. Esta doctrina se originó en el caso *Hall v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.* En *Hall*, trece niños resultaron heridos, en accidentes separados, por fuegos artificiales. Se demandó por los daños resultantes a seis empresas productoras, lo que en la práctica comprometió a toda la industria de fuegos artificiales de Estados Unidos. La evidencia demostró que los demandados: 1) Cooperaron para adherir a un mismo estándar de seguridad 2) Acordaron delegar funciones sobre la seguridad del producto (diseño e investigación) en las mismas asociaciones y 3) Acordaron cooperar en el diseño base del producto.¹³² Todos

¹³⁰ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 421.

¹³¹ Ib. pág. 421.

¹³² FAULK, RICHARD y GRAY, JOHN. 2008. "Negligence in the Air?" Should "Alternative Liability" Theories Apply in Lead Paint Litigation?. *Pace Environmental Law Review* vol.25(1). pág. 155.

estos hechos demostraban que los demandados habían actuado en forma conjunta o concertada en la creación de un riesgo.¹³³ Pero, debido a la fungibilidad del producto los demandantes no podían determinar el vínculo causal entre que fuego artificial de un productor particular había producido el daño, por lo que la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones hubiera conducido al rechazo de la demanda. La Corte decidió invertir la carga de la prueba de manera que si los demandantes podían determinar que los fuegos fueron producidos por cualquiera de los demandados, entonces los demandados eran quienes debían identificar que preciso productor causó cada daño en particular, de lo contrario todos serían condenados en forma solidaria a reparar los daños.¹³⁴ Como dicha prueba resultaba tan imposible para los demandados como era para los demandantes, en la práctica la Corte optó por eliminar el requisito causal e imputar responsabilidad por la creación conjunta y concertada de un riesgo.

Un problema adicional se presenta en los casos en que la actuación conjunta de varios agentes provoca un efecto sinérgico: la actuación de uno refuerza el efecto perjudicial de la del otro y viceversa. Son los casos de causalidad adicional o acumulativa que trataremos en el punto que sigue.

¹³³ MURRAY, RICHARD P. 1981. Sindell v. Abbott Laboratories: A Market Share Approach to DES Causation. California Law Review Vol. 69 (4). pág. 1184.

¹³⁴ MURRAY. 1981. Ob. cit. pág. 1184.

2.5.2.2. Causalidad adicional o acumulativa. Efecto sinérgico.

En la causalidad acumulativa el daño es la consecuencia de diversas actuaciones independientes, que aisladamente consideradas, son insuficientes para causarlo, pero la suma de todas ellas es apta para la producción del daño,¹³⁵ por lo que, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, cada conducta no debería ser considerada causa del daño porque al ser suprimida hipotéticamente una de ellas el daño persiste. Fernández y Salvador ejemplifican: “Si hay varios agentes potenciales de daños que actúan secuencialmente, el primero en actuar puede no causar ningún daño porque, por ejemplo, la cantidad de vertidos que realiza es por sí sola inocua. Pero los vertidos de quienes le siguen se suman a los anteriores y, entre todos, acaban por causar graves daños”¹³⁶. Dicho de otro modo, talar media hectárea de bosque no es necesariamente grave, pero eliminar todos los árboles sería una catástrofe.

En estos casos la doctrina ha optado por dos soluciones. Una de ellas ha sido condenar a todos los sujetos involucrados en forma solidaria en atención a criterios de justicia que buscan reparar los daños injustamente sufridos y sancionar la conducta riesgosa de los demandados, por lo que sería aplicable el

¹³⁵ BARRÍA DÍAZ, RODRIGO. 2011. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho civil chileno. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (1). pág. 174.

¹³⁶ FERNÁNDEZ Y SALVADOR. 2006. Ob. cit. pág. 5. En el mismo sentido: BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 422.

artículo 2.317 del Código Civil.¹³⁷ Otro criterio ha sido condenar a cada uno de los sujetos que participaron en la producción del resultado en proporción al grado en que con sus conductas aportaron al resultado lesivo.

Según la segunda alternativa, la responsabilidad será proporcional al grado de riesgo que el demandado produce. De manera que el demandado será declarado responsable por la exposición al riesgo si el demandante prueba que dicha exposición existió y que él fue expuesto al riesgo creado por la actividad del demandado. Desde que el factor de atribución es la exposición al riesgo que, posiblemente, condujo a la materialización del daño efectivamente sufrido, la responsabilidad se limita a la proporción del daño manifestado según el nivel de riesgo que el demandado causó. Por lo tanto, si el demandante no logra establecer que el demandado contribuyó efectivamente a la causación del daño, tendrá que establecer, necesariamente, que el riesgo que el demandado creó probablemente condujo a la materialización del perjuicio, de manera que el demandado será responsable por el riesgo creado más que por el daño en sí.¹³⁸

2.5.2.3. Causalidad acumulativa o concurrente.

¹³⁷ BARRÍA. 2011. Ob. cit. pág. 174.

¹³⁸ WRIGHT, RICHARD W. 1988. Ob. cit. pág. 1068.

Se trata de aquellos supuestos en que diversas conductas o actividades concurren en la causación del daño pero cualquiera de ellas, por si misma, hubiera sido apta para causar el mismo daño y en el mismo momento. Aquí el problema se halla en que ninguna de esas conductas o actividades puede ser realmente *conditio sine qua non*,¹³⁹ porque mediante el método de la supresión mental hipotética se podría eliminar uno de los hechos y el daño se produciría igual.¹⁴⁰

Se ha sostenido que, por razones de justicia la solución no puede ser que la víctima soporte el daño pues la mutua alegación sobre el hecho de que el daño igualmente se habría producido de no haber mediado la conducta de uno de los demandados conduciría a la irresponsabilidad de todos.¹⁴¹ Sin embargo, creemos que el argumento de justicia no resulta suficiente, toda vez que para atribuir responsabilidad tiene que existir un factor objetivo de atribución.

Descartada la causalidad, el factor de atribución pasa al campo de la imputación objetiva según el criterio del riesgo incrementado por el hecho y de la adecuación de la conducta, pues en estos supuestos cada uno de los

¹³⁹ CASALS, MIQUEL MARTÍN. 2005. Una primera aproximación a los “Principios del Derecho Europeo de la responsabilidad civil”. [en línea] Indret 2005 <http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]. pág. 11.

¹⁴⁰ LORENZETTI, RICARDO. 1996. Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos. La Ley. pág. 2.

¹⁴¹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 422. En el mismo sentido: CASALS. 2005. Ob. cit. pág. 11 y GARRIDO. 1988. Ob. cit. pág. 23.

demandados habría creado una situación de riesgo apta para causar el daño sufrido. Por ejemplo, cuando en el incendio de un edificio concurre como causa la mala instalación de una cañería de gas y la quema riesgosa de leña en el inmueble vecino, siendo cada una de las causas suficientes para causar el daño por sí solo, el factor de atribución no se encuentra en la causa ni menos en razones de justicia si no que en el riesgo desmesurado creado por la conducta de ambos demandados que, a la vez, eran adecuadas para producir el daño.

2.5.2.4. Causalidad o intervención grupal. Daños causados colectivamente.

Existe causación grupal cuando el daño es causado por un individuo indistinguible dentro del grupo del que forma parte donde las actuaciones de cada uno de los sujetos no son paralelas e independientes (como en la causalidad alternativa) si no que responden a una actuación grupal en una actividad que realizan conjuntamente como en los actos de matonaje o vandalismo. Lo que caracteriza a este tipo de actuación es que el individuo pierde identidad y autonomía bajo el manto del accionar conjunto que le presta parcial anonimato. El papel del individuo se torna difuso y surge como agente impulsor la colectividad de personas que desarrollan una actividad peligrosa.¹⁴²

¹⁴² COMPIANI, MARIA FABIANA. 2006. Ob cit. págs. 69-84.

Nuevamente la aplicación de la *conditio sine qua non* no ofrece resultados satisfactorios toda vez que suprimir mentalmente la conducta de cualquiera de los individuos no conduce a conclusión alguna pues el daño es anónimo. Al margen de la causa, el factor de imputación es objetivo. En este sentido María Fabiana Compiani señala que “la imputación a los integrantes del grupo nacerá de la coparticipación en un riesgo, porque se requiere que la actividad del conjunto cree un peligro particular, no el propio de vivir en sociedad sino el de cooperar, intervenir, colaborar dentro de un conjunto de personas cuya actividad desenvuelva un riesgo. El factor de atribución es el riesgo *creado* por la actividad del grupo. Es, por ende, objetivo”¹⁴³ y agrega que “la ponderación de esas circunstancias y su incidencia en el riesgo de la actividad del grupo debe realizarse en abstracto, con prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta individual de las personas que lo forman. Si en base a tales consideraciones concurre una clara probabilidad de que el perjuicio suceda [previsibilidad *ex post*], funcionará el factor de atribución objetivo. Ello es así por cuanto el daño se encontrará en una relación de causalidad adecuada a título de consecuencia mediata con la actividad riesgosa del conjunto. En este caso el daño habrá sido generado colectivamente por los integrantes del grupo, siendo la causalidad común o conjunta y resultando indiferente la determinación del autor del daño, ya que todos los miembros del grupo son imputados como

¹⁴³ Ib. pág. 72.

copartícipes del riesgo”.¹⁴⁴ La responsabilidad nace por ser copartícipes en la creación de un riesgo,¹⁴⁵ por lo que resultaría aplicable el artículo 2.317 del Código Civil que sancione solidariamente a quienes hayan participado como coautores en la causación de un daño o, como en este caso, en la creación concertada de un riesgo.

2.5.2.5. Causalidad alternativa o disyuntiva.

La causalidad alternativa se refiere a los casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo determinado de personas. Para que estemos en presencia de este supuesto es necesaria la existencia de dos o más sujetos que hayan desplegado conductas significativamente similares (por factores de tiempo, espacio o fungibilidad del producto) e independientes (porque no existe coautoría en la realización de la conducta) cada una de las cuales es apta y suficiente por sí sola para causar el daño que sufrió la o las víctimas. Al igual que en los casos anteriores la teoría de la equivalencia de las condiciones nos guía a un callejón sin salida pues la supresión ficticia de cualquiera de las conductas no conduce a respuesta alguna toda vez que como no es posible

¹⁴⁴ Ib. págs. 72-73.

¹⁴⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE. 1989. Responsabilidad Colectiva. En: Estudios sobre responsabilidad por daños Fallos Anotados y Doctrina Tomo II. Santa Fe. Rubinzal y Culzoni Editores. pág. 312.

establecer una relación de causalidad individual entre la víctima y un particular causante, la alegación común de esta situación conduciría a que todos los potenciales causantes se eximan de la responsabilidad.

Se ha señalado que frente a la imposibilidad de probar la causalidad resulta más ajustado a la idea de justicia situar la pérdida en los demandados culpables que en la víctima inocente y para salvar la barrera causal se ha recurrido a la inversión de la carga probatoria¹⁴⁶ (a sabiendas de que es tan imposible para los demandados señalar quien fue el específico causante respecto de una víctima particular como lo era para los demandantes señalar quien fue el autor individual del daño) e incluso algunos recurren a la presunción de causalidad señalando que la causalidad alternativa se resuelve presumiendo que cada uno de los posibles causante produjo el daño¹⁴⁷, cuestión que, a todas luces, resulta ilógica pues no puede presumirse algo cuya ocurrencia es imposible. Las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes. Por ejemplo, en *Summers. v. Tice* no podríamos suponer que el proyectil provino de las dos armas pues dicha suposición se refiere a una acción que, físicamente, no puede ocurrir.

Al igual que los casos anteriores, la solución se encuentra en la imputación objetiva del daño. Dependiendo del caso, los factores de atribución podrán ser

¹⁴⁶ GEISTFELD, MARK. 2006. The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability. *University of Pennsylvania Law Review* (06-38): p. 464.

¹⁴⁷ Vease en general: BARRÍA. 2008. Ob. cit.

el riesgo creado, la adecuación de la conducta en relación con el daño y el control de los hechos.

2.6. Conclusiones.

Resulta ilógico tratar de explicar situaciones de complejidad causal mediante los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil. Para superar dichas complejidades (y mantener las formas) la doctrina y la jurisprudencia han recurrido a diferentes mecanismos que buscan conservar al vínculo causal como requisito de la indemnización de perjuicios (como las, ya mencionadas, presunciones e inversiones de la carga probatoria). Sin embargo, estas complejidades parecen aclararse cuando comprendemos que el moderno derecho de daños debe estructurarse en base a diversos criterios de imputación donde la causa solo juega un papel que puede ser suplido por otros factores.

El objetivo de las reglas de responsabilidad es situar el costo de los accidentes en quienes se encuentran en una relación objetiva con el daño. Esta relación es determinada por los criterios que ofrece la teoría de la imputación objetiva.

Pero no solo la causa se encuentra en entredicho en el actual derecho de daños. También la previsibilidad y la negligencia resultan cuestionables. Continuaremos esta exposición analizando las razones que demuestran porque

se puede atribuir responsabilidad sin que exista previsibilidad del daño y sin que haya, necesariamente, una conducta negligente.

Capítulo II. La Previsibilidad.

3. Previsibilidad y responsabilidad.

Los autores nacionales han señalado, invariablemente, que la previsibilidad es un requisito de la responsabilidad. Generalmente se analiza a la previsibilidad como un elemento de la culpa pues se sostiene que la diligencia supone un actuar que intenta evitar un daño previsible,¹⁴⁸ por lo tanto no se puede responsabilizar por consecuencias que no era probable prever. Se señala que el análisis debe hacerse en abstracto por lo que para imputar responsabilidad el daño debe ser previsible según el parámetro del hombre prudente. Para Barros “el modelo del hombre prudente y diligente nos remite a una persona que delibera y actúa razonablemente: y como lo imprevisible no puede ser objeto de la deliberación, no hay diligencia que pueda comprenderlo”.¹⁴⁹

Pero también existe consenso en que la previsibilidad juega un rol en la causalidad. Barros distingue que al analizar la previsibilidad como elemento de la culpa la pregunta recae sobre la previsibilidad inicial del daño, y como elemento

¹⁴⁸ VELOSO, PAULINA. 2004. La previsibilidad es una condición o requisito de la culpa y no de la relación causal. En: María Dora Martinic-Galetovic; Claudia Schmidt Hott Coord. Nuevas Tendencias del Derecho. Santiago. Lexis Nexis. pág. 252.

¹⁴⁹ BARROS, 2007. Ob. cit. pág. 90.

de la causalidad la previsibilidad jugaría un rol en la imputación objetiva de las consecuencias dañosas que se siguen del ilícito.¹⁵⁰ Es decir, la previsibilidad como elemento de la culpa atendería a la capacidad del causante de prever *ex ante* las consecuencias dañosas de su acción (probabilidad subjetiva), y dentro de la causalidad sería un criterio de imputación objetiva al analizar retrospectivamente (o *ex post*) si las consecuencias mediatas del ilícito pueden ser tenidas o no como extraordinarias a efectos de imputar responsabilidad (probabilidad objetiva).¹⁵¹

Por eso, aunque resulte subjetivamente imprevisible para un fabricante el que un determinado producto vaya a causar daños debido a un defecto determinado, si puede imputarse responsabilidad debido a que *ex post* dichos daños no pueden tomarse como anormales porque la conducta es adecuada para producir el daño y porque pertenecen al ámbito de riesgo que el productor creó con su conducta. De la misma forma en supuestos de complejidad causal, la responsabilidad se imputa por tratarse de daños previsibles según las reglas de la experiencia y el normal cálculo de probabilidades,¹⁵² por ejemplo, si varias víctimas han tenido la misma relación con un factor determinado, pero se desconoce en forma exacta el mecanismo en que dicho factor ocasiona el daño, se atribuye responsabilidad

¹⁵⁰ Ib. pág. 92.

¹⁵¹ Ib. pág. 400.

¹⁵² CAPUTTO. 2011. Ob. cit. págs. 2-3.

por la relación entre el factor antecedente y el perjuicio sufrido,¹⁵³ así el consumo de dietilestilbestrol (DBS) produce, típicamente, adenocarcinoma de células claras¹⁵⁴; la exposición al asbesto produce, típicamente, asbestosis y mesotelioma de pleura y peritoneo¹⁵⁵; la exposición al plomo produce, típicamente, bajo coeficiente intelectual en niños¹⁵⁶, etc. Por lo que si bien, dichas consecuencias no eran previsibles *ex ante*, sí puede imputarse responsabilidad según una previsibilidad *ex post* pues dichos daños no pueden tomarse como anormales según el curso normal de los acontecimientos y a que se encontraban dentro del riesgo creado por los potenciales causantes del daño.

Los supuestos de causalidad tóxica ejemplifican el asunto. En este tipo de casos se distingue entre causalidad general y específica. La causalidad general establece que una determinada sustancia es capaz de causar los daños sufridos por la víctima (su prueba se fundamenta en informes periciales de carácter científico etiológico y epidemiológico) y la causalidad individual determina que la exposición a una sustancia determinada causó los daños sufridos por un sujeto

¹⁵³ PREVOT. 2010. Ob. cit. pág. 157.

¹⁵⁴ Vease en general: MURRAY, RICHARD P. 1981. Sindell v. Abbott Laboratories: A Market Share Approach to DES Causation. California Law Review Vol. 69 (4): 1179-1203.

¹⁵⁵ Vease en general: DIMASI, BRIAN M. 1995. Comment: The Threshold Level of Proof of Asbestos Causation: The "Frequency, Regularity and Proximity Test" and a modified *Summers v. Tice* theory of Burden-Shifting. Capital University Law Review (24): 1-26.

¹⁵⁶ Vease en general: FAULK. 2008. Ob cit.

determinado (es decir la causalidad individual se refiere a la cuestión, común a todo caso de daños, de si la conducta del demandado efectivamente causó el daño al demandante), por lo que el demandante debe primero acreditar la causalidad general respecto de la sustancia, por ejemplo, porque se trata de una enfermedad monocausal o *signature disease* (como el adenocarcinoma de células claras producto de consumo de DBS o el mesotelioma de pleura causado por la exposición al asbesto) y la causalidad específica al acreditar que demandado particular lo expuso a la sustancia.¹⁵⁷ En la generalidad de estos casos la causalidad general no resultará previsible *ex ante* para el potencial causante debido al estado de los conocimientos científicos a la época de la exposición pero la responsabilidad se atribuirá *ex post* porque la sustancia es adecuada para producir el resultado y por haber contribuido a la creación del riesgo. La causalidad específica resultará imposible de probar por lo que se obviará como requisito de la responsabilidad o se dará por acreditada mediante inversiones probatorias o presunciones de causalidad.

Por lo tanto, la previsibilidad como elemento de la culpa (o previsibilidad *ex ante*) no resulta determinante toda vez que se imputa responsabilidad aun cuando las consecuencias de la conducta no resulten subjetivamente previsibles

¹⁵⁷ AZAGRA MALO, ALBERT. 2006. Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/355_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]. pág. 4.

para el sujeto. La responsabilidad se atribuye, en estos casos, en atención a criterios objetivos como la adecuación entre la conducta y el daño, es decir, previsibilidad *ex post* (porque acredita la causalidad general se tendrá a la sustancia como apta para producir el perjuicio) o porque, en general, la conducta pertenece al tipo de actividad capaz de causar un daño del tipo sufrido por el demandante (como en *Summers v. Tice*).¹⁵⁸ Como factor de atribución solo nos queda la previsibilidad *ex post* que, en definitiva, es un criterio de imputación objetivo, no un elemento integrante de la causalidad.

Pero, la previsibilidad *ex ante* o previsibilidad como integrante de la culpa puede jugar un rol en el fin de prevención del derecho de daños cuando se atribuye responsabilidad por daños imprevistos. La tesis que sostenemos es que hacer responsable a un sujeto por daños que no previó incentiva los niveles de información y cuidado para la prevención de daños difíciles de prever pero que son típicos de conductas riesgosas. Explicamos esta idea en el siguiente apartado.

3.1. Previsibilidad y prevención.

¹⁵⁸ SALVADOR. 2013. Ob cit. pág. 128.

Para determinar los efectos sobre los niveles de prevención que cualquier factor de imputación genera no es la probabilidad objetiva del daño la que importa, si no la probabilidad subjetiva es decir, la evaluación *ex ante* de las posibles consecuencias hecha por el potencial causante.¹⁵⁹ Si quien desarrolla una actividad generadora de riesgos no responde por los accidentes en que desconoce las condiciones bajo los cuales el daño puede generarse entonces no existe incentivo para anticiparse a ellos.

Omri Ben-Shahar nos explica porque no resulta eficiente excluir del alcance de la responsabilidad todo daño imprevisible. Para Ben-Shahar, el que la probabilidad de que un accidente ocurra sea alta o baja (previsibilidad *ex ante*) no debería afectar por sí sola su inclusión o exclusión del alcance de la responsabilidad.¹⁶⁰ Citando a Steven Shavell, Ben-Shahar explica que si la probabilidad de la consecuencia dañosa es muy baja, quien haya realizado el acto que es la causa de esa probabilidad debe ser responsable,¹⁶¹ de lo contrario, como la probabilidad del daño es muy baja los incentivos para adoptar medidas de prevención serán, en consecuencia, muy bajos, ya que estos costes

¹⁵⁹ BEN-SHAHAR, OMRI. 1999. Causation and Forseeability. Tort Law and Economics(83). pág. 666.

¹⁶⁰ BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. págs. 661.

¹⁶¹ SHAVELL, STEVEN. 1992. Liability and the incentives to obtain information about Risk. Journal of legal studies: 257-270. Citado en: BEN-SHAHAR, OMRI. 1999. Ob. cit. pág. 661.

se contraerán únicamente con una baja probabilidad,¹⁶² por lo que si no se impone responsabilidad por daños imprevistos las normas de responsabilidad civil no generarán incentivos en la prevención de accidentes, por lo que cada vez que un acto sea adecuado (previsibilidad ex post) para causar el daño se deberá imponer responsabilidad.

Calabresi fue el primero en declarar que no tiene sentido tratar de disuadir una actividad que potencialmente puede causar un daño con la amenaza de imponer responsabilidad en un agente que subjetivamente asigna una probabilidad de cero a la lesión.¹⁶³ No se puede pretender que el ofensor que no puede prever las consecuencias perjudiciales de su actuar sea persuadido de incurrir en dicha actividad, pues al ser imprevisible el daño no existe incentivo para evitarlo. Por lo tanto bajo la doctrina de responsabilidad por daños imprevisibles, los accidentes cuyas probabilidades de ocurrir son subestimados por sus causantes deben incluirse dentro del ámbito de aplicación de la responsabilidad. La razón de esto es que, si bien el causante del daño puede no prever algunas de las consecuencias específicas (de baja probabilidad) de su actividad que posteriormente se materializan, el mismo causante puede estar en la posibilidad de asociar su actividad con la causación de daños imprevistos.¹⁶⁴ El potencial

¹⁶² BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 661.

¹⁶³ CALABRESI. 1975. Ob. cit. pág. 100.

¹⁶⁴ BEN-SHAHAR, OMRI. 1999. Ob. cit. pág. 661.

causante puede reconocer una gran variación de las posibles consecuencias de sus actos, aunque no puede reconocer la naturaleza de cada resultado particular. En este caso, asignar responsabilidad por daños imprevistos tendrá el efecto (deseable) de reducir el nivel de una actividad que se sabe, a priori, que puede producir muchos daños imprevistos.¹⁶⁵ Por ejemplo, distribuir un medicamento que no ha sido testeado en forma adecuada puede conducir a daños imprevisibles (y debería desincentivarse esta actividad al imponer responsabilidad por daños imprevistos). Por lo tanto, quien desarrolla la actividad de riesgo va a tener que indemnizar a todas las víctimas de accidentes, de modo que tendrá incentivos para invertir en precauciones hasta el punto en que el gasto marginal en prevención deje de estar compensado por un ahorro en el pago de indemnizaciones.¹⁶⁶ Además, Calabresi agrega que cuando los agentes de riesgo fallan sistemáticamente en prever las consecuencias de sus actos, la actividad debería ser desincentivada mediante sanciones más estrictas, como criminalizándola.¹⁶⁷

Ben-Shahar agrega que, imputar responsabilidad por eventos que tienen una baja probabilidad de ocurrir tiene otro efecto importante en la determinación de los incentivos en los potenciales causantes de daños. Que es, investigar y

¹⁶⁵ *Ib.*

¹⁶⁶ BARROS. 2007. *Ob. cit.* pág. 461.

¹⁶⁷ CALABRESI. 1975. *Ob. cit.* pág. 100.

considerar las posibles consecuencias de su actividad, es decir, las reglas de responsabilidad pueden influenciar la cantidad de información que tienen los potenciales dañadores con respecto a los riesgos (y a la prevención de los riesgos) que genera su actividad.¹⁶⁸ Por lo tanto, al expandir el alcance de la responsabilidad a daños de escasa probabilidad, los agentes de riesgo tendrán mayores incentivos para prever, anticiparse a estos daños y tomar las medidas adecuadas para evitarlos (o hacerse responsable de ellos).¹⁶⁹

Ben-Shahar concluye que, la doctrina de la irresponsabilidad por daños imprevistos debería ser sustituida por una doctrina de responsabilidad donde sólo los riesgos que son demasiado costosos de anticipar y prever serán excluidos del alcance de la responsabilidad, es decir, se imputa responsabilidad por la imprevisión de daños que el causante pudo haber previsto de haber incurrido en los gastos para poder haberse anticipado a ellos. Entonces, al determinar qué nivel de falta de cuidado debería considerarse suficiente como para atribuir

¹⁶⁸ Ben-Shahar apunta que los efectos de las normas de responsabilidad sobre los incentivos para adquirir información precisa acerca de los riesgos que genera una actividad han sido estudiados profusamente por varios autores, veáse, por ejemplo; BEN-SHAHAR, OMRI. 1995. Informed Courts, Uniformed Individuals, and the Economics of Judicial Hindsight. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*: 613-630. KAPLOW, LOUIS and SHAVELL, STEVEN. 1992. Private versus Socially Optimal Provision Ex Ante Legal Advice. *Journal of Law, Economics and Organization* (8):317-320. KAPLOW, LOUIS and SHAVELL, STEVEN. 1994. The value of accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. *Journal of legal studies* (23):307-401. Citado en Ben-Shahar. 1999. Ob cit. pág. 662.

¹⁶⁹ Ben-Shahar. 1999. Ob. cit. pág. 662.

responsabilidad los jueces no sólo deberían considerar los costos del nivel de cuidado si no también los costos de la capacidad de prever.¹⁷⁰

En términos económicos, la imputación de responsabilidad por daños imprevistos genera un efecto *ex ante* en la cantidad de información que se tiene sobre la posibilidad de ocurrencia de un accidente y, por lo tanto, mejora la capacidad de los agentes de riesgo de prever y evitar daños.

Nótese que no estamos planteando que el sujeto debería responder de todos los daños que podrían haberse causado en el ámbito de su actividad si no que sólo de aquellos daños que su actividad es apta o adecuada para causar. Así la previsibilidad *ex post* o causa adecuada excluye del ámbito de la responsabilidad los accidentes extraños o *freak accidents* que no pueden tomarse como adecuados a la actividad del demandado según el curso normal de los acontecimientos.

Un buen ejemplo de ello puede observarse en el caso *Palsgraf v. Long Island R. R.* En *Palsgraf*, la demandante estaba de pie en una plataforma de la Estación de Trenes de Long Island mientras un pasajero llevaba un paquete de fuegos artificiales que se le cayó a causa de que un guardia de la estación de trenes trató de ayudarlo a subir al tren. El paquete rodó hasta donde se encontraba la señora Palsgraf, el paquete explotó y Palsgraf resultó herida. La Corte de

¹⁷⁰ *Ib.*

Apelaciones de Chicago rechazó la pretensión indemnizatoria de Palsgraf. La razón de fondo que motivó a la Corte a rechazar la demanda es que los costos del accidente no podían ubicarse en la parte demandada ya que no resultaba lógico atribuir el daño a la actividad de transporte desarrollada por la estación. Las circunstancias que condujeron al daño no correspondían a un desarrollo normal de los acontecimientos para la actividad de transporte de la empresa. Observada la situación *ex post* el juez no podía contar con la probabilidad de que ese tipo de accidente ocurriera por lo que imponer responsabilidad no generaría mayores incentivos para la prevención del daño.¹⁷¹

Sin embargo, si estamos planteando que aquellos daños que la actividad del demandado sea apta o probable para causar deben ser reparados aun cuando el demandado no haya contado con su ocurrencia. Lo anterior no resulta extraño si aceptamos que la indemnización de la víctima debe reparar todo el daño causado aun cuando el demandante haya sufrido de una condición anterior, no previsible (*ex ante*), que haya agravado el daño que normalmente se habría sufrido. Lo anterior se conoce como la teoría de la víctima de cráneo de cascara de huevo o *eggshell skull doctrine*.

¹⁷¹ Ib. pág. 662-663

3.1.1. La previsibilidad y la *eggshell skull doctrine*.

La doctrina del cráneo de cáscara de huevo (*eggshell skull doctrine*), ampliamente aceptada en el *Common Law*, puede ilustrar el rol de las reglas de la responsabilidad civil sobre los incentivos en los agentes de riesgo para anticipar (y evitar) los accidentes asociados a su actividad. Según esta doctrina la extensión del *quantum* indemnizatorio debe ser igual a la gravedad de la lesión, aunque el alcance del daño no haya sido previsible debido a una condición preexistente de la víctima.¹⁷² Aunque esto parece contradecir el principio económico de prevención que establece que cuando la probabilidad del daño es baja imponer responsabilidad al causante por la totalidad del daño no aumenta los incentivos para prevenir el daño,¹⁷³ si hay sentido, desde un punto de vista económico, en imponer responsabilidad por la extensión imprevisible del daño.¹⁷⁴

¹⁷² Se trata de aquellos supuestos en los que el daño producido es mucha más grave que el que hubiera sido previsible por tener la víctima una particular debilidad que el agente no conocía. La denominación de *egg-shell* proviene del caso hipotético en el que el agente golpea suavemente en la cabeza a la víctima, y ésta sufre un severo daño cerebral por padecer de una *egg-shell-like head*. En: CORRAL. 2004 (A). Ob cit. pág. 154.

¹⁷³ SHAVELL, STEVEN. 1980. An analysis of causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. *Journal of Legal Studies* (9):463-516. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob cit. pág. 663.

¹⁷⁴ LANDES, WILLIAM and POSNER, RICHARD. 1980. Joint and Multiple Tortfeasors: An economic Analysis. *Journal of legal studies* (9): 517-555 y LANDES, WILLIAM and POSNER, RICHARD. 1987. *The economic structure of Tort Law*. Cambridge MA Harvard University Press. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. Cit. pág. 663.

Citando a Landes y Posner, Ben-Shahar explica que imponer responsabilidad por daños promedio (es decir, imponer responsabilidad sólo por el daño normalmente previsible) podría incentivar niveles óptimos de prevención sólo si esta regla se aplicará a todos los casos, incluyendo los casos en que las víctimas tienen cráneos gruesos o *thick skulls victims*.¹⁷⁵ Esto es, recompensar a las víctimas de cráneos gruesos por daños promedios a pesar del hecho que dichas indemnizaciones sobre-compensarían los daños realmente sufridos.¹⁷⁶

Dicho de otra forma, si en el extremo mayor de la extensión del daño se limita la responsabilidad pero en el extremo más bajo la responsabilidad iguala al daño, la responsabilidad promedio se quedará corta respecto del daño promedio y los fines de prevención de las normas de responsabilidad no cumplirán su objetivo.

De manera que si las víctimas que sufren un daño inferior al daño promedio (*thick skull victims*) reciben una compensación igual al daño sufrido, las víctimas que sufren un daño superior al daño promedio (*eggshell skull victims*) también

¹⁷⁵ La expresión víctimas de cráneos gruesos o *thick skull victims* se refiere a aquellos individuos que por condiciones preexistentes e imprevistas son especialmente resistentes al daño de manera que sufren un perjuicio menor del que normalmente sufriría una persona normal en las mismas circunstancias.

¹⁷⁶ LANDES, WILLIAM y POSNER, RICHARD. (1983) Causation in Tort Law: An economic approach. *Journal of Legal Studies* (13):417-434 y LANDES, WILLIAM y POSNER, RICHARD. (1987). Ob. cit. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 663.

deberían recibir una compensación que sea igual al daño sufrido para mantener un nivel apropiado de prevención.¹⁷⁷

Además de las razones económicas existen razones de justicia para condenar al causante por la totalidad del daño. Las Cortes han sentenciado que sería injusto situar en la víctima las consecuencias de la conducta del causante y han imputado responsabilidad afirmando que *the defendant takes the victim as he finds him* (el demandado se hace cargo de la víctima tal como la encuentra).¹⁷⁸ Como señala Barros esto “es una consecuencia de que la reparación atiende objetivamente al daño sufrido”¹⁷⁹ señala además que “la solución es coincidente con el criterio de la adecuación de la causa, que sólo excluye los desarrollos causales extraordinarios a efectos de la imputación de las consecuencias. Y ocurre que, por inusual que resulte, no es extraordinario que la víctima tenga ciertas predisposiciones que aumentan la probabilidad del daño”.¹⁸⁰

3.2. Conclusiones.

¹⁷⁷ BEN-SHAHAR. 1999. Ob cit. pág. 663.

¹⁷⁸ CORRAL. 2004 (A). Ob. cit. pág. 153.

¹⁷⁹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 408.

¹⁸⁰ Ib. pág. 409.

Finalizado el análisis sobre la causa (fáctica) y la previsibilidad (subjetiva o *ex ante*) y concluyendo que ninguno de dichos factores puede estimarse ni necesario ni suficiente para atribuir responsabilidad. Pasaremos ahora a resolver el problema de la culpa y de su relación con el riesgo como factor objetivo de atribución. Para ello contrastaremos los regímenes estrictos de responsabilidad con el sistema general de culpa probada.

Capítulo III. La negligencia.

4. Culpabilidad, riesgo y responsabilidad.

La doctrina actual del derecho de daños se ha estructurado, básicamente, en torno a la división entre la responsabilidad por culpa, de una parte y la responsabilidad objetiva, de la otra.¹⁸¹

De esta forma, una condición del régimen general de responsabilidad subjetiva es que el sujeto haya actuado culpablemente. Para la doctrina actuar culpablemente significa la infracción de un deber de cuidado donde lo relevante no es cómo actuó el sujeto atendidas sus circunstancias personales, sino cómo debió actuar en atención a un patrón abstracto de comportamiento.

En este sentido Barros señala que “la razón para dar lugar a la obligación indemnizatoria es la ilicitud de la conducta del tercero que ha causado el daño”¹⁸² y agrega que “una acción es ilícita (y por tanto culpable) si infringe un deber de cuidado, que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de

¹⁸¹ JANSEN, NILS. 2003. Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmático moderna. [en línea] Indret 2003 <http://www.indret.com/pdf/128_es.pdf> [consulta: 4 de marzo de 2014]. pág. 2.

¹⁸² BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 94.

la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente o la conducta que puede esperarse de un buen padre de familia”.¹⁸³

Distintos son los presupuestos de la responsabilidad objetiva, en estos casos el causante del daño responde con independencia de que su conducta haya sido más o menos diligente, de forma que la acción de daños debe basarse en requisitos objetivos, tales como la peligrosidad de la conducta dañosa y la injerencia intencionada en bienes jurídicos ajenos.¹⁸⁴ Como la responsabilidad estricta prescinde de la culpa como criterio de atribución: basta que el daño sea consecuencia de un hecho de la persona cuya responsabilidad se persigue, para que surja la obligación de indemnizar.

Esta distinción, considerada fundamental, se encuentra en la totalidad de los ordenamientos jurídicos del *Common Law* y del Derecho Continental.¹⁸⁵

La tesis de este capítulo es que el derecho de daños está estructurado de modo uniforme de manera que la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva es errónea y debería ser abandonada.¹⁸⁶ No existe ninguna diferencia fundamental entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva pues

¹⁸³ Ib. págs. 94-95.

¹⁸⁴ JANSEN. 2003. Ob. cit. pág. 2.

¹⁸⁵ Ib.

¹⁸⁶ Ib.

ambas son responsabilidades personales por los daños causados a bienes jurídicos ajenos,¹⁸⁷ además, como señala Salvador, Garoupa y Gómez “el incumplimiento de un deber de cuidado no es un requisito exclusivo de la responsabilidad por negligencia o descuido, pues los criterios de imputación objetiva, que se aplican a todo juicio de responsabilidad, trasladan ese requisito a muchos sectores regidos por la denominada responsabilidad sin culpa u objetiva”,¹⁸⁸ en ambas, por tanto está la fórmula de Hand, tradicionalmente asociada al juicio de negligencia.

Existen varias otras razones para afirmar que en el moderno derecho de daños los límites entre ambos regímenes de responsabilidad son inexistentes. Desarrollaremos ahora los más destacados.

4.1. Dolo, negligencia grave, negligencia leve, negligencia levísima riesgo.

El artículo 44 del Código Civil, asumiendo la clasificación romana de la culpa, divide la culpa en grave, leve y levísima.¹⁸⁹ Según Barros, el grado de culpa de la que se responde en materia extracontractual es culpa leve¹⁹⁰ pues el inciso

¹⁸⁷ Ib.

¹⁸⁸ SALVADOR “et al”. 2005. Ob. cit. pág. 1.

¹⁸⁹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 80.

¹⁹⁰ Ib.

tercero del artículo 44 del Código Civil señala que “culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” y luego agrega que “culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve” y es del caso que el Título XXXV del Libro IV del Código Civil se refiere a negligencia sin ningún otro calificativo por lo que debería entenderse que se está exigiendo un comportamiento medianamente prudente. Por lo tanto, el estándar de conducta exigible en las relaciones espontaneas de sociedad es el estándar mediano en circunstancias que “en nuestras relaciones recíprocas, podemos esperar de los demás que se conduzcan como lo haría un buen padre (o madre) de familia”.¹⁹¹

Sin embargo, esta solución no es pacífica. Parte de la doctrina nacional ha sostenido que en materia extracontractual se respondería de todo tipo de culpa argumentando que el artículo 44 sólo tendría aplicación en materia contractual. Luego el mismo Barros reconoce que las actividades de naturaleza peligrosa deben estar sometidas a “exigencias de cuidado especialmente rigurosas”.¹⁹² La confusión parece acentuarse si comprendemos que en el derecho de daños moderno la responsabilidad se funda en el error más que en la falta.¹⁹³ Carlos

¹⁹¹ Ib. pág. 81.

¹⁹² Ib. pág. 82.

¹⁹³ ROGEL VIDE, CARLOS. 2008. Culpa y responsabilidad civil extracontractual. Revista general de legislación y jurisprudencia (1). pág. 126.

Rogel Vide nos explica que “cuando la actividad del hombre se ejerce con la ayuda de una máquina, la inmensa mayoría de los daños se producen por errores, que no por faltas, errores que pueden provenir de aquellos que utilizan las máquinas, de los que entran en contacto con ellas o de quienes las han construido” por lo que se podría pensar que el error no es otra cosa que una falta levísima que se encuentra en el límite de la responsabilidad objetiva. Es inocuo e inefectivo intentar aplicar el derecho de daños tradicional, que se basa en la sanción de faltas o descuidos individuales, a los daños producidos actualmente que se caracterizan por tener como antecedentes errores o accidentes más que conductas negligentes.¹⁹⁴

Para aclarar la confusión, Salvador, Garoupa y Gómez señalan que no existen diferencias sustanciales entre el dolo, la culpa grave, leve, levísima y la responsabilidad objetiva, situando estos conceptos en una línea continua donde la diferencia es de grado en la conducta del agente.¹⁹⁵ Para los autores la culpa levísima se encontraría en el límite de la responsabilidad objetiva, la culpa grave limitaría con el dolo y en el punto medio se encontraría la culpa leve.¹⁹⁶ Esta idea concuerda con la desasociación de la causa y la responsabilidad donde se imputa responsabilidad a un sujeto cuando extralimita su libertad de acción al imponer

¹⁹⁴ ROGEL. 2008. Ob. cit. pág. 126.

¹⁹⁵ SALVADOR “et al”. 2005. Ob. cit. pág. 6.

¹⁹⁶ *Ib.*

un riesgo desmesurado de sufrir un daño en otro, pues su conducta puede calificarse como gravemente negligente o lo que es lo mismo, como excesivamente riesgosa.

En términos de culpa, si un sujeto se encontraba en la obligación de observar un deber de cuidado para con otro y sobrepasa dicho deber de cuidado imponiendo (sin consentimiento previo) un riesgo de sufrir un daño en otro sujeto, entonces se debe atribuir responsabilidad.

Barros reconoce que probabilidad e intensidad del daño actúan conjuntamente para determinar el grado de culpa, así una probabilidad menor de causar un daño intenso será suficiente para imponer el deber de evitar la conducta y lo mismo ocurrirá cuando se trate de daños de menor intensidad pero asociados a una alta probabilidad de ocurrencia; ello explica que las actividades o productos catalogados como peligrosos estén sujetos a reglas de cuidado más estrictas.¹⁹⁷

La jurisprudencia demuestra que la probabilidad e intensidad del daño son criterios utilizados para definir el nivel de cuidado, así antes de que se estableciera un régimen estricto de responsabilidad para los daños ocasionados por la aplicación de plaguicidas, se resolvió que había culpa de parte de la empresa de fumigación por un aplicar un producto altamente volátil en un predio

¹⁹⁷ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 110.

colindante a otro en el que existía una viña, con viento desfavorable, no pudiendo no prever que la conducta podía causar un daño al otro predio.¹⁹⁸ De lo anterior se extrae que en actividades altamente riesgosas no se admite como causal de justificación el obrar diligente toda vez que la conducta se sitúa en el borde de la responsabilidad objetiva, por lo que la distinción entre culpa y riesgo no parece clara.

Con todo, si utilizamos el concepto de culpa para explicar el problema volvemos a caer en la confusión que genera distinguir entre responsabilidad por culpa y por riesgo. Para Salvador, Garoupa y Gómez es mejor comprender la relación entre el riesgo y los distintos grado de culpa, como “un *continuum* de cinco categorías, que en ocasiones se solapan, y que se entienden 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”.¹⁹⁹

La teoría sobre el riesgo ayudaría a determinar el grado de negligencia de la conducta: mientras mayor sea el riesgo, mayor será la probabilidad de calificar la conducta como dolosa,²⁰⁰ porque es de toda evidencia que a mayor riesgo mayor

¹⁹⁸ CORTE DE CHILLÁN. 05.10.1970. RDJ. T. LXVII. Sec. 2ª y 85. Citado en: BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 109.

¹⁹⁹ SALVADOR “et al”. 2005. Ob. cit. pág. 7

²⁰⁰ *Ib.*

debió ser el cuidado aplicado a la acción.²⁰¹ De esta forma, si en el juicio de responsabilidad se acredita que el riesgo era más alto de lo razonablemente esperado, la conducta del demandado será considerada negligentemente grave y si imponía un riesgo aún más alto, podrá apreciarse el dolo.²⁰² Así la distinción entre negligencia grave, leve, levísima y dolo no es de tipo si no de grado.²⁰³ Por ello, un modelo apropiado de atribución de responsabilidad debe considerar un catálogo graduado de responsabilidades que vaya desde la responsabilidad absoluta por la creación o intensificación de riesgos altamente significativos a responsabilidades inferiores por dolo o culpa grave en el desarrollo de actividades que generan bajos riesgos de causar daños.²⁰⁴ Esto no significa que nivel de cuidado debe adoptarse en el tráfico si no que actividades o qué nivel de actividad permite atribuir responsabilidad.²⁰⁵

4.2. Responsabilidad por culpa y por riesgo como regímenes objetivos de atribución.

²⁰¹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 109.

²⁰² SALVADOR “et al”. 2005. Ob cit. pág. 7

²⁰³ Ib.

²⁰⁴ JANSEN. 2003. Ob. cit. pág. 22.

²⁰⁵ Ib.

Entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo existe una transición gradual²⁰⁶ pues la doctrina legal contemporánea concibe la culpa como una conducta objetiva donde las condiciones mentales del responsable son irrelevantes (salvo para niños e incapaces). De este modo se señala que el concepto de culpa es objetivo y que lo relevante en el juicio de culpabilidad es la conducta desarrollada según el rol social que ocupaba el demandado. La negligencia entendida de esta forma es casi responsabilidad objetiva.²⁰⁷

En la responsabilidad por culpa esto se manifiesta en que la jurisprudencia ha establecido normas objetivas de comportamiento respecto de cada actividad, lo que ha conducido a que en la práctica la responsabilidad por culpa se transforme en una responsabilidad de garantía, donde se le impone al agente un determinado deber de conducta según el rol social que desempeña. Un ejemplo de lo anterior son los exigentes deberes de conducta que los jueces han impuesto a la profesión médica lo que la ha llevado al límite de la responsabilidad estricta. Lo anterior no sólo tendría aplicación en actividades altamente peligrosas; resulta llamativa la responsabilidad del dueño de un negocio por los accidentes que sucedan en él, así como la responsabilidad por accidentes en supermercados o centros comerciales,²⁰⁸ donde no se admite el obrar diligente como excusa si no

²⁰⁶ Ib. pág. 5.

²⁰⁷ SALVADOR "et al". 2005. Ob cit. pág. 7

²⁰⁸ JANSEN. 2003. Ob. cit. pág. 5.

sólo el caso fortuito o la fuerza mayor, lo que refuerza la tesis de la continuidad entre los distintos grados de culpa y la responsabilidad objetiva.

Por su parte, los regímenes estrictos de responsabilidad están limitados por la excusas de fuerza mayor y caso fortuito, es decir, sucesos inevitables e imprevisibles, de modo que con ello se aproximan a la responsabilidad por culpa,²⁰⁹ porque si se interpreta el caso fortuito o la fuerza mayor según el estándar objetivo de culpa, sería caso fortuito o fuerza mayor el suceso imposible de prever y resistir para un hombre prudente colocado en las mismas circunstancias del demandado, por lo que interpretado así, la responsabilidad objetiva no sería si no una especie de responsabilidad por culpa especialmente exigente. A esto se añade la intensificación de la exigencia de los niveles de cuidado mediante instrumentos procesales, como la inversión de la carga de la prueba en la acreditación de la culpa, lo que en la práctica significa la imposición de una responsabilidad objetiva.²¹⁰

4.3. Las presunciones de culpabilidad acercan la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva.

²⁰⁹ Ib. pág. 6.

²¹⁰ Ib.

La principal vía seguida por los tribunales para obviar la culpa en el juicio de atribución, es presumirla y darla por acreditada para construir la sentencia de imputación.²¹¹ Es decir, mantener la forma, conservando la culpa como requisito *sine qua non* de la responsabilidad, pero modificando el fondo.

Así, por ejemplo en la responsabilidad por el hecho ajeno, contemplada en el artículo 2320 del Código Civil y justificada en una supuesta culpa *in eligendo, in vigilando* o *in educando*, los tribunales nunca estiman suficiente la prueba de la diligencia lo cual implica que se responda siempre²¹² o que sólo se admita como causal de justificación la fuerza mayor o el caso fortuito, por lo que la presunción por esta vía tiene los mismos efectos que un régimen estricto de responsabilidad.

Barros señala que en la responsabilidad por el hecho ajeno, la jurisprudencia ha extendido la responsabilidad hasta la frontera con la responsabilidad vicaria al expandir la presunción de culpabilidad y limitar las excusas de actuar diligente que puede interponer el guardián,²¹³ lo mismo ocurre con la responsabilidad por el hecho de los incapaces donde a partir del artículo 2321 del Código Civil se infiere la falta de cuidado de las circunstancias que rodean el hecho, lo que ha transformado la regla en una norma de responsabilidad estricta, pues como bien

²¹¹ ROGEL. 2008. Ob. cit. pág. 126.

²¹² Ib.

²¹³ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 184.

apunta Rogel “si la razón de ser de la culpa de los padres por los hechos dañosos de sus hijos fuese la culpa *in educando*, los padres que hubiesen educado bien a sus hijos no responderían nunca, y sin embargo, responden, haciéndolo en base a una pretendida culpa que, en el fondo y se sabe, no tienen”²¹⁴ y lo mismo ocurre en la culpa *in vigilando* donde los empleadores no responderían en el caso que hubiesen vigilado bien o no pudieran vigilar y, sin embargo, también responden en dichos casos.

Otro ejemplo es la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en supuestos de complejidad causal – como en supuestos de causalidad alternativa, acumulativa y causalidad aditiva – donde no se puede probar con exactitud la causa del daño ni la culpa del agente. Se llega a presumir la culpa y la relación causal entre la conducta de los posibles causantes y el daño sufrido por la víctima, en la pretensión de encontrar un patrimonio solvente que responda del daño efectivamente causado.²¹⁵ Rogel señala que “[n]o puede imponerse la víctima la carga rigurosa de probar quien fue, efectivamente, el causante del daño, pues muchos de los daños modernos, en alguna medida, resultan anónimos o son indirectos. El causante del daño es, muchas veces y de alguna manera la sociedad toda, que permite un determinado tipo de instalaciones o un

²¹⁴ ROGEL. 2008. Ob. cit. págs. 116-117.

²¹⁵ Ib. pág. 116.

determinado modo de disponer la vida social, aprovechándose, además, de una y otra cosa”.²¹⁶

Como la prueba de la diligencia suele ser tan compleja como la prueba de negligencia, el juicio de culpabilidad deviene en un juicio de riesgo donde se imputa responsabilidad sin culpa. Se conservan los requisitos clásicos de la responsabilidad en el papel cuando en realidad es el riesgo el factor de atribución, pues como bien señala Santos Briz “la responsabilidad culposa se muestra insuficiente, considerándose hoy que, el que crea una fuente de riesgos, debe responder”.²¹⁷

4.4. La uniformidad de la jurisprudencia en la valoración de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

Las sentencias de responsabilidad civil se manifiestan de modo uniforme en casos de responsabilidad por culpa y regímenes estrictos de responsabilidad, porque los tribunales no sólo se preguntan si se ha infringido un deber de cuidado, si no que buscan determinar quién debe asumir los costos de los riesgos

²¹⁶ Ib. pág. 118.

²¹⁷ SANTOS BRIZ. 1977. El Derecho Civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales. RDP. págs. 14 y 33. Citado en ROGEL. 2008. Ob. cit. pág. 117.

de una determinada actividad.²¹⁸ En efecto las sentencias que se basan en la culpa parten por consideraciones que son propias de la responsabilidad por riesgo, como la probabilidad y la intensidad del daño.

Además, en la actualidad las conductas que no son esencialmente peligrosas también están sujetas a regímenes objetivos de responsabilidad, pues, como ya explicamos, la conducta se torna relevante en cuanto típica (como rol social del agente) y por ende sometido a determinados deberes de cuidado que se juzgan según un patrón abstracto de conducta (porque la jurisprudencia determina cual es el nivel de actividad que un médico o un ingeniero prudente debe adoptar). Esto se explica porque las valoraciones principales que guían estas decisiones no se basen en la infracción de un deber de cuidado, sino en la forma más justa de distribuir los riesgos y en la determinación de los potenciales responsables del daño.

4.5. Conclusiones.

Una sentencia de responsabilidad civil debería fundamentarse en un gran número de criterios que pueden y deben ser ponderados, pues la tarea de la ciencia del derecho no es la descripción de un conjunto de deberes civiles si no

²¹⁸ JANSEN. 2003. Ob. cit. pág. 8.

la formulación de reglas correctas de atribución de responsabilidad. En consecuencia, cabe preguntarse bajo qué factores puede atribuirse responsabilidad si la causa (fáctica), la previsibilidad (*ex ante*) y la culpa no resultan del todo relevantes.

La respuesta se encuentra en un análisis integrado de la negligencia y de la responsabilidad objetiva, buscando definir cuál es el alcance de la responsabilidad de quienes actúan en el tráfico jurídico. Siguiendo a Salvador, Garoupa y Gómez, creemos que el centro del derecho de daños está en el análisis de los factores objetivos de imputación pues, como se verá, dichos criterios combinan requisitos comunes a ambos regímenes de responsabilidad.²¹⁹

²¹⁹ SALVADOR “et al”. 2005. Ob cit. pág. 8.

Capítulo IV. La imputación objetiva.

5. Imputación objetiva, culpabilidad y riesgo.

La formulación general de la teoría de la imputación objetiva incluye muchos elementos de atribución de responsabilidad, entre ellos: la probabilidad e intensidad del daño, la infracción de deberes legales, la adecuación de la causa, el cuidado bilateral, el consentimiento de la víctima, entre otros. Estos criterios se aplican tanto a casos que se resuelven conforme a regímenes estrictos de responsabilidad, como a sectores que se resuelven conforme a un estándar de culpa. Existe así, un fundamento común al juicio de responsabilidad por negligencia y al de responsabilidad objetiva.²²⁰

En un régimen subjetivo de responsabilidad nos preguntamos si el agente causó el daño que sufrió la víctima, y si infringió un deber de cuidado. La infracción de un deber de cuidado puede ser determinada según varios criterios, entre ellos: la probabilidad e intensidad del daño, la infracción de deberes legales, el costo de evitar el accidente, entre otros. En una actividad sometida a un régimen estricto de responsabilidad sólo nos preguntamos si el agente causó el

²²⁰ Ib. pág. 14.

daño. Luego, en ambos inquirimos, además, si los criterios de imputación objetiva incluyen al demandado dentro del círculo de potenciales responsables.²²¹

Por lo que, en un régimen de negligencia los jueces aplican dos veces los mismos criterios, primero para determinar si la conducta fue o no negligente, y luego, para determinar si el daño puede ser objetivamente atribuido al demandado. En la práctica esta doble aplicación converge en una, porque los criterios de imputación objetiva duplican muchos – si no todos – los elementos propios del deber de cuidado.²²² De este modo, los criterios que determinan si la conducta fue o no negligente pueden ser reformuladas como preguntas sobre la determinación del alcance de la responsabilidad (*scope of liability*).

Según la afirmación anterior, los regímenes de negligencia y de responsabilidad objetiva se confunden.²²³ Tendrían en común la causalidad fáctica y la imputación objetiva, pero si descartamos la causalidad fáctica (como hemos afirmado en este trabajo) sólo nos queda la imputación objetiva del daño.

Esta memoria defiende la tesis de que, descartada la causalidad y demostrada la simetría en el juicio de responsabilidad, tanto en sectores regidos por un régimen de responsabilidad estricta como en aquellos regidos por un régimen de

²²¹ Ib. pág. 15.

²²² Ib. pág. 3.

²²³ Ib. pág. 15.

culpa, el centro del derecho de daños no se encuentra en la identificación del causante ni del culpable del accidente, sino en la atribución de responsabilidad según factores objetivos de imputación. La causa (fáctica), la culpa y la previsibilidad (*ex ante*) son presupuestos posibles, pero no necesarios, de atribución de responsabilidad.²²⁴

Así, primero las reglas del derecho de daños definen el número de potenciales responsables del accidente, en segundo lugar, definen las sanciones que garanticen un nivel eficiente de precaución y luego, van más allá y alcanzan la infrecuente, pero no inexistente, imputación arbitraria de responsabilidad a una persona o personas que no causaron, no fueron negligentes ni pudieron prever él accidente.²²⁵

Se analizarán los más importantes criterios de imputación objetiva, a saber:

- (1) La adecuación entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.
- (2) El principio de incremento de riesgo.

²²⁴ Ib. pág. 1.

²²⁵ FERNÁNDEZ y SALVADOR. 2006. Ob. cit. págs. 20 y 21.

5.1. La adecuación entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.

Según esta teoría un acontecimiento dañoso puede ser atribuido a la conducta del agente si esta podía producir, normalmente, el daño sufrido por la víctima. La relación entre el hecho y el daño debe ser adecuada, de manera que lo determinante para atribuir responsabilidad no es la constatación de una causalidad fáctica entre el hecho y el daño si no “la aptitud potencial que tiene el hecho (---) para producir [el] daño; esas potencias se pueden materializar en riesgos que al menos idealmente pueden ser dominados por el sujeto responsable”.²²⁶

En definitiva, se trata de un juicio-hipotético retrospectivo de probabilidad (previsibilidad *ex post*) de manera que se pueda tener a la conducta del agente como adecuada para ocasionar el daño.²²⁷ Por lo que, de acuerdo al criterio de la causa adecuada consecuencias que eran imprevisibles para el potencial causante (previsibilidad *ex ante*) pueden ser atribuidas a la conducta del demandado, porque ocurren en el curso normal de los acontecimientos.²²⁸ Es decir, la idea de previsibilidad que subyace al criterio de la causa adecuada no

²²⁶ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 396.

²²⁷ PREVOT. 2010. Ob. cit. pág. 161.

²²⁸ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 399.

adopta la posición *ex ante* del demandado, sino la *ex post*, que analiza retrospectivamente si la conducta del agente podía o no causar el daño sufrido por la víctima.²²⁹

En la práctica, la imputación según el criterio de la causa adecuada supone un juicio de probabilidad en la causación del daño porque para imputar la responsabilidad por el daño basta que, miradas las cosas hacia atrás, se cuente con la posibilidad de que el daño haya sido causado por la conducta del agente.²³⁰

Como señala Prevot “atrás ha quedado aquella vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el resultado lesivo. Según sus cultores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo”.²³¹

Prevot agrega que esta teoría se ha descartado porque la ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles, nadie puede decir con certeza absoluta lo que habría ocurrido si el accionado hubiera

²²⁹ Ib. pág. 400.

²³⁰ Ib. pág. 400.

²³¹ PREVOT. 2010. Ob. cit. pág. 167.

actuado de otra manera, la causalidad no admite pruebas matemáticas, la valoración de la prueba es libre y porque un juicio de probabilidades y deducciones no siempre llevan a la verdad plena y porque la teoría de la causalidad adecuada (que se estructura bajo un régimen de regularidad estadística) no puede menos que contentarse con una fuerte o suficiente dosis de probabilidad.²³²

Queda claro, entonces, que la certeza absoluta como criterio de apreciación en la adecuación de la conducta ciñó en aras de la probabilidad. Por ello, el juez puede fundar su decisión sobre hechos que, aun sin estar absolutamente comprobados aparezcan como verosímiles o adecuados para causar el daño, es decir, que presenten un grado suficiente de probabilidad.²³³

Sostener que la causa adecuada es aquella que aparece como probable no significa determinar la probabilidad en función de la previsibilidad del sujeto. La adecuación de la conducta se determina *ex post* conforme a un juicio de probabilidad donde sólo deben tomarse en cuenta las circunstancias existentes al momento de la acción, hayan sido conocidas o no por el agente, porque a diferencia del derecho penal donde la adecuación gira en derredor de la conducta

²³² Ib. pág. 168.

²³³ Ib. pág. 168.

del imputado, en el derecho de daños el punto cardinal se centra en el hecho dañoso.²³⁴

En consecuencia el criterio de la adecuación no busca individualizar la causa del daño si no que juzgar si a la conducta del agente se le puede o no atribuir responsabilidad según si con su actividad haya o no incremento la probabilidad de causar el daño.

En este sentido, en el *Common Law*, la doctrina procesal civil sostiene que el demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es superior al cincuenta por ciento, es decir, si es más probable que el demandado haya ocasionado el daño de que no lo haya causado.²³⁵ Este acercamiento al problema ofrece una solución de todo o nada. Si el demandante logra probar, sobre la regla de la preponderancia de la evidencia, que es más probable que de no haber mediado la conducta del demandado el daño no se habría producido obtendrá indemnización, pero, si no pasa el umbral del cincuenta por ciento de la probabilidad, no obtendrá nada.

Esta prueba resulta especialmente difícil en supuestos de complejidad causal, porque, por ejemplo; varios agentes crearon separadamente y simultáneamente un riesgo (causalidad alternativa), o porque cada una de las conductas era

²³⁴ Ib. pág. 169.

²³⁵ SALVADOR “et al”. 2005. Ob. cit. pág. 126.

suficiente por sí sola para causar el daño (causalidad concurrente) o porque ninguna de ellas lo era sino que sólo sumadas eran aptas para ocasionar el perjuicio (causalidad aditiva) y, además, porque puede ser que el daño se haya manifestado un largo periodo después de la exposición al riesgo.²³⁶ En todos estos casos la causa del daño es casi imposible de identificar, además, los niveles de actividad de cada uno de los demandados puede variar por lo que mientras algunos pudieron exponer a la víctima a bajos niveles de riesgo otros pudieron haberla expuesto a niveles superiores al cincuenta por ciento de probabilidad del daño. De esta forma quienes hayan ejecutado bajos niveles de actividad no responderán mientras que quienes hayan superado la barrera de la probabilidad responderán por la totalidad del daño. Para superar este problema la doctrina ha formulado dos soluciones.

Primero, ha optado por invertir la carga de la prueba, de manera que el demandado tenga que satisfacer el umbral del cincuenta por ciento de la probabilidad de que el no causó el daño.²³⁷ A falta de prueba que supere la barrera del cincuenta por ciento todos serán declarados responsables.²³⁸ Entonces, según este criterio, se impone responsabilidad (si se supera la barrera del cincuenta por ciento) o no se impone responsabilidad (si no se supera la

²³⁶ BE-SHAHAR. Ob. cit. 1999. pág. 652.

²³⁷ Ib. pág. 653.

²³⁸ Ib.

barrera del cincuenta por ciento), y si se impone, la indemnización deberá igualar el daño sufrido por la víctima.

Una segunda aproximación incorpora un criterio de responsabilidad proporcional, por lo que siempre que haya una probabilidad positiva de que el demandado haya causado el daño se deberá imponer responsabilidad, pero la magnitud de la indemnización deberá ajustarse proporcionalmente a la probabilidad de que el demandado haya causado el daño.²³⁹ Según esta regla, cada demandado es obligado a indemnizar en una cantidad que iguala al daño sufrido por la víctima, multiplicado por la posibilidad de que dicho demandado haya ocasionado el daño.²⁴⁰ Por ejemplo, si el daño pudo haber sido producido por un producto de consumo que era adecuado para causar el daño, cada uno de los fabricantes de dicho producto será condenado según su cuota de participación en el mercado (*market share liability*) como en los casos de adenocarcinoma de células claras por consumo de DBS, o si el daño pudo haber sido producido por una determinada sustancia tóxica o contaminante, cada uno de los sujetos que expuso a la víctima a dicha sustancia, será condenado según el nivel de exposición al que expuso a la víctima, (el nivel de la exposición será determinado según una multiplicidad de factores, como el tiempo de la exposición y el nivel de toxicidad de la sustancia) como en los casos de cáncer de pleura y

²³⁹ Ib.

²⁴⁰ Ib.

asbestosis por exposición al asbesto o bajo coeficiente intelectual en niños por exposición al plomo.

Tradicionalmente, el sistema de *torts* del *Common Law* ha optado por la regla de la preponderancia de la evidencia, es decir, por la solución del todo o nada, por lo que se asigna la totalidad de la responsabilidad a la parte cuyos actos hayan contribuido sustancialmente a la posible causa del daño.²⁴¹ Sin embargo, desde 1980, como una respuesta a la ola de catástrofes por daños producidos masivamente, las cortes norteamericanas se han mostrado más dispuestas a aplicar una regla proporcional de responsabilidad.²⁴²

El siguiente apartado buscará exponer las justificaciones económicas para adoptar una regla de preponderancia de la evidencia sobre el cincuenta por ciento. Luego se justificará la razón de porque una responsabilidad proporcional resulta más eficiente. Finalmente se expondrá, brevemente, la teoría de la responsabilidad por la incerteza.

5.1.1. La regla de la preponderancia de la evidencia.

²⁴¹ *Ib.*

²⁴² *Ib.*

David Kaye fue el primero en intentar demostrar que la regla de la preponderancia de la evidencia era superior, desde un punto de vista económico, que la regla de responsabilidad proporcional según la probabilidad de la causación del daño.²⁴³ El argumento de Kaye es que en supuestos de complejidad causal, el objetivo del derecho de daños es reducir los costos en el margen de error de las decisiones judiciales sobre atribución de responsabilidad.²⁴⁴ En este sentido, Kaye busca demostrar que la regla del cincuenta por ciento reduce los errores judiciales al mínimo.

Para ilustrar la esencia del argumento de Kaye, Salvador nos expone el siguiente ejemplo: “supongamos un caso en el que el daño es de \$100, pero la probabilidad de que el demandado lo haya causado es solo del 40%. Si se aplica la regla, el demandado será absuelto, pero a costa de un error probable de \$40 ($0.4 \times 100 = 40$). Sin embargo, supóngase ahora que rige una regla de responsabilidad proporcional a la probabilidad de haber causado el daño, es decir, bastará con que la probabilidad sea mayor que cero, pero el importe de la condena se graduará de acuerdo con aquélla. Entonces, en el caso anterior el tribunal condenará al demandado a pagar \$40 al demandante, pero el coste del

²⁴³ KAYE, DAVID. 1982. The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation. American Bar Foundation Research Journal: 487-516. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 653.

²⁴⁴ KAYE, DAVID. 1982. The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation. American Bar Foundation Research Journal: 487-516. BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 653.

error esperado será \$48 en vez de \$40 (hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del daño; entonces, si causó el daño de \$100, es condenado a pagar 40 y dejar de pagar 60: el coste de error esperado es de $0'4 \times 60 = 24$. Pero también hay un 60% de probabilidad de que el demandado no causara daño alguno, en cuyo caso pagará de más los \$40 a que será condenado: aquí el coste del error esperado es de $0'6 \times 40 = 24$. La suma de ambos errores, fruto de la aplicación de la regla de la responsabilidad proporcional es de $24 + 24 = 48$. Hay una pérdida esperada neta de 8".²⁴⁵

Para Saul Levmore la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva incentivaría a los actores a reducir la incerteza del juicio aportando más pruebas,²⁴⁶ porque, si asumimos que toda decisión judicial conlleva un importante grado de incerteza, entonces un estándar de probabilidad superior al cincuenta por ciento podría incentivar a las partes a aportar prueba para reducir el grado de incerteza ya que de no aportar la prueba suficiente los demandantes no obtendrán la reparación de los daños. En consecuencia tendrán un fuerte incentivo para aportar evidencia suficiente e identificar a los reales causantes del daño.²⁴⁷ En cambio, bajo un régimen de responsabilidad proporcional el

²⁴⁵ SALVADOR "et al". 2013. Ob. cit. pág. 127.

²⁴⁶ LEVMORE, SAUL. 1990. Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs. *Journal of Legal Studies*(19): 691-726. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 654.

²⁴⁷ BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 654.

demandante no necesitaría identificar a los verdaderos causantes del daño, desde que será totalmente compensado a pesar del grado de incerteza que exista en la sentencia de responsabilidad.

Además, Shavell expone tres razones del por qué la comentada regla reduciría los costos administrativos de la litigación. Primero, sugiere que la cantidad de casos sería considerablemente superior bajo una regla proporcional de responsabilidad porque se presentarían demandas sobre accidentes que no satisfacen la barrera del cincuenta por ciento. Segundo, porque bajo una regla de responsabilidad proporcional se aumentaría el número de demandados en los juicios respecto de los cuales no se supera la regla de que sea más probable que hayan causado el daño que no lo hayan causado. Tercero, la responsabilidad proporcional requiere una labor adicional del juez, que es determinar cuál es la precisa probabilidad de que el demandado haya causado el daño, mientras que bajo la regla de la preponderancia de la evidencia la única cuestión que importa es si la probabilidad de la causación del daño supera la barrera del cincuenta por ciento.²⁴⁸

5.1.2. La regla de la responsabilidad proporcional.

²⁴⁸ STEVEN, SHAVELL. 1987. *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press. pág. 117. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 654.

Otros, en cambio, critican la regla de la preponderancia de la evidencia y favorecen una regla de responsabilidad proporcional. Así, Steven Shavell²⁴⁹ señala que los objetivos de las reglas de responsabilidad civil son establecer niveles óptimos de prevención de accidentes, es decir, minimizar los costos de los accidentes. Según esta perspectiva los errores judiciales no involucran un costo social per-se, y su minimización sólo podría ser tomada como una cuestión de justicia pero no como una forma de incentivar niveles óptimos de prevención.²⁵⁰ Asumiendo que los fines de la responsabilidad civil buscan, principalmente, incentivar niveles óptimos de actividad, Shavell intenta demostrar que una regla proporcional de responsabilidad es el mejor método para inducir actividades y niveles de actividad socialmente deseables.

La razón principal de Shavell para adoptar una regla de responsabilidad proporcional es que la regla de la preponderancia de la evidencia distorsiona los incentivos de la partes para adoptar niveles óptimos de prevención. Por ejemplo, si la probabilidad de causar el daño esta, sistemáticamente, por debajo de la barrera del cincuenta por ciento, la parte se verá libre de responsabilidad y por lo

²⁴⁹ SHAVELL, STEVEN. 1985. Uncertainty over causation and the Determination of Civil Liability. *Journal of Law and Economics* (28): 587-609. y SHAVELL, STEVEN. 1987. *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press. Citados en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 655.

²⁵⁰ Vease también: KAPLOW, LUIS. 1994. The Value of Accuracy in Adjudication: An economic analysis. *Journal of Legal Studies* (23): 307-401. Citado en: BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 655.

tanto, no tendrá incentivos para prevenir los daños que pudiera ocasionar su actividad. Por otro lado, si la probabilidad de que la parte cause un daño es superior al cincuenta por ciento, entonces la parte se verá sobre-incentivada para adoptar medidas de prevención pues siempre será responsable de la totalidad del daño. Salvador nos explica “supóngase un caso de [causalidad alternativa] (- --) en el que hay i) una infinidad de pequeños productores cuyas cuotas de mercado y probabilidad individual de causar daños son muy bajas; y ii) un gran productor con una cuota de mercado de más del 50%. Dado un daño imputable a alguna empresa de la industria y en ausencia de prueba sobre qué empresa lo causó, la regla tradicional llevará a que los pequeños productores sean infra-incentivados a adoptar las precauciones justas, pues fácilmente evadirán toda responsabilidad, dadas las reducidas probabilidades de haberlos causado efectivamente [por ejemplo, si la probabilidad de que un productor haya causado el daño es de un cuarenta por ciento (porque tiene un cuarenta por ciento de participación en el mercado) la parte siempre va a escapar a la responsabilidad bajo la regla del cincuenta por ciento]. En cambio, el productor principal será sobre-incentivado, pues, como autor de más del 50% de los daños probables, no podrá evitar la condena por la totalidad”.²⁵¹ El potencial causante del daño tomará medidas excesivas para prevenir el daño por una razón obvia: desde que él pagará por todas las pérdidas (incluidas las que pudieron haber causado aquellos

²⁵¹ SALVADOR “et al”. 2013. Ob. cit. pág. 127.

potenciales causantes que se encontraban bajo la barrera del cincuenta por ciento) tendrá incentivos para reducir la posibilidad de que sea condenado a reparar los daños reduciendo su nivel de actividad a un margen inferior al cincuenta por ciento.²⁵²

Por eso, Shavell defiende una regla de responsabilidad proporcional a la posibilidad de que el agente haya causado el daño (por baja que sea esa probabilidad).²⁵³ La razón apunta a un claro inconveniente de la regla de la preponderancia de la evidencia²⁵⁴, que “distorsiona los incentivos de quienes sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados, así, en el ejemplo (---) anterior el demandado nunca sería condenado, pues la probabilidad de que su conducta causara el daño es sólo del 0’4”²⁵⁵. De esta forma, la regla de responsabilidad proporcional conduciría a la adopción de niveles óptimos de cuidado ya que el posible causante del daño

²⁵² BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 656.

²⁵³ Esta es otra ilustración de la proposición discutida en la sección sobre previsibilidad, donde señalamos que imponer responsabilidad por daños imprevistos incentivaría a las partes a mejorar su información sobre la actividad que realizan para poder anticiparse a los daños.

²⁵⁴ La doctrina suele referirse al problema de prevención que genera la regla de la barrera del cincuenta por ciento con la expresión *recurring misses* (fallos repetidos). Vease: FARBER, DANIEL. 1990. *Recurring Misses*. *Journal of legal Studies* (19): 727-737 y LEVMORE, SAUL. 1990. *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*. *Journal of Legal Studies* (19): 691-726. Citados en BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 655.

²⁵⁵ SALVADOR “et al”. 2013. Ob. cit. pág. 127.

deberá esperar indemnizar los posibles daños asociados a su actividad en un monto proporcional a la posibilidad de que los haya causado. Por ejemplo, un productor que tiene una participación de cuarenta por ciento en el mercado podrá causar el cuarenta por ciento de los daños específicos que el producto es adecuado para causar, por lo que en cada caso su responsabilidad va a igualar al cuarenta por ciento de los daños que el producto pudo causar.²⁵⁶

Otra proposición importante de Shavell es que la regla de la preponderancia de la evidencia distorsiona los incentivos *ex ante* de las partes para evitar los daños que su actividad puede ocasionar, porque cuando la probabilidad de que el agente cause el daño está, sistemáticamente, por debajo de la barrera del cincuenta por ciento, el potencial causante no se verá disuadido de realizar actividades potencialmente peligrosas. Al contrario, bajo una regla de responsabilidad proporcional, el agente se verá desincentivado de realizar actividades o adoptar un nivel de actividad que sea potencialmente peligroso pues no podrá escapar a la responsabilidad por los daños posiblemente causados.²⁵⁷

5.1.3. La regla de la responsabilidad por la incerteza.

²⁵⁶ BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 656.

²⁵⁷ *Ib.*

Una tercera alternativa ha sido propuesta por Ariel Porat y Alex Stein quienes han intentado unificar ambas formas de imponer responsabilidad bajo la teoría de la responsabilidad por la incerteza (*liability for uncertainty*) que busca imponer responsabilidad por daños cuya causa es incierta en la parte que ha creado esa incertidumbre o ha tenido la mejor oportunidad para evitarla.

Esto debería incentivar a las partes a invertir en información para eliminar la incerteza del daño, y cuando *ex post* la incerteza es eliminada, los mecanismos ordinarios de la responsabilidad podrían operar para incentivar niveles de actividad que puedan reducir las posibilidades de causación del daño.²⁵⁸ Así, por ejemplo, un productor, de entre varios, de una droga fungible y potencialmente peligrosa puede elegir no reducir la incerteza sobre la causación del daño y ser responsable por los daños según su cuota de participación en el mercado o bien, puede elegir reducir la incerteza sobre la causación del daño y, en dicho caso, enfrentarse a la regla de la probabilidad positiva sobre el cincuenta por ciento.²⁵⁹

En conclusión, el criterio objetivo de adecuación de la causa se configura sobre la base de la probabilidad de que se haya causado el daño y no sobre un criterio natural de causalidad, es decir el juez no deberá constatar que la conducta

²⁵⁸ PORAT, ARIEL y STEIN, ALEX. 1999. Liability for Uncertainty: Evidential Deficiency and the Law of Torts. [en línea] Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series March 25, 1999 <<http://scholarship.org/uc/item/2db3b43m>> [consulta: 4 abril 2014]

²⁵⁹ BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 657.

del demandado es una condición necesaria del daño sino que la actividad del demandado haya creado o aumentado significativamente las probabilidades de que él daño ocurriera.

Según el primer enfoque la responsabilidad se impone cuando la probabilidad de que la conducta del demandado haya causado el daño es superior al cincuenta por ciento. La segunda teoría la responsabilidad es proporcional al riesgo del daño que el agente produce. La tercera alternativa propuesta busca reducir la incerteza del daño ubicando los costos del accidente en la parte que es responsable por la incertidumbre. Pero en todos los casos la responsabilidad se impondrá independientemente de si el riesgo que generó se concretó o no en un daño. Pasaremos ahora a tratar el riesgo como factor objetivo de atribución de responsabilidad.

5.2. El riesgo creado como factor de atribución.

Como hemos visto, la doctrina de la adecuación de la causa busca estructurar la responsabilidad no sobre la causalidad fáctica sino sobre la probabilidad de la causación del daño. Bajo esta visión, la responsabilidad es impuesta por el riesgo del daño que el agente produce independientemente de si el riesgo que generó

se concretó o no en un daño. Por lo tanto, la obligación de indemnizar nacerá por la creación significativa de un riesgo y no por haber causado un daño.²⁶⁰

La imputación objetiva del daño se puede efectuar si la conducta del agente supone un especial peligro de que surjan daños consecuentes. Según Díez-Picazo “la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa”.²⁶¹ Para que se cumpla el presupuesto de la imputación por actividades especialmente riesgosas deben concurrir determinados requisitos.

Una actividad será anormalmente peligrosa tanto por la alta probabilidad de que produzca un daño grave, como por la elevada probabilidad de que produzca un daño no grave y como por la circunstancia de que sea extremadamente grave

²⁶⁰ Esta idea es consistente con la tesis base de esta memoria de que la causalidad no debe ir asociada a la responsabilidad. La libertad de acción del individuo no tiene como límite la causación de daños a otros sino la imposición de riesgos significativos en otro sujeto.

²⁶¹ DIEZ PICAZO, LUIS. 1999. Derecho de daños. Madrid. Civitas. Citado en: ROCA TRIAS, ENCARNA. 2009. El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]. pág. 6.

un daño cuya producción sea poco probable.²⁶² Debe destacarse, además, que debe tratarse de una actividad que genere un riesgo anormal. Por ello, debe tenerse en cuenta si esa actividad es de práctica común o generalizada o no, para excluirla del alcance de la responsabilidad cuando corresponda.²⁶³ De manera que no serían imputables determinadas conductas que se encuentran legitimadas por el consenso social existente en su realización,²⁶⁴ así sucede, por ejemplo, dentro del ámbito del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, las libertades de información y expresión, por ejemplo.

Por su parte, la previsibilidad *ex ante* del daño no será requisito para calificar la actividad como peligrosa toda vez que una actividad peligrosa es, generalmente, adecuada para causar daños imprevistos, por lo que se imputará responsabilidad aun cuando el daño no haya sido previsible para el potencial causante. Con esto se buscan tres objetivos. Primero incentivar al agente de riesgo a reunir información que le permita anticiparse a los daños que sin dicha información no podría prever. Segundo, desincentivar actividades altamente peligrosas que pueden causar daños imprevistos. Tercero, incentivar al agente de riesgo a contar con antecedentes que permitan despejar las complejidades causales que podrían presentar los daños que produzca. De manera que si el

²⁶² CASALS. 2005. Ob. cit. pág. 16.

²⁶³ CASALS. 2005. Ob. cit. pág. 16.

²⁶⁴ FERNÁNDEZ y SALVADOR. 2006. Ob. cit. pág. 11.

potencial causante del daño no toma las medidas necesarias de cuidado o precaución esto no será considerado como un factor de atribución si no como un factor que influye sobre la probabilidad de acaecimiento del daño.²⁶⁵ De manera que con independencia de su mayor o menor cuidado tendrá que responder por todo el daño posiblemente causado, así se fuerza al agente de riesgo a internalizar el coste externo de su actividad y, por propio interés, tendrá que adoptar el nivel de actividad que hace mayor la diferencia entre los beneficios y el daño producido, y este es justamente el nivel de actividad que maximiza el bienestar social.²⁶⁶

Lo que estamos planteando es que el riesgo debería ser tratado como un daño compensable en sí.²⁶⁷ Siguiendo a Claire Finkelstein, explicaremos porque la exposición injustificada a un riesgo es una forma de menoscabo y que por lo tanto debería ser reparada.²⁶⁸

5.2.1. Riesgo, daño y responsabilidad.

²⁶⁵ GÓMEZ POMAR, FERNANDO. 2001. Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf> [consulta: 14 abril 2014]. pág. 3.

²⁶⁶ GÓMEZ. 2001. Ob. cit. pág. 3.

²⁶⁷ KNUTSEN, ERIK S. 2003. Ambiguous Cause-in-fact and Structured Causation: A multi-Jurisdictional Approach. *Texas International Law Journal* 38(249). pág. 284.

²⁶⁸ Ver en general: FINKELSTEIN. 2003. Ob. cit.

Tradicionalmente, el derecho de daños se ha limitado a reparar perjuicios de un carácter, mínimamente, cognoscible. Se repara, sin lugar a dudas, el daño físico. Pero los daños que no son tangibles, tales como el daño moral o en forma aún más dificultosa el daño basado en el riesgo, no han sido del todo bien recibidos por la doctrina y por la jurisprudencia.²⁶⁹ En casos que envuelven daños emocionales los jueces usualmente han exigido al demandante que demuestre alguna especie de daño físico resultante del daño emocional, como síntomas de stress o trastornos psíquicos que el accidente pudo haber producido. Pero los casos basados en la sola exposición al riesgo han sido, generalmente, rechazados. Por ejemplo, en *Metro-North Commuter R.R. v. Buckley* un trabajador demandó a la empresa de ferrocarriles por haber incrementado considerablemente sus posibilidades de contraer cáncer y asbestosis al exponerlo a importantes cantidades de fibras de asbesto durante las labores que realizó para la empresa como montador de tuberías. La Corte Suprema de Estados Unidos rechazó la demandada interpretando que no había lugar a la responsabilidad mientras no se manifestara algún tipo de daño.²⁷⁰

El problema con el requisito tradicional del daño tangible o, al menos, cognoscible como única forma de perjuicio reparable es que, claramente, el daño tangible no es el único tipo de daño que existe. Que el derecho de daños haya

²⁶⁹ FINKELSTEIN. 2003. Ob. cit. pág. 976.

²⁷⁰ *Ib.*

negado responsabilizar a aquellos que injustificadamente impusieron riesgos desmesurados en otros no implica que esos daños no existan. Los argumentos para negar estas indemnizaciones se corresponden con aquellos que, en su tiempo, fueron dados para negar la reparación del daño moral: dichos daños son difíciles de calcular y probar y, además, aceptarlos podría incentivar la presentación de acciones temerarias o especulativas. Pero el pragmatismo de este argumento no es suficiente para negar que el daño moral, así como el daño basado en el riesgo, son tipos de perjuicios que si existen y que, por ende, deben ser reparados.

Dada la importancia del daño en el derecho de la responsabilidad civil cabe preguntarnos si ¿la imposición injustificada de un riesgo debería considerarse un tipo de daño compensable?. Siguiendo a Finkelstein buscaremos demostrar en este apartado que algunas formas de exposición al riesgo debería ser estimadas como un daño indemnizable.²⁷¹ La teoría del riesgo como daño asume que exponer a alguien a un riesgo daña a ese sujeto. Pero esto no quiere decir que el daño tangible sea irrelevante para determinar la peligrosidad de la conducta porque sin la posibilidad de que se manifieste un daño no existe riesgo.

Así, el argumento no entraña, por sí mismo, la consecuencia de que el sujeto que haya impuesto un riesgo en otro debería ser declarado responsable en todos

²⁷¹ Ib. pág. 966.

los casos, independiente de si se haya manifestado un daño o no. Sostener que el riesgo es un daño no significa que este, por sí solo, debería dar origen a una obligación de indemnización. Sino, que sugiere que se debería imponer responsabilidad por la imposición injustificada de un riesgo asumiendo que el daño es una condición necesaria de la responsabilidad. Este daño basado en el riesgo podrá manifestarse en aquellos casos en que la víctima del riesgo haya sufrido algún tipo de daño actual o esté expuesto a desarrollar alguna forma de daño tangible en el futuro.

La tesis de Finkelstein distingue entre el daño basado en el riesgo (*risk-based harm*) y el daño ordinario o tangible al que llama daño resultado (*outcome harm*). La autora señala que el daño basado en el riesgo es una forma de daño distinto e independiente del daño resultado, sobre la base de que los individuos tienen el derecho a no ser expuestos a riesgos sin su consentimiento. En otras palabras, el daño no se encuentra limitado al daño tangible o como resultado.²⁷²

Para comenzar el análisis expondremos tres grupos de casos en los que se puede observar la creación de un riesgo. Como observaremos no en todos estos casos el riesgo podrá estimarse como una forma de daño. En el primer grupo de casos el riesgo es instantáneo y no puede conducir a ningún otro tipo de daño por lo que no se podrá atribuir responsabilidad por un daño que no existe. En el

²⁷² Ib.

segundo grupo de casos si se ha manifestado un daño pero como no es posible vincular dicho perjuicio con un demandado particular, el factor de atribución será el riesgo creado por cada uno de los posibles causantes más que el daño en sí. En el tercer grupo de casos los demandados habrán expuesto a la o las víctimas al riesgo de desarrollar alguna forma de daño resultado o tangible en el futuro lo que de por sí daña la esfera jurídica de una persona y por ende dicho daño basado en el riesgo debe ser reparado.

Primero, supongamos que un sujeto conduce un vehículo a cien kilómetros por hora por una calle residencial donde hay niños jugando. O que un doctor, bajo la influencia del alcohol, realiza una operación compleja. O que un piloto comercial privado de horas de sueño realiza un vuelo lleno de pasajeros. En todos estos casos los sujetos han impuesto riesgos considerables de causar un daño en otros. Si el daño llega a concretarse, cada uno de estos sujetos podría ser declarado responsable por los daños causados ¿pero podrían ser declarados responsables aun cuando su conducta no se concrete en un daño?. Si aceptamos que la conducta del conductor, del doctor y del piloto es tan reprochable moralmente con independencia de si la conducta de cada uno de ellos haya desembocado o no en un accidente, entonces se debería imponer

responsabilidad. Según este enfoque la reprochabilidad del sujeto está determinada por la conducta en sí más que por el resultado que produce.²⁷³

Si bien en todas estas situaciones ha habido un daño basado en el riesgo al exponer a otros a un riesgo injustificado, dicho riesgo ha sido momentáneo y ha llegado a ser cierto que ningún otro tipo de daño se irá a manifestar. Por lo que cualquier demanda basada en dicha conducta debería ser rechazada pues al momento de presentarse la acción no existiría ningún daño actual. Una demanda de responsabilidad no puede estar basada sólo en la existencia de una conducta moralmente reprochable, alguna especie de daño tiene que haberse infligido.²⁷⁴ Esto, porque en el derecho de daños no existe responsabilidad por conductas moralmente reprochables que no hayan conducido ni puedan conducir, probablemente, a un daño.²⁷⁵ El derecho de la responsabilidad civil requiere que en la víctima se haya manifestado una especie de perjuicio. En definitiva, el daño es una condición necesaria de la responsabilidad.²⁷⁶

En otro grupo de casos imaginemos que dos cazadores disparan en dirección de un tercero, una de las balas lo hiere en el rostro. O que varias personas lanzan

²⁷³ Ib. pág. 963.

²⁷⁴ Ib. pág. 964.

²⁷⁵ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 215

²⁷⁶ FINKELSTEIN. 2003. Ob. cit. pág. 964.

piedras en dirección a otra y una de ellas lo impacta y le causa daños. O que varias empresas distribuyen un producto fungible apto para producir un daño en especial que se ha producido en un grupo de personas que ha consumido el producto. En estos casos dos o más sujetos han creado una situación de riesgo que se ha concretado en un daño. Acá si se deberá imponer responsabilidad porque si dos o más sujetos imponen el mismo riesgo sobre otra persona pero sólo una de estas conductas termina causando un daño, las dos conductas deberán ser consideradas equivalentes desde un punto de vista moral, aun cuando sólo una de ellas haya causado el daño y por lo tanto ambos deberán ser responsables (como en *Summers*).

La explicación es que, la suerte es lo único que diferencia a ambas acciones y es la suerte la que determinó que una de ellas y no la otra haya causado el daño. Los seres humanos deberían ser responsables sólo de los factores que pueden controlar y desde que los efectos de la suerte se encuentran más allá de su control, los sujetos que hayan tomado las mismas decisiones pero que produjeron resultados diferentes, deben tenerse como equivalentes desde un punto de vista moral.

Esto no significa que se esté imputando responsabilidad por la sola creación de un riesgo porque para ello es necesario que algún tipo de daño se haya manifestado y es del caso que en todas estas situaciones si se manifestó el daño. Sin embargo, el factor de atribución sigue siendo el riesgo desde que no es

posible establecer un vínculo causal entre el daño y la conducta de cada uno de los demandados se atribuirá responsabilidad según el riesgo con que cada uno de ellos expuso a la víctima.

Ahora, consideremos un tercer grupo de casos. Una empresa de telecomunicaciones construye una torre de señal telefónica celular a diez metros de un sector residencial. Una minera desecha residuos altamente tóxicos en napas subterráneas contaminando el agua que una comunidad cercana consume. Una farmacéutica fabrica y distribuye un medicamento apto para causar un tipo específico de cáncer. O una empresa de construcción expone a sus trabajadores a materiales altamente tóxicos. También, en todos estos casos los sujetos han expuesto a otros a riesgos considerables de desarrollar un daño tangible en el futuro. Ningún daño tangible o *outcome harm* se ha manifestado aun. ¿Deberían ser declarados responsables?, ¿se podría imponer responsabilidad a quien ha impuesto injustificadamente en otros un riesgo significativo de sufrir un daño en el futuro?²⁷⁷ En este tercer grupo de casos, creemos que si existe un daño y que por lo mismo debería ser indemnizado.

La diferencia sustancial entre el primer y el tercer grupo de situaciones de riesgo es que en el primero el riesgo creado es instantáneo y no apto para causar un daño en el futuro. No habría un daño actual al momento de presentar la

²⁷⁷ Ib. pág. 963.

demanda. Mientras que en el tercer grupo de casos la situación de riesgo que se ha creado es apta para producir un daño en el futuro y por ello ya se ha situado como un menoscabo en la esfera jurídica de la víctima. Sin duda una persona se encuentra en una posición desmejorada en comparación a la que se encontraba antes, si cerca del lugar en el que vive se instala una torre de señal telefónica que la expone a desarrollar diversas enfermedades. Asimismo existirá un menoscabo en el bienestar de una persona si el agua que consume normalmente era apta para el consumo y luego es contaminada con agentes tóxicos que pueden provocarle diversos tipos de cáncer. También ha sufrido un grave perjuicio el trabajador que ha inhalado asbesto y que, probablemente, desarrollará asbestosis o quien ha consumido un fármaco que podrá causarle diversas dolencias físicas. En estas situaciones si se infligió un daño. Dado que desde la conducta del demandado las víctimas se encuentran desde ya expuestas a sufrir en el futuro un daño tangible lo que ha disminuido su bienestar y ha causado un perjuicio en sus derechos.

En el primer grupo de casos no se podrá atribuir responsabilidad porque si bien se creó un riesgo este fue momentáneo por lo que no se cumple con el requisito básico de la responsabilidad que es la existencia de un daño. En el segundo grupo de casos si se deberá atribuir responsabilidad porque se expuso a un riesgo adecuado para causar el daño sufrido. Finalmente en el tercer grupo, la responsabilidad se impondrá por el riesgo en si pues los sujetos han sido

expuestos al riesgo de desarrollar un daño en el futuro, lo que por sí solo debe ser estimado como una forma de daño.

El centro de nuestro planteamiento es que los sujetos tienen un interés legítimo en evitar riesgos en los que no han consentido a ser expuestos. El sujeto que impone un riesgo en otro daña ese legítimo interés y si de dicha conducta se ha producido un daño tangible o se crea la posibilidad de que en el futuro se desarrolle algún otro tipo de daño entonces se deberá imponer responsabilidad.

De hecho, existe jurisprudencia norteamericana que reconoce al riesgo como un daño compensable en sí. Por ejemplo, los casos que aplican la teoría de la responsabilidad por cuota de participación en el mercado también se explican como una compensación al riesgo más que por el daño en sí.

En *Sindell v. Abbot Laboratories*, los actores demandaron a los productores de la droga dietilestilbestrol (DBS) que sus madres habían consumido durante el embarazo. Alegaron que el consumo de DBS por sus madres les habría producido adenocarcinoma de células claras, una especie de cáncer vaginal producido, típicamente, por el consumo de DBS. Los demandados alegaron que la demanda debía ser rechazada toda vez que los demandantes no lograron identificar que preciso demandado había producido el DBS que cada una de las madre había consumido, por lo que en ausencia del vínculo causal no habría lugar a la responsabilidad. Mediante la inversión de la carga probatoria la Corte obvió el requisito causal y sentenció a cada uno de los demandados a reparar los

daños sufridos por los demandantes en proporción a su cuota de participación en el mercado. Al eliminar la causa como presupuesto de la responsabilidad la Corte condenó a los demandados por la contribución al riesgo del daño sufrido por la víctima más que por el daño en sí. Es decir, no es necesario que el demandado haya contribuido al daño sufrido por la víctima, sino que debe haber contribuido al riesgo de que dicho daño haya ocurrido.²⁷⁸ Esta tesis es consistente con la idea de estructurar el régimen de responsabilidad civil bajo la base de la causalidad probabilística.²⁷⁹

Si bien en *Sindell* existió un daño que, efectivamente, se manifestó el principio de atribuir responsabilidad por riesgo es el que fundamenta la sentencia. Finkelstein lo explica con el siguiente ejemplo: “Supongamos que fuera a lanzar una moneda al aire y que al caer sobre mi mano izquierda la cubriré con mi mano derecha. ¿Cuál es la probabilidad de que la moneda haya caído de un lado o del otro?, aunque el evento ya haya tenido lugar se puede asignar una probabilidad a la posibilidad de que la moneda haya caído de un lado o del otro” (la traducción es nuestra).²⁸⁰ De forma similar en *Sindell*, aunque el daño ya haya tenido lugar, desde que no es posible determinar que demandado causó el daño, la Corte se preguntó cuáles eran las posibilidades de que cada demandado haya causado el

²⁷⁸ KNUTSEN. 2003. Ob. cit. pág. 284.

²⁷⁹ BEN-SHAHAR. 1999. Ob. cit. pág. 657.

²⁸⁰ FINKELSTEIN. 2011. Ob. cit. pág. 980.

daño, asignando un grado de probabilidad a cada posible causante del daño. De manera que si cada demandante fue indemnizado según el grado de probabilidad de que cada demandado haya causado el daño, la Corte está asignando responsabilidad por el riesgo de daño, sin considerar el hecho de que este efectivamente se haya causado.

Un desarrollo posterior de la teoría de responsabilidad por cuota de mercado provee un fuerte apoyo a la teoría del riesgo como daño. En *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, un caso que también involucraba daños a hijas de madres que consumieron DBS durante el embarazo. En este caso la Corte condenó a los demandados a reparar los daños sufridos en proporción a la cuota de participación en el mercado que cada demandado tenía al momento del consumo de la droga por parte de las madres de las demandantes. Pero esta vez la Corte fue más allá y no le permitió a los demandados eximirse de responsabilidad probando que no era posible que ellos habían causado el daño. La Corte argumentó que en este caso, la responsabilidad estaba basada en el riesgo producido y no en un criterio de causalidad entre cada demandado particular y cada demandante particular por lo que no debería existir exculpación de un demandado que, siendo parte del mercado productor de DBS, no parece haber causado el daño de un demandante particular. En otras palabras, la Corte usa la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado como una forma de justificar la compensación por exposición al riesgo, más que una forma de estimar la contribución causal de cada demandado al daño tangible actualmente sufrido por

cada demandante. En este caso, resulta especialmente claro que la Corte no atribuyó responsabilidad por la manifestación del daño si no que declaró responsables a los demandados por el riesgo de cáncer que impuso en cada demandante.²⁸¹

Sin embargo, se podría objetar que la Corte, al rechazar a los demandados la posibilidad de exculparse probando que no pudieron haber causado el daño, estaba en realidad rechazando también la idea de imponer responsabilidad por el riesgo creado. Porque si el demandado puede probar que el no pudo haber causado el daño, entonces también está demostrando que no forma parte del grupo de demandados que crearon el riesgo. Pero esta impresión es engañosa: pues lo demandados que intentaron escapar a la responsabilidad alegando que ellos no pudieron haber causado el daño si participaron en la actividad que creó el riesgo para los demandantes, esto es, lanzaron DBS al mercado.

Tanto en *Sindell* como en *Hymowitz* no podemos identificar al causante del daño. Según la solución de *Sindell* cada uno de los posibles causantes debería aportar a la indemnización a excepción de aquellos que puedan probar que no causaron el daño. Pero según *Hymowitz* incluso los demandados que puedan probar que no causaron el daño deberán aportar a la indemnización, según el grado de riesgo al que expusieron al demandante.

²⁸¹ *Ib.* págs. 981-982.

La inclusión dentro de los responsables a los demandados que no pudieron haber causado el daño es un claro ejemplo de responsabilidad por riesgo en sí.²⁸² Pero tanto en *Sindell* como en *Hymowitz* se usa la responsabilidad por cuota de mercado como una forma de medir la probabilidad de que cada demandado haya causado el daño o como una forma de establecer el nivel de riesgo que cada demandado impuso en cada demandante, siendo irrelevante su contribución real al daño. La diferencia entre ambas sentencias es que en *Hymowitz* la Corte sincera la fundamentación de su decisión y excluye la posibilidad de que los demandados se exculpen probando que no pudieron haber causado el daño lo que no resulta tan diferente de *Sindell* donde el tribunal invirtió la carga probatoria sabiendo que era imposible para los demandados probar la inexistencia de la relación causal.

Liendo un paso más adelante, imaginemos ahora que un grupo de personas descubre que sus madres tomaron DBS mientras estaban embarazadas. Estas personas tienen un alto grado de probabilidad de desarrollar adenocarcinoma de células claras en el futuro. Los productores de la droga las han expuesto injustificadamente a un riesgo significativo. Podría parecer arbitrario negarles la indemnización y, al mismo tiempo, conceder indemnizaciones a las personas que actualmente sufrieron el daño. Porque, si bien es verdad que las víctimas en el

²⁸² *Ib.* pág. 982.

segundo caso ya desarrollaron cáncer y que las víctimas en el primer caso pueden que desarrollen la enfermedad o no, si es cierto que no sabemos qué productor fue el causante del cáncer en las víctimas del segundo caso. Solo existe una probabilidad razonable de que hayan desarrollado cáncer como consecuencia de la actividad del demandado, y esto no es diferente al caso de que las víctimas tengan la probabilidad de desarrollar cáncer en el futuro producto de la actividad del demandado. Así, sólo existe un paso desde la aplicación de la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado en *Sindell y Hymowitz* a una demanda por la probabilidad de desarrollar cáncer en el futuro como consecuencia del consumo de DBS.²⁸³

En *Schwegel v. Goldberg* un niño de cuatro años de edad sufrió graves heridas craneales después de haber sido impactado por el vehículo del demandado. El cirujano del demandante declaró que, producto del accidente, el niño había sufrido una fractura craneal de once centímetros, una contusión o hematoma del cerebro y una hemorragia subaracnoidea traumática. El experto agregó que en un gran número de casos similares las víctimas han desarrollado cuadros convulsivos en un plazo de quince a veinte años desde que se produjo el accidente, lo que indicaba que el niño tenía un alto grado de probabilidades de desarrollar algunos de estos cuadros en el futuro. Por lo que el experto no sólo

²⁸³ *Ib.* pág. 981.

testificó sobre el daño actual y tangible que sufrió el niño, sino que también sobre el riesgo de un daño futuro al que la víctima se vería expuesta como consecuencia de la conducta del demandado. En este caso la Suprema Corte de Estados Unidos declaró al demandado responsable por el daño actualmente sufrido por el niño y por la probabilidad de daño que podría sufrir a futuro como consecuencia del riesgo al que el demandado lo expuso.²⁸⁴

Otro caso representativo en esta materia es *Ayers v. Township of Jackson*. En *Ayers* el demandado desechó residuos tóxicos sobre terrenos no autorizados que contaminaron napas subterráneas de donde la comunidad a la que pertenecían los demandantes consumía, regularmente, agua. La conducta del demandado incrementó significativamente el riesgo de los demandantes de desarrollar, en el futuro, diferentes tipos de cáncer y graves enfermedades renales-hepáticas atribuibles a las sustancias tóxicas que el demandado desechó. La Corte negó la compensación del daño basado en el riesgo de contraer futuras enfermedades, señalando que para obtener indemnización el demandante debía probar la existencia de un daño actual. Según la Corte el demandante puede recuperarse de las consecuencias futuras de la conducta del demandado si este daño puede tenerse como una consecuencia razonablemente probable de la conducta

²⁸⁴ *Ib.* pág. 979.

pasada del demandado, a la inversa, no se pueden compensar las posibles consecuencias futuras de una conducta riesgosa.²⁸⁵

Sin embargo, la Corte permitió a los demandantes obtener la compensación de los costos médicos de monitoreo para identificar de manera temprana cualquier manifestación de las posibles enfermedades. Luego, Finkelstein se pregunta ¿pero, si el demandado no causó ningún daño, entonces porque debería pagar por el costo del monitoreo médico de los demandantes?. La autora responde que si la Corte ordenó a los demandados pagar por el costo de la vigilancia en la manifestación de una enfermedad asociada al riesgo creado es porque la Corte estimó que la conducta del demandado si había dañado a los demandantes y los dañó precisamente en la forma en que se ha venido planteando: como un daño basado en el riesgo.²⁸⁶ La conducta del demandado impuso un riesgo significativo en los demandantes de desarrollar cáncer y otras enfermedades asociadas al riesgo creado, y la sola imposición de este riesgo constituye un daño que por sí solo justifica la atribución de responsabilidad.

Otra de las razones que la Corte dio para rechazar la compensación por el riesgo es que permitir indemnizaciones por posibles daños futuros podría incentivar la presentación de reclamaciones especulativas e infundadas y,

²⁸⁵ Ib. pág. 977.

²⁸⁶ Ib. pág. 978.

además, el daño en dichas demandas sería difícil de calcular. Estos son los mismos argumentos que la doctrina y la jurisprudencia dieron, en su momento, para negar la compensación del daño moral,²⁸⁷ y si bien pueden haber buenas razones para negar la compensación de daños basados en el riesgo estas no son una de ellas. Cuando el demandado contaminó el agua potable que los demandados bebían los expuso a un grave riesgo de contraer cáncer y un gran número de otras posibles enfermedades. El aumento del riesgo de verse expuesto a contraer enfermedades de esta índole debería ser suficiente para considerar que una persona ha sido dañada.

Finkelstein explica que la decisión de la Corte de condenar a los demandados a pagar el costo de la vigilancia médica de las enfermedades que podrían desarrollar los demandantes es expresiva de que se acogió, al menos en parte, la reparación del daño basado en el riesgo.²⁸⁸ Desde que el demandado expuso a un grupo de personas al riesgo de desarrollar cierto tipo de enfermedades, se podría predecir que un porcentaje determinado de ese grupo de personas podría llegar a desarrollar alguna de esas enfermedades. El demandado debió pagar por el monitoreo médico de todo el grupo de personas que incluía individuos que, en definitiva, no desarrollarían ningún tipo de enfermedad. Obligar al demandado a pagar por la vigilancia médica de personas que no desarrollarían ningún tipo

²⁸⁷ *Ib.*

²⁸⁸ *Ib.* pág. 979.

de enfermedad podría parecer injusto, a menos que se vea el pago como una compensación por la exposición al riesgo más que por la manifestación de un daño tangible.

Otro problema que se da en los casos que se basan en el riesgo por exposición a sustancias tóxicas es que las víctimas no están autorizadas para demandar sino hasta el momento en que se manifiesta el daño, lo que ocurre, a menudo, muchos años después de la exposición al riesgo. El resultado es manifiestamente injusto. Un demandante que ha sido expuesto a una sustancia tóxica sufre un daño actual del que, posiblemente, no estará consciente sino hasta muchos años después de la primera exposición. Al momento de la exposición no podrá demandar porque no sabrá de la existencia del daño. Pero al tiempo que tome conocimiento de la existencia del daño puede que la acción se declare prescrita.

Por ejemplo, en *Schmidt v. Merchants Despatch Transportation Co.*, el demandante alegó que la inhalación de polvo de asbesto durante sus labores para la empresa demandada le causó asbestosis. Pero la Corte estimó que la acción se encontraba prescrita, sobre la base de que el plazo de prescripción comenzaba a correr desde el momento en que el demandante fue expuesto a la sustancia.

El mismo principio fue aplicado en *Schwartz v. Heyden Newport Chemical Corp.*, donde al demandante se le introdujo un compuesto para hacerlo más

susceptible a un examen de rayos x. La Corte, una vez más, manifestó que la acción resultante del daño se encontraba prescrita, a pesar del hecho de que el demandante no podía haber tenido conocimiento del daño al momento de la exposición al riesgo.²⁸⁹

Frente a este problema, la doctrina ha optado por contar el plazo de prescripción desde el momento en que el daño se manifiesta. Pero una solución alternativa, de particular interés para nuestros propósitos, es permitir a la víctima demandar la compensación desde el momento en que es expuesto a la toxina, sin esperar a que el daño tangible se manifieste.

Dado que el demandante no puede predecir si en el futuro va a desarrollar o no una especie de daño, esta solución sólo puede comprenderse desde la perspectiva de que se está imputando responsabilidad por la sola exposición al riesgo más que por la causación de un daño.

Finalmente, también existe un ejemplo de compensación por riesgo en los casos de pérdida de una chance. En este tipo de casos, el demandante es compensado por la reducción de la probabilidad de lograr una cura médica que ha sufrido como consecuencia de la mala práctica médica del demandado.

²⁸⁹ Ib. pág. 984.

En *Roberts v. Ohio Permanente Medical Group*, el demandante era el ejecutor testamentario de una persona que había fallecido de cáncer al pulmón. El demandante alegó que la muerte se produjo como consecuencia de la mala práctica médica del demandado debido al retraso inexcusable de siete meses en la detección de la enfermedad que aquejaba al fallecido. El demandante demostró que la conducta del demandado aumentó las posibilidades de la víctima de fallecer como consecuencia de la enfermedad lo que lo privó de la posibilidad de un tratamiento efectivo. La Corte condenó al demandado a la indemnización, según el porcentaje de la probabilidad de cura que la víctima habría tenido de haberse realizado los exámenes a tiempo multiplicado por la total extensión del daño. Es decir, calculó la indemnización según un criterio probabilístico de acuerdo a la chance de sobrevivencia que el paciente perdió. De manera que el demandado no fue obligado a indemnizar la total extensión del daño sino que el perjuicio proporcional al nivel de riesgo que expuso a la víctima.²⁹⁰

Típicamente, el demandante de una responsabilidad médica debe demostrar que existe una probabilidad superior al cincuenta por ciento de que la conducta del demandado causó el daño. Sin embargo, en supuestos de pérdida de una chance no hay forma de acreditar probabilidades sobre la barrera del cincuenta por ciento porque en estos casos el paciente desde ya tiene menos de un

²⁹⁰ *Ib.* págs. 985-986.

cincuenta por ciento de probabilidades de cura cuando entra a la consulta del médico, y la conducta del profesional reduce las probabilidades de cura en un porcentaje adicional, digamos en un veinte por ciento. En este caso no se puede afirmar que el doctor causó el daño del paciente porque es más probable que no lo causó. Pero aun así, el doctor privó al paciente de una importante chance de recuperación. Para permitir al demandante la indemnización tenemos que asumir que la responsabilidad no se basará en la causa ni tampoco en un daño tangible, sino que la obligación de indemnizar se debe basar en el riesgo impuesto y en la probabilidad de haber causado el daño.

Las Cortes, en casos como este, han obviado los requisitos clásicos de la responsabilidad civil. En *Sindell, Hymowitz y Ayers*, se imputó responsabilidad por el riesgo creado y por la relación entre la conducta desplegada y el daño sufrido. En efecto, en ninguno de estos se puede afirmar la existencia de un vínculo causal entre la conducta de los demandados y los daños sufridos por las víctimas y es muy probable que en muchos de ellos no haya existido tal relación. Tampoco puede asegurarse que la conducta de los demandados haya sido negligente y aún más en muchos de estos casos ni siquiera existió un daño tangible. Entonces, si en estos casos se imputó responsabilidad en atención a criterios objetivos de riesgo cabe preguntarse ¿Cuál es el objetivo que han perseguido las Cortes americanas en este tipo de decisiones?.

Las Cortes buscaban desincentivar actividades altamente riesgosas que no se encontraban justificadas por criterios de utilidad social. Goldberg y Zipursky, por ejemplo, han señalado que el fin principal del derecho de daños es proveer incentivos legales para que los agentes económicos no inviertan en actividades altamente riesgosas o socialmente indeseables.²⁹¹ Por su parte, David Rosenberg ha argumentado que las demandas colectivas basadas en el riesgo se justifican en los fines preventivos y de disuasión de actividades que no se justifican socialmente por los altos riesgos que involucran.²⁹²

Sin embargo, Finkelstein sostiene que la responsabilidad basada en el riesgo no implica, necesariamente, alejarse de los fines compensatorios de la responsabilidad civil. Si bien, en los casos de daños causados masivamente las Cortes norteamericanas han cumplido un importante rol disuasivo, no es menos cierto que al otorgar compensaciones por exposiciones injustificadas a un riesgo se está reconociendo que este es una especie de daño compensable.²⁹³

En este apartado, he intentado demostrar que imponer un riesgo injustificado sobre otra persona constituye una especie de daño compensable en sí. Hemos

²⁹¹ GOLDBERG y ZIPURSKY, BENJAMIN. 2002. An inchoate wrong does not generate tort liability. Citado en FINKELSTEIN. 2011. Ob. cit. pág. 983.

²⁹² DAVID, ROSENBERG. 1996. Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass Exposure Cases. *New York University Law Review*. págs. 233-236. Citado en FINKELSTEIN. 2011. Ob. cit. pág. 983.

²⁹³ FINKELSTEIN. 2011. Ob. cit. pág. 983.

expuesto diversos casos que ejemplifican la responsabilidad por imposición a un riesgo, como los casos de causalidad alternativa, causalidad tóxica y pérdida de una chance. Imponer responsabilidad por la creación de un riesgo podría resolver una serie de dificultades que suelen aparecer en los daños causados masivamente.

Primero, las hipótesis de causalidad alternativa pueden explicarse mejor bajo una teoría de responsabilidad por riesgo porque según esta solución no es necesario acreditar el vínculo causal entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima. Desde que se condena al demandado según la probabilidad de que haya causado el daño la responsabilidad no se impone por haber dañado a un demandante específico si no por haber creado un riesgo significativo de causar un daño y ese es justamente el criterio según el cual se calcula el monto de la indemnización en la responsabilidad por cuota de mercado.

Por otro lado, en supuestos de causalidad tóxica, los problemas de la causalidad no serían un obstáculo para otorgar indemnizaciones si el demandante puede probar que el demandado lo expuso a un riesgo injustificado, la víctima del riesgo podría solicitar la reparación de los daños aun cuando el daño no se ha manifestado. Para evitar una doble compensación el demandante que fue expuesto al riesgo y que luego desea demandar por la manifestación del

daño deberá ser compensado por la total extensión del daño menos el monto que ya recibió por la exposición al riesgo.²⁹⁴

Además, si aceptamos la responsabilidad por la creación de un riesgo eliminaríamos el problema al que se ven enfrentadas las personas expuestas a sustancias que manifiestan un daño después de un largo período de tiempo desde la primera exposición. Según el enfoque de la responsabilidad por riesgo estas víctimas podrán demandar al tiempo de la exposición sin necesidad de esperar a la manifestación del daño desde que la imposición injustificada de un riesgo es una forma de daño compensable en sí. Y en el caso que la víctima no tenga conocimiento de que fue expuesto a un riesgo y solo toma conocimiento de ello una vez que el daño se manifiesta, podremos adoptar una segunda alternativa según la cual el plazo de prescripción no empieza a correr sino desde la manifestación del daño.

Otro punto relevante es la prueba de del riesgo (probabilidad e intensidad del daño) y de la adecuación de la causa. En casos de daños causados masivamente (*mass exposure torts*), esta prueba presentará especiales dificultades probatorias para el demandante pues la o las víctimas no tendrán, típicamente, a su disposición la información relevante del caso.²⁹⁵ Será el demandado quien, en

²⁹⁴ Ib. pág. 999.

²⁹⁵ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 86.

este tipo de daños, se encontrará en una mejor posición para explicar al juez las circunstancias del accidente.

Finalizaremos esta exposición analizando cuáles son las herramientas de las que disponemos en nuestro ordenamiento jurídico para ubicar la carga de la prueba en la parte que se encontraba en el control de los hechos y que, por lo mismo, pudo evitarlo a un menor costo.

5.3. La prueba de la adecuación de la causa y del riesgo de la conducta.

Hemos explicado anteriormente, que en los daños causados masivamente como en situaciones de causalidad común, grupal, acumulativa o alternativa, será prácticamente imposible acreditar una relación de causalidad natural. Como ocurre en los casos en que una sustancia potencialmente cancerígena afectó a una víctima en particular, porque normalmente existirá un sin número de posibles causas de la enfermedad y porque la sustancia cancerígena es sólo una de esas posibles causas por lo que la prueba deberá limitarse a demostrar que el demandado expuso a la víctima a un riesgo y a qué nivel de probabilidad del daño la expuso. O sea que se refiera a la imposibilidad de determinar que agente en particular causó el daño que pudo haber sido causado por muchos otros donde será imposible para el demandante identificar al real causante. O en los casos en

que el producto resulta destruido por el mismo accidente o cuando se trata de cosas consumibles.²⁹⁶

Es aquí donde la prueba de la probabilidad de que la conducta (o el producto) del demandado causara el daño (es decir, probar que el demandado creó un riesgo desmesurado) sustituye la prueba de la relación causal. En otras palabras la prueba aportada buscará determinar hasta qué punto la conducta del demandado era adecuada para causar el perjuicio. Aun así, en este tipo de daños situar la carga probatoria en el demandante conducirá, normalmente, al rechazo de la demanda porque, a diferencia del demandado, la víctima será el sujeto que, por lo general, se encontrará en un posición desmejorada para conocer las circunstancias de accidente y, por lo mismo, para evitarlo. Por su parte el demandado será quien, típicamente, se encontrara en una mejor posición para evitar el daño debido a que controlaba los hechos y, por lo mismo, estará en una situación ventajosa para explicar al juez el curso del accidente.

Pero, si aplicamos las normas generales sobre la prueba de las obligaciones, el artículo 1.698 del Código Civil nos obligará a situar en el demandante la carga de probar que el demandado fue quien causó efectivamente el daño. Sin embargo, creemos que el artículo 2.329 del Código Civil puede ser una buena

²⁹⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2004. La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. Revista Chilena de Derecho Privado(2). pág. 86.

herramienta para situar los costos del accidente en la parte que podría haber evitado el accidente a un menor costo que, en daños donde han intervenido múltiples causas, será (normalmente) el demandado.

1.4.1.3.1. El artículo 2.329 del Código Civil como un instrumento para forzar la aportación de prueba frente a un escenario de incerteza.

El artículo 2.329 del Código Civil ha recibido diversas interpretaciones y lecturas por parte de la doctrina²⁹⁷. Primero, ha sido comprendido como una mera reiteración de la regla del artículo 2.314.²⁹⁸ Una segunda interpretación,

²⁹⁷ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER. 2009. De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2.314 y 2.329 y de nuestro “Código Civil Imaginario”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (13). pág. 66

²⁹⁸ Tal fue la interpretación de algunos juristas durante el siglo XIX, como José Clemente Fabres y Ricardo Cabieses, influidos por la distinción entre delitos y cuasidelitos civiles y delitos y cuasidelitos penales, dándole a los primeros una significación amplia, comprensiva de los hechos ilícitos que causaban daño y carecían de sanción penal. Luego, durante el siglo XX, Luis Claro Solar mantuvo esta postura al sostener la falta de valor jurídico que en el Código Civil tendrían las nociones de delito y cuasidelito, señalando que, dichas nociones, podrían suprimirse “agrupándose bajo la denominación de ilícitos los que proceden de dolo [como] los que se producen por negligencia”.²⁹⁸ Ramón Meza Barros mantenía una opinión que seguía esta misma línea pues estimaba que la regla de inciso 1° expresaba la regla general que “muestra la concepción subjetiva de la responsabilidad que inspira nuestro Código y destaca sus elementos más salientes: el daño y la culpa o dolo”²⁹⁸, de manera de que de él se desprendería la necesidad de acreditar la culpa, al igual que en el caso de la regla del artículo 2.314, aunque entendía que en los casos del inciso 2° se consignaban excepciones cuya particularidad consistía “en que la culpa del autor se presume”.²⁹⁸ Ver: FABRES. JOSÉ CLEMENTE. 1902. *Instituciones de Derecho Civil Chileno*. Vol II. 2ª ed. Santiago. Imprenta y Librería Ercilla. pág. 220. Citado en: BARRIENTOS. 2009. Ob. cit. pág. 66; CABIESES. RICARDO. 1895. *Prontuario de los juicios o Tratado de procedimiento judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*. 5ª ed. Santiago. Librería Central de Mariano Servat. pág. 7. Citado en: BARRIENTOS. 2009. Ob. cit. pág. 66; CLARO SOLAR, LUIS. 1932. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pág. 600. Citado en: BARRIENTOS. 2009. Ob. cit. págs. 66-67;

inaugurada por Carlos Ducci en su memoria de 1.936, entiende la regla del inciso primero del artículo 2.329 como una presunción general de culpa por el hecho propio “en el sentido de que hay ciertos daños, que, dadas las circunstancias en que se producen, significan por sí mismos la existencia de dolo o culpa en la persona que ha determinado esas circunstancias; o sea, que se trate de daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de una persona por el solo hecho de producirse y sin necesidad de que esta malicia o negligencia se prueben”.²⁹⁹ Arturo Alessandri Rodríguez ampliaría la tesis anterior señalando que el artículo 2.329 “establece una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”.³⁰⁰ Finalmente Barros adhiere a la misma interpretación.³⁰¹ Hoy día, la doctrina dominante entiende el artículo 2.329 como una presunción de culpabilidad y o de causalidad por el hecho propio.³⁰²

MEZA BARROS. RAMÓN. 1988. De las fuentes de las obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pág. 265. Citado en: BARRIENTOS. 2009. Ob. cit. pág. 67.

²⁹⁹ DUCCI. 1936. Ob. cit. pág. 134.

³⁰⁰ ALESSANDRI. 2005. Ob. cit. pág. 150.

³⁰¹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 149.

³⁰² Por otro lado, Hernán Corral la ha interpretado como una norma que manifiesta la exigencia de la relación causal entre el hecho y el daño³⁰² y Pablo Rodríguez Grez quien, ajustándose a la línea más tradicional, entiende el artículo como una regla que independiza el delito y cuasidelito penal del delito y cuasidelito civil. Ver CORRAL. 2003. Ob. cit. pág. 229 y RODRÍGUEZ. 1999. Ob. cit. pág. 212.

Pero ¿podríamos hablar realmente de una presunción en el caso del artículo 2.329?. Para responder esta pregunta es necesario analizar algunas consideraciones básicas de la doctrina acerca de las presunciones.

Las presunciones constituyen “un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho base que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos”.³⁰³ Las presunciones pueden ser legales o judiciales. En las presunciones legales el legislador establece el hecho presumido partiendo del hecho base, es decir, la inferencia está realizada por la ley, que expresa la consecuencia probatoria que se sigue del antecedente de hecho que la propia ley describe.³⁰⁴ En las presunciones judiciales es el juez quien debe deducir el hecho presumido mediante un razonamiento basado en la experiencia a partir de los antecedentes que constan en el proceso.³⁰⁵

En consecuencia, para configurar la presunción es necesario que exista un hecho base o indicio, afirmado y debidamente comprobado por una de las partes del proceso, un segundo hecho (el cual es presumido) y un nexo lógico que

³⁰³ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. 1991. Comentario del artículo 1249 del Código Civil. En: Comentario del Código Civil. Madrid. pág. 414. Citado en: BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 250.

³⁰⁴ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 156.

³⁰⁵ Ib.

vincule ambos hechos.³⁰⁶ Para que la presunción judicial constituya plena prueba es necesario que, además, cumpla con los requisitos del artículo 1.712 del Código Civil, esto es que sea grave (que aparezca claramente configurada de los hechos que le sirven de base), precisa (carente de vaguedad o difusión) y concordante (que no haya contradicción entre el hecho presumido y el hecho base).

Pero ocurre que utilizar la norma como una presunción conduce a resultados equivocados. Así, Barría, en su memoria para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca ha sostenido que la causalidad alternativa se explica como una presunción de causalidad lo que rompe el requisito básico de toda presunción de precisión y de concordancia entre el hecho base y el hecho presumido.³⁰⁷

En un típico escenario de incertidumbre causal como es la causalidad alternativa el autor sostiene que esta entrañaría una presunción de causalidad de manera que el nexo causal que existe respecto de un miembro indeterminado del grupo “se extiende por la vía de la presunción a todo el resto de sujetos que tienen en común la pertenencia grupal”³⁰⁸ pero luego no se entiende cómo podría

³⁰⁶ BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 250.

³⁰⁷ Ib. pág. 256.

³⁰⁸ Ib.

sucedir que todos los sujetos causaron un daño que, necesariamente, sólo uno de ellos causó. Así en *Sindell* cada una de las víctimas fue dañada sólo por un laboratorio y en *Summers* la bala que hirió al demandante provino necesariamente del arma de sólo uno de los cazadores. No sería preciso presumir que todos los laboratorios causaron el daño de cada una de las víctimas pues es sencillamente imposible que cada droga particular haya sido fabricada por todos los laboratorios así como resulta imposible que la bala que hirió a *Summers* haya sido proyectada por las dos armas. Resultando imprecisa la presunción no puede haber concordancia entre un hecho y un hecho presumido cuya ocurrencia es imposible.

Y, a renglón seguido, Barría se contradice al señalar que extender el nexo causal respecto de todos los posibles causantes constituye “una importante flexibilización de la relación de causalidad”,³⁰⁹ cuando en realidad, y como el mismo reconoce, la presunción sería un mecanismo de “exoneración probatoria”³¹⁰ donde la víctima “no tendrá la obligación de probar la relación de causalidad entre la lesión sufrida y el accionar del autor material del mismo”. Finalmente, el autor asume que el factor de imputación no es sino “la actividad de riesgo del colectivo”.³¹¹

³⁰⁹ Ib.

³¹⁰ Ib. pág. 255.

³¹¹ Ib. pág. 256.

Para justificar la confusión Barría alega que “es perfectamente posible que esta relación entre dos hechos no exista, o que por lo menos no se verifique de modo ‘habitual’, produciendo inmediatamente una desconexión entre el suceso indicio y el que se presume”.³¹²

Como podemos observar se recurre a la presunción para exonerar a la víctima de acreditar el vínculo causal en el contexto de un daño donde la causa no sólo es imposible de probar si no que irrelevante para efectos de atribuir responsabilidad. En el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo el factor de atribución es el riesgo y la adecuación de la causa. En *Summers* la responsabilidad se imputa por el riesgo que los cazadores crearon y porque la bala resultaba adecuada para causar el daño sufrido. Y en *Sindell* también se atribuye responsabilidad por el riesgo que los laboratorios demandados crearon con su actividad y porque la droga resultaba adecuada para causar el tipo de cáncer que las víctimas sufrieron.

Luego Barros reconoce que “la norma del artículo 2.329 establece una inferencia más bien indeterminada”³¹³ y agrega que en la presunción del artículo 2.329 no se trata de reproducir las exigencias de gravedad, precisión y

³¹² Ib. pág. 253.

³¹³ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 157.

concordancia a la que está sujeta toda presunción judicial, porque con ella desaparecería la función natural de la norma.³¹⁴

Sierra Domínguez ha afirmado que lo que la doctrina ha llamado presunciones de culpabilidad y causalidad en supuestos complejos desde un punto de vista probatorio son más bien deducciones lógicas que operan “sobre los resultados de los anteriores medios de prueba³¹⁵. En el mismo sentido Montero Aroca sostiene que estas presunciones consisten en un “razonamiento”³¹⁶ hecho en particular por el juez acerca de la prueba vertida en la causa. El mismo Barría concluye que las presunción del artículo 2.329 apunta en verdad a “una labor intelectual llevada a cabo por el juez a partir de los demás medios de prueba utilizados por las partes del proceso, mediante la cual procura alcanzar su convicción acerca de los hechos de la causa”.³¹⁷

El problema radica en que se confunde a la presunción con otro tipo de procedimientos lógicos muy similares a éstas, como las hipótesis de prueba *prima facie*, en las que no existe una inversión de la carga probatoria, sino una exoneración de la misma, que concluye en una fijación probabilística de los

³¹⁴ Ib.

³¹⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. 1991. Comentario del artículo 1249 del Código Civil. En: Comentario del Código Civil. Madrid. pág. 414. Citado en: BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 252.

³¹⁶ MONTERO AROCA, JUAN. 1998. La prueba en el proceso civil. Civitas. págs. 164-165. Citado en: BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 252.

³¹⁷ BARRÍA. 2008. Ob. cit. pág. 252.

hechos. Y, con la máxima *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) en la que a raíz de la naturaleza del accidente se puede inferir la infracción de un deber de cuidado aun sin la necesidad de rendir prueba alguna acerca de la conducta del demandado. Todas estas situaciones se diferencian de las presunciones en que éstas últimas no constituyen meros razonamientos o juicios de valor, sino que poseen una estructura y una mecánica propia cuya finalidad es ubicar los costos del accidente en quien se encontraba en una mejor posición para evitarlo y, por lo mismo, dispone de mejor forma de la información necesaria para explicar el accidente.³¹⁸

Barros reconoce que “en el derecho comparado se discute si la presunción referida no debe ser entendida más bien cómo una prueba en principio”,³¹⁹ de manera que la regla del artículo 2.329 establecería “esencialmente una alteración del riesgo de la prueba”³²⁰ por lo que si nada se logra probar, el efecto será que el demandado deberá soportar los costos del accidente. El mismo autor parece acercarse a una interpretación acertada de la norma al señalar que “[l]a presunción de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2.329 del Código Civil reconoce dos grupos de casos: ante todo, las actividades particularmente peligrosas, según la interpretación original de la regla; y, además, aquellos en

³¹⁸ Ib. pág. 251.

³¹⁹ BARROS. 2007. Ob. cit. pág. 157.

³²⁰ Ib.

que las circunstancias indican *prima facie* que el daño ha sido causado por negligencia”.³²¹

Esta interpretación es consistente con el texto del artículo 2.329 que parece aludir a una prueba en principio en el sentido de que es probable que la conducta del demandado es la causa del daño sufrido debido a que *ex post* (o según la experiencia) la conducta aparece como adecuada (probable) para causar el daño.

Siguiendo a Jorge Larroucau,³²² buscaremos demostrar en el curso de este apartado que el artículo 2.329, en su mejor lectura, sirve para identificar al litigante que puede proveer a la administración de justicia de la explicación más precisa sobre el accidente ocurrido,³²³ cuestión relevante toda vez que la incertidumbre acerca de los antecedentes relevantes del caso es un problema inherente a toda litigación. Toda decisión judicial envuelve un riesgo de error y hay que tener en consideración que ese riesgo no puede ser totalmente eliminado pero si puede ser minimizado al aumentar la evidencia que el juez debe considerar al momento de resolver.³²⁴ Para desarrollar este punto de vista,

³²¹ Ib. pág. 151.

³²² LARROUCAU TORRES, JORGE. 2011. Res Ipsa Loquitur: Quien habla es el juez, no la cosa. En: BARROS BOURIE, ENRIQUE “et al”. Estudios de Derecho Civil VI. Santiago. Legal Publishing. pág. 492.

³²³ LARROUCAU. 2011. Ob. cit. pág. 492.

³²⁴ PORAT y STEIN. 1999. Ob. cit. pág. 5.

Larroucau toma cómo guía la descripción que Porat y Stein ofrecen en materia de imputación en escenarios de incertidumbre causal.³²⁵ Según estos autores la máxima *res ipsa loquitur* puede ser utilizada como una regla de decisión para distribuir los riesgos de error entre los litigantes cuando las pruebas aportadas al caso no alcanzan para establecer con precisión la causa fáctica del daño.

En el *Common Law* los requisitos de operatividad de la máxima son cuatro: i) La existencia de un perjuicio que, normalmente, no habría ocurrido sin una conducta riesgosa (es decir probable para causar un daño especialmente intenso) ii) Provocado por algo que se encontraba bajo el exclusivo control del demandado iii) Sin la contribución de la víctima iv) Donde no se dispone de otras evidencias que puedan arrojar luz acerca del curso de los hechos.

Según esta máxima, en caso de incertidumbre sobre la cusa del daño, el juez puede asumir el riesgo de error en su sentencia y ubicar los costos del accidente en el demandado cuando las condiciones ya señaladas satisfagan el estándar de probabilidad requerido (que bien puede ser la barrera del cincuenta por ciento o una regla proporcional de responsabilidad). Desde este punto de vista, la regla no debe ser analizada como una herramienta que busque reconstruir los hechos pasados de formar correcta (toda vez que dicho ejercicio es imposible) sino como

³²⁵ Ver en general: PORAT y STEIN. 1999. Ob. cit.

una regla de decisión para distribuir el riesgo de error de la sentencia entre los litigantes.³²⁶

Una vez que la prueba ha sido rendida, el juez puede inclinar los riesgos de una sentencia errónea en el demandado cuando las pruebas aportadas permitan al juez deducir que el accidente podía haber sido mejor evitado por el demandado. Aunque la inferencia que realiza no garantiza certeza en la atribución de responsabilidad, esta falta de certeza no constituiría un ejercicio ilegítimo dentro de la práctica judicial “en la medida que ningún fallo puede prometer certeza sobre los hechos en que se apoya”.³²⁷ Esta interpretación nos permite recordar una de las ideas matrices del análisis probatorio moderno: que todo juicio de hecho es probabilístico.³²⁸

Larroucau señala que una interpretación fuerte de la máxima apunta hacia el empleo de la “probabilidad estadística en los juicios de imputación civil. Bajo este prisma es suficiente con probar que la conducta del demandado pertenece a una categoría de conductas que provocan daño de manera habitual”³²⁹ para que el juez acoja la demanda de indemnización. En otros términos, la aplicación de la

³²⁶ LARROUCAU. 2011. Ob. cit. pág. 493.

³²⁷ Ib. pág. 494.

³²⁸ Ib.

³²⁹ Ib. pág. 495.

máxima no mira a la acción u omisión concreta que el demandado pudo haber realizado, si no que al nivel de peligrosidad al cual pertenece la conducta del demandado, siempre que sea adecuada para causar el daño sufrido por la víctima. Este sería el criterio utilizado en las teorías proporcionales de responsabilidad según el nivel de riesgo con el que se contribuyó a la causación del daño, como en la teoría de responsabilidad por cuota de participación en el mercado.

Pero, frente a un juicio de hecho ¿cómo se establece el grado de probabilidad que determina la aplicación del *res ipsa loquitur*? El juez aplica las máximas de la experiencia sobre la evidencia rendida en el juicio y su impacto probatorio, es decir, “el razonamiento judicial basado en la experiencia [es] el que permite dirimir el grado de probabilidad de las condiciones necesarias para aplicar la máxima”.³³⁰ Que son, recordemos, i) Que el daño normalmente no habría ocurrido sin una conducta especialmente riesgosa ii) Que debe haber sido causada en circunstancias que se encontraban exclusivamente bajo el control del demandado iii) Que el accidente no haya tenido lugar con la contribución de la víctima y iv) Que la víctima no disponga de más evidencias sobre la ocurrencia del accidente. Si a raíz de la evidencia específica rendida por el demandante el juez puede inferir, por medio de la experiencia, que se dan cada uno de estos

³³⁰ Ib. pág. 496.

factores entonces podrá invertir la carga de la prueba o situar el riesgo de una sentencia errónea en el demandado.

Así, el *res ipsa loquitur*, permite identificar a la parte que podía evitar el accidente a un menor costo (*cheapest cost avoider*), es decir, la persona que es típicamente responsable por la incertidumbre del caso.³³¹ Para comprender este punto, es útil recordar que entre las condiciones de operatividad de la máxima, el par referido al demandante (a saber: que el accidente no haya tenido lugar con la contribución de la víctima y que no disponga de otras evidencias sobre el curso de los hechos) lo identifican como una persona que tiene una limitada capacidad de prever el daño y por lo mismo de anticiparse al accidente y tomar las medidas para prevenirlo, además, la información sobre el curso de los hechos no se encuentra disponible para él de forma razonable. En tanto que, el par de condiciones de la máxima referida al demandado (que, recordemos, son: la existencia de un daño que no se produce, normalmente, sino por la intervención de una conducta especialmente riesgosa y que el accidente se haya producido bajo circunstancias que se encontraban exclusivamente bajo el control del demandado) permiten afirmar que él “si dispone de esa información: no sólo mejor la víctima, sino que típicamente mejor que cualquier otra persona asociada con el caso”,³³² porque si ejerce control sobre la conducta que, probablemente

³³¹ Ver en general: PORAT y STEIN. 1999. Ob. cit.

³³² LARROUCAU. 2011. Ob. cit. págs. 497-498.

causó el daño, entonces también ejerce control sobre las evidencias necesarias para conocer el curso de los hechos.

Bajo esta perspectiva el *res ipsa loquitur* que refleja el artículo 2.329 sirve para identificar a la parte que puede explicar mejor el caso que, típicamente, será quien pueda internalizar los costos de prevenir el accidente (o los costos del daño) de una forma menos onerosa (mediante la fórmula de la responsabilidad de Hand). Larroucau concluye que “[p]or ello, el *res ipsa loquitur* no es sino un ‘atajo inferencial’ que emplean los jueces civiles para disminuir los costos que suscita la adjudicación de acciones en contextos de incertidumbre. Dicho atajo es utilizado en la medida que la máxima produce, vista la judicatura como un servicio habitual, más resultados correctos que erróneos”.³³³

Entonces, si se reúnen los requisitos de la máxima será el demandado quien deberá aportar los antecedentes relevantes del caso porque ellos se encuentran a su disposición.³³⁴ Es decir, si según los antecedentes aportados por el demandante se puede establecer que el demandado se encuentra en una posición ventajosa respecto de la información del accidente, el juez deberá ordenar la inversión de la carga de la prueba para forzar la aportación de prueba

³³³ Ib. pág. 498.

³³⁴ Ib.

por parte del demandado.³³⁵ La necesidad de invertir la carga de la prueba será más obvia en los casos en que el demandante haya retenido información que haya hecho imposible para el demandante acreditar la real causa del daño o en los casos en que si la información hubiera estado disponible el daño se podría haber evitado. E incluso en los casos en que no se pueda obtener información adicional producto de la inversión de la carga probatoria, el sólo hecho de que el demandado haya privado al demandante de la posibilidad de probar las circunstancias del accidente debería ser suficiente para situar los riesgos de error de la sentencia en el demandado.³³⁶ Para explicar esta tesis vale detenerse en el análisis de aquellas sentencias que aplican el artículo 2.329.

En un primer caso, el actor demandó indemnización de perjuicios a una empresa constructora por la muerte de un joven ciclista que fue atropellado por un camión de la empresa que se dirigía a las faenas de construcción. En la sentencia la Corte hace expresa alusión al artículo 2.329 y lo relaciona con los elementos característicos del *res ipsa loquitur* en cuanto a actividades especialmente peligrosas y control exclusivo de las circunstancias del accidente. En su considerando vigésimo quinto, la Corte estimó que el artículo 2.329 es aplicable a los casos en que “el daño proviene de una actividad caracterizada por su peligrosidad, cuya ejecución requiere de medidas de extremo resguardo por

³³⁵ KNUTSEN. 2003. Ob. cit. pág. 283.

³³⁶ KNUTSEN. 2003. Ob. cit. pág. 283.

quienes tienen en el control de los hechos” y luego agrega que, en el caso examinado la empresa constructora “realizaba faenas que involucraban el ingreso de camiones por un acceso complejo (---) en un sector en que la presencia de personas y estudiantes constituía un riesgo (---) [y] habiéndose debido el atropello y fallecimiento de la [víctima] al ingreso de un camión (---) en esas peligrosas circunstancias, que se encontraban bajo el control y dominio de la [demandada], su respectiva responsabilidad reparatoria, por sus hechos propios, debe ser legalmente presumida, al tenor de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 2.329 del Código Civil” y concluye que “la demanda no ha producido en la causa pruebas plenas que permitan desvirtuar la presunción legal de responsabilidad”.³³⁷ Como hemos analizado la aplicación del artículo 2.329 no sería en realidad una presunción, sino una expresión del *res ipsa loquitur* en cuanto a que la propia Corte utiliza como elementos de aplicación de la norma las notas distintivas de la máxima: especial peligrosidad de la conducta y control de los antecedentes.

Luego, la inversión de la carga probatoria no se produce por una presunción de culpabilidad o causalidad si no debido a que es el demandado quien se encuentra en la mejor posición para aportar pruebas que permitan explicar el curso de los hechos, de esta forma se busca incentivar a la parte demandada a

³³⁷ Ramón Jesús Concha Villagrán y otros con Francisco Javier Palma Barra y otros. Corte de Concepción. 06.10.2008. Rol 2228-2004.

que rinda prueba sobre el accidente. En otras palabras, la norma nos permite identificar a la parte que podía evitar el accidente a un menor costo (*cheapest cost avoider*).

Y aun si no se puede obtener información adicional producto de la inversión probatoria será el demandado quien deberá soportar el riesgo de una sentencia errónea. En este sentido, la sentencia agrega un interesante elemento que clarifica que la falta de una fuente de información que permita al demandante explicar el accidente desde ya justifica la aplicación de la máxima. Bajo esta idea sobre control de las fuentes de información la sentencia, en su considerando vigésimo segundo, señala que la empresa debió haber examinado las condiciones en que los vehículos pudieran ingresar de forma segura durante las maniobras de acceso pues “[e]ste necesario examen debió conducirles, precisamente en razón de la pendiente cuya inclinación motivaba la orientación del cielo de los espejos retrovisores de los camiones, a considerar la presencia, durante toda la maniobra de ingreso de camiones, de un asistente que orientare en todo momento al chofer, para evitar el atropello de personas, entre ellos de jóvenes estudiantes que, con toda evidencia, circularían por el sector”.

Nótese que, en este caso, la presencia de una persona que vigile la circulación de los vehículos no sólo disminuye las posibilidades de que ocurra un accidente, sino que, además, constituye una importante fuente de información acerca del

acaecimiento del daño.³³⁸ La ausencia de un vigilante provoca a la víctima un “daño probatorio, pues, imposibilita [al demandado] disponer de alguien que pueda explicar las causas del accidente ante un juez”.³³⁹ El acceso a la información relevante debido al control de los antecedentes justifica la inversión de la carga probatoria debido a que de haber existido esa información se podría haber evitado el accidente o bien, habría permitido al demandado explicar el curso causal del daño.

En otro caso, un menor fallece como consecuencia de un accidente de tránsito. En los hechos el chofer guiaba el camión en condiciones físicas deficientes (somnolencia) lo que lo llevó a quedarse dormido por breves instantes, cruzar el eje divisorio de la calzada y chocar de frente al otro automóvil.³⁴⁰

Para la Corte, no hay duda de que “la empresa desarrolla una actividad riesgosa que genera una responsabilidad más estricta e impone a quien la ejerce, sea de manera directa o por la mediación de un tercero, un mayor grado de diligencia o cuidado (---) del artículo 2.329 del Código Civil se desprende que las circunstancias en que se producen ciertos daños revelan por sí mismas la

³³⁸ LARROUCAU. 2011. Ob. cit. pág. 511.

³³⁹ Ib. pág. 513.

³⁴⁰ Lira Montes, Jorge Luis y otros con Shell Chile Sociedad Anónima Comercial e Industrial. Corte Suprema. 29.01.2008. Rol 4318-2006.

existencia de algún grado de culpa o negligencia de parte del agente, lo que explica que se establezcan ciertas presunciones de responsabilidad, que invierten el peso de la prueba, como cuando el daño deriva de haberse infringido el deber de adoptar las medidas de vigilancia tendientes a prevenir el daño” (considerando noveno y décimo). La sentencia traslada la carga de la prueba, pues es la parte demandada quien debía inspeccionar el vehículo de transporte y fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad aplicables, entre ellas que el transportista no excediera el máximo legal en el tiempo de conducción. En definitiva, la Corte Suprema “estimó que la prueba rendida por la demandada estaba dentro del ámbito de su carga probatoria y fue calificada como insuficiente como defensa por lo que debía asumir su responsabilidad en los hechos”.³⁴¹

La sentencia interpreta el artículo 2.329 como una inversión del peso de la prueba si el daño deriva de “haberse infringido el deber de adoptar las medidas de vigilancia tendientes a prevenir el daño”. Es decir, quien estaba en control de los antecedentes era la empresa demandada por lo que sobre ella recae el peso de explicar el accidente. A falta de prueba es el demandado quien debe soportar los costos del daño pues si se hubieren adoptado las medidas de seguridad se habrían reducido las probabilidades del accidente y la víctima habría contado con mayor información sobre la causa del daño.

³⁴¹ SCHIELE, CAROLINA y TOCORNAL, JOSEFINA. 2010. Artículo 2.329 del Código Civil, la interpretación de presunción por hechos propios existen en la jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho 37(1). pág. 137.

Otro punto importante es que la Corte razona que el alto nivel de peligrosidad de la conducta del demandado lo obliga a adoptar “un mayor grado de diligencia o cuidado” de manera que acerca el nivel de diligencia exigido a la culpa levísima lo que en la práctica elimina a la culpabilidad como requisito de la responsabilidad. El factor de atribución no es la culpa, sino el riesgo.

En otro caso, un menor resultó gravemente herido con motivo del accidente laboral que sufrió en las instalaciones de la empresa demandada. El accidentado, de quince años de edad, fue contratado para operar una máquina calibradora de frutas. Para poder vigilar el funcionamiento de la máquina se le proporcionó un cajón al que debía subirse. Luego de 15 días de trabajo el cajón se quebró por lo que el menor apoyó sus manos sobre la máquina, la que le cercenó todos los dedos de la mano derecha y el dedo pulgar de la mano izquierda, quedando con una gravísima incapacidad de trabajo de por vida.³⁴²

Para los sentenciadores, en los casos como el reseñado, por los inconvenientes en materia de prueba que se fueron presentando en los accidentes sufridos por los trabajadores en actividades complejas y peligrosas se fue adentrando en la doctrina el concepto de responsabilidad objetiva o por riesgo, fundada principalmente en lo dispuesto en el artículo 2.329 del Código Civil (considerando séptimo). Para el sentenciador el artículo 2.329 establecería

³⁴² Gómez Parraguez, Jaime Eulogia con Sociedad Agrícola Cantalejos Limitada. Corte de Rancagua. 07.03.2002. Rol 18105-2002.

un correctivo procesal a fin de facilitar la prueba de la culpa que pesa sobre la víctima, presumiéndose su existencia, y requiriéndose en ciertos casos por parte de la víctima que ha sufrido el daño, sólo probar los hechos de los cuales la ley deduce la culpa, y establecido éstos, se presumirá la culpabilidad de la persona civilmente responsable (considerando octavo).

La Corte utiliza el artículo 2.329 como un correctivo procesal para dar por acreditada la culpa y señala expresamente que la norma abre las puertas a la teoría del riesgo creado o la responsabilidad objetiva. Al dar por sentada la culpa, sin necesidad de prueba, la Corte descarta el factor subjetivo como criterio de atribución y funda la responsabilidad en el riesgo creado por el demandado.

En cuanto al control de las circunstancias, la Corte señala que no existían en la época de los hechos medidas de vigilancia y seguridad en el sitio de las faenas (considerando quinto y sexto). De haber existido medidas de vigilancia se habría reducido el riesgo del accidente y se podría haber contado con mayores antecedentes para explicarlo. Como no existían dichas medidas, se justifica la inversión de la carga probatoria pues es el demandado quien se encontraba en mejor posición para explicar los hechos además de ser la parte que podría haber evitado la ocurrencia del daño a un menor costo.

Como se puede apreciar, en casos de multiplicidad causal es importante contar con un precepto como el artículo 2.329 que permita al juez situar los riesgos de una sentencia errónea en la parte que se encontraba en una mejor

posición para evitar el accidente que es la misma parte que maneja los antecedentes para explicar el daño. Y si bien, la jurisprudencia chilena aplica el artículo 2.329 como una presunción de culpabilidad por el hecho propio no es menos cierto que dichas sentencias hacen alusión, en forma constante, a la peligrosidad de la acción y el control de los antecedentes, notas distintivas del *res ipsa loquitur*. De esta forma, la aplicación del artículo 2.329 difumina la distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad estricta, pues en todas las sentencias analizadas el factor de atribución es el riesgo creado por el demandado, es decir, un factor objetivo.

Como hemos comentado la norma no podría ser tomada como una presunción. Una de las razones para sostener dicha afirmación es que en varios escenarios de complejidad causal sería imposible que la presunción cumpliera con los requisitos básicos que exige el artículo 1.712 del Código Civil. Así en la causalidad alternativa no se puede presumir que el hecho dañoso fue causado por todos los posibles causantes pues dicha suposición es contraria a las leyes de la naturaleza física. Y, además de ser un constructo falso resulta ser innecesario toda vez que, como hemos señalado en el transcurso de esta memoria, la culpa y la causalidad no son presupuestos indispensables para atribuir responsabilidad. Los factores objetivos de imputación deben ser el centro de atención de todo juicio de responsabilidad.

Así, superado el artículo 2329 como una presunción de culpabilidad o de causalidad, creemos que la mejor interpretación de la norma es aquella que lo considera como una herramienta que permite invertir la carga de la prueba (a través de una prueba en principio o de la máxima *res ipsa loquitur*) en la parte que podía evitar el accidente a un menor costo y que por ello se encontraba en el control de los antecedentes del caso. Por lo tanto, será la parte que estará en una mejor posición para explicar al juez el curso de los hechos y aportar prueba sobre el accidente quien deberá soportar los costos de una sentencia errónea.

Pero esto no quiere decir que el demandante vaya a estar libre de toda carga probatoria. Creemos que el demandante deberá probar que se le expuso a un riesgo que fue creado por la parte demandada y que dicho riesgo puede llegar a manifestarse en alguna forma de daño característico del riesgo al que fue expuesto o que ya manifestó un daño que podría haber sido causado por la situación de riesgo creada por la parte demandada. Por ejemplo, la víctima de mesotelioma de pleura o de asbestosis deberá acreditar que fue expuesta a una fuente de asbesto proveniente de la actividad del demandado y que sufre de este tipo de enfermedad. Acreditada estas circunstancias, el artículo 2.329 permitirá ubicar el peso de la prueba en la parte demandada lo que significará un fuerte incentivo para que esta aporte toda la evidencia necesaria que permita al juez comprender las circunstancias del caso. Y si las dudas no son despejadas el demandado deberá soportar los riesgos de una sentencia equivocada, siempre que sea quien pudo evitar el accidente a un menor costo.

Finalizado el análisis sobre la causa adecuada y el riesgo como factores objetivos de atribución y del rol que el artículo 2.329 puede jugar en casos donde es difícil determinar la causa del daño, pasaremos a exponer las principales conclusiones a las que hemos llegado en esta investigación.

6. Conclusiones.

Casi la totalidad de la doctrina nacional estima que la causa, la previsibilidad, la culpa y el daño son requisitos que deben concurrir copulativamente para nazca la obligación de indemnizar. Pero ocurre que muchos de los daños actuales no pueden explicarse según estos axiomas pues en una sociedad altamente industrializada muchos perjuicios ocurren por accidentes en escenarios altamente complejos.

Y así como todas las ramas de la ciencia evolucionan conforme se transforma la sociedad, el derecho de daños no puede quedar ausente de estos cambios. En dicho sentido esta memoria ha buscado proponer que un moderno derecho de daños debería configurarse en base a una serie de criterios de atribución que deben ser ponderados por el juez. Entre ellos el riesgo y la causa adecuada.

De este modo, pudimos comprobar que la causa es un criterio fáctico de atribución que no se justifica a sí mismo como presupuesto de la responsabilidad civil.

En cuanto a la justificación moral del requisito causal, fuimos capaces de ilustrar que la libertad de los individuos no se extiende hasta la causación de daños en otros sí no que hasta la imposición de riesgos significativos en otras personas. Dicha aproximación permite explicar el por qué resulta moralmente correcto hacer responsable a quien ha impuesto injustificadamente riesgos en

otros, aun cuando no haya causado el daño. Así, quien deseche residuos tóxicos en las aguas que otros beben deberá reparar los daños por el riesgo creado, y asimismo quién cree junto a otros una situación de riesgo deberá reparar los daños que se hayan sufrido y que estén asociados con el riesgo creado.

Además, si analizamos los fines de la responsabilidad civil tenemos que la causa debe ser descartada. Pues si lo que se busca es compensar a la víctima mediante la apropiada ubicación de los costos del accidente, tenemos que la causalidad no aporta un criterio acertado para dicha solución, pues los costos deberán ser soportados por quien pudo evitar el accidente a un menor costo o por aquellos cuyos patrimonios sean lo suficientemente fuertes como para absorber el costo de los daños a un menor perjuicio social y económico.

Además, si asumimos que uno de los fines primordiales de la responsabilidad civil es la disuasión de actividades riesgosas, la causalidad tampoco otorga una guía certera para determinar qué actividades deben ser desincentivadas, pues es el riesgo que la conducta genera el mejor criterio para determinar dicha decisión.

Menos resulta justo defender a la causa como requisito de la responsabilidad. Obligar a indemnizar a quien no ha causado daños es un importante mecanismo para lograr la justicia distributiva en la sociedad. De esta forma todos soportamos los costos que sólo algunos debieron sufrir. Pero ello no quiere decir que un derecho de daños sin causa se aleje de los fines compensatorios y correctivos

del derecho de daños, pues atribuir responsabilidad por la creación de un riesgo no es si no estimar que el riesgo es también una forma de dañar y que, por lo tanto, dicho daño debe ser reparado.

Confirma todo lo planteado, el hecho de que la causalidad resulta un confuso, sino pésimo, factor de atribución en varios supuestos. Primero, en la omisión no hay causa por lo que el criterio para hacer nacer la obligación de indemnizar no es sino la infracción de un deber de cuidado. Y muchos casos de multiplicidad causal la *conditio sine qua non* debe ceder paso a las probabilidades en la causación del daño. Esto permite comprender que en la causalidad común, acumulativa, concurrente, grupal y alternativa el factor de atribución es el riesgo creado por el grupo y la adecuación del daño a la conducta realizada por los potenciales causantes.

Por otro lado, tenemos que la previsibilidad es un concepto amplísimo para excluir la responsabilidad. Es la excusa perfecta para que los agentes que realizan actividades riesgosas escapen a su obligación de reparar los daños injustamente sufridos. Así, concluimos que la imprevisibilidad *ex ante* no puede considerarse como una razón que excluya la obligación de reparar el daño toda vez que en las actividades riesgosas es normal que ocurran accidentes imprevisibles. Esta forma de entender la previsibilidad incentivaría al agente de riesgo a invertir en información que le permite anticiparse al daño y por lo tanto evitar la obligación indemnizatoria.

En cuanto a la negligencia creemos que puede ser redefinida y mejor comprendida desde la perspectiva de la creación injustificada de un riesgo. De esta forma se unifican los regímenes objetivos y subjetivos de responsabilidad en factores objetivos de atribución, lo que permite comprender que en un moderno derecho de daños el centro de atención debe estar puesto en la teoría de la imputación objetiva.

Reducida la responsabilidad civil a los factores objetivos de atribución analizamos la causa adecuada y el riesgo creado.

Sobre la causa adecuada hemos sostenido que el problema del vínculo entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima se reduce a una cuestión de probabilidades, donde lo determinante es si la conducta del demandado era apta o probable para causar el daño sufrido por la víctima. En este campo se nos presentan varias soluciones posibles. Atribuir responsabilidad si la probabilidad en la causación del daño es superior al cincuenta por ciento, o atribuir responsabilidad cualquiera sea el nivel de probabilidad pero en proporción a ese grado estadístico o bien invertir el peso de la prueba en quién es responsable de la incerteza para reducir el posible error en la adjudicación de responsabilidad.

Y sobre el riesgo señalamos que este de por sí debe ser considerado como un factor suficiente de atribución. Esto permite comprender que en aquellos casos donde no es posible determinar al real causante del daño el verdadero

factor de atribución no es el daño en sí, sino que el riesgo que se creó de haber causado ese daño. E incluso sostenemos que en aquellos casos donde se crea un riesgo de sufrir un daño futuro se debe imponer la obligación de indemnizar porque en estos casos el riesgo es una forma de daño que debe ser reparado.

Esta forma de ver el derecho de daños aportaría una solución a muchas personas expuestas a sustancias tóxicas que aún no han desarrollado una enfermedad que, muy probablemente, desarrollaran en el futuro. Conceder la acción desde la exposición al riesgo solucionaría el problema de la prescripción y, además, cumpliría una importante función en la disuasión de actividades altamente riesgosas.

Finalmente creemos que el artículo 2.329 del Código Civil puede ser utilizado como una herramienta que permita invertir el peso de la prueba en la parte que pudo haber evitado el accidente a un menor costo y que será, típicamente, la misma que cuenta con los antecedentes que permitan despejar las dudas sobre la incertidumbre del caso.

Así, un derecho de daños sin causa, previsibilidad, negligencia ni daño permitiría explicar un sin número de daños que actualmente se sufren y que se mantienen impunes debido a que estos requisitos se han considerado como bases incuestionables de la responsabilidad civil. La imputación objetiva mediante la causa adecuada y el riesgo son las claves para dar justicia y

reparación a las víctimas de los daños causados y sufridos actualmente al que todos nosotros, como consumidores e individuos, estamos expuestos.

Bibliografía.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. Las obligaciones con pluralidad de sujetos. En: Las Obligaciones. 5ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 414-459.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 2005. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 559p.

AZAGRA MALO, ALBERT. 2006. Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/355_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]

AZAGRA MALO. ALBERT. 2007. Regreso a la solidaridad. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/394_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE. 2003. La causa del daño en la jurisprudencia reciente. Revista Chilena de Derecho 20(2): 345-379.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE. 2004. La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: Panorama de derecho comparado. Revista Chilena de Derecho 31(2): 211-223.

BARRÍA DÍAZ, RODRIGO. 2008. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Memoria de Doctor en Derecho. Salamanca. Universidad de Salamanca. 569p.

BARRÍA DÍAZ, RODRIGO. 2011. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho civil chileno. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (1): 151-183.

BARRÍA DÍAZ, RODRIGO. 2011. La responsabilidad objetiva del artículo 2328 del Código Civil. En: BARROS BOURIE, ENRIQUE “et al”. Estudios de Derecho Civil VI. Santiago. Legal Publishing. pp. 521-542.

BARRIENTOS GRANDON, JAVIER. 2009. De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículo 2314 y 2329 y de nuestro “Código Civil Imaginario”. Revista Chilena de Derecho Privado(13): 9-94.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2007. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1230p.

BEN-SHAHAR, OMRI. 1999. Causation and Forseeability. Tort Law and Economics(83): 644-668.

CALABRESI, GUIDO. 1975. Concerning Cause and the Law of Torts: And Essay for Harry Kalven, Jr. [en línea] The University of Chicago Law Review <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>

CAPUTTO, MARIA CAROLINA. 2011. Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación vol. 13(11): 39-46.

CÁRDENAS, HUGO A. 2006. La relación de causalidad ¿Quaestio Facti o Quaestio Iuris?. Revista Chilena de Derecho 33(1): 167-176.

CASALS, MIQUEL MARTÍN. 2005. Una primera aproximación a los “Principios del Derecho Europeo de la responsabilidad civil”. [en línea] Indret 2005 <http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]

CORRAL TALCIANI, HERNAN. 2003. Lecciones de responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 423p.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2004. La relación de causalidad en el sistema de torts del Common Law. En: María Dora Martinic-Galetovic. Nuevas Tendencias del Derecho. Santiago. Lexis Nexis. pp. 141 a 162.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2004. La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. Revista Chilena de Derecho Privado(2): 71-94.

COMPIANI, MARIA. 2006. Responsabilidad por daños colectivos. Revista Jurídica UCES: 69-84

DUCCI CLARO, CARLOS. 1936. Responsabilidad civil (ex contractual). Santiago. Empresa periodística El Imparcial. p.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. 2001. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. Anuario de Derecho Civil 54(3): 1009-1025.

DIMASI, BRIAN M. 1995. Comment: The Threshold Level of Proof of Asbestos Causation: The “Frequency, Regularaty and Proximity Test” and a modified *Summers v. Tice* theory of Burden-Shifting. Capital University Law Review (24): 1-26.

FAULK, RICHARD y GRAY, JOHN. 2008. “Negligence in the Air?” Should “Alternative Liability” Theories Apply in Lead Paint Litigation?. Pace Environmental Law Review vol.25(1): 147-209.

FINKELSTEIN, CLAIRE. 2003. Is Risk a Harm?. University of Pennsylvania Law Review Vol. 151(3): 963-1001.

GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. 1988. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. 40p.

GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. 2012. La responsabilidad grupal o colectiva. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (3): 365-394.

GEISTFELD, MARK. 2006. The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability. *University of Pennsylvania Law Review* 6(38): 447-501.

GIFFORD, DONALD G. 2005. The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Product Torts. [en línea] University of Maryland School of Law Legal Studies Reseach Paper 2005 <<http://ssrn.com/abstract=696561>> [consulta 4 abril 2014]: 873-935.

GOLBE, DEVRA L. y WHITE, LAWRENCE J. 1999. Market Share Liability and its Alternatives [en línea] New York University Center for Law and Business September 17, 1999 <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=209809> [consulta: 4 abril 2014]

GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS. 2006. Solidaridad y Prevención. Una reflexión sobre los efectos de la solidaridad entre los responsables de un daño [en línea] Indret 2006 <http://www.indret.com/pdf/371_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]

GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS. 2007. Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las

cuotas de responsabilidad. [en línea] Indret 2007
<http://www.indret.com/pdf/490_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]

GÓMEZ POMAR, FERNANDO. 2001. Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf> [consulta: 14 abril 2014]

FERNÁNDEZ CRENDE, ANTONIO y SALVADOR CODERCH, PABLO. 2006. Causalidad y responsabilidad. [en línea] Indret 2006
<http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf> [consulta: 10 abril 2014]

FISCHER, JOHN y ENNIS, ROBERT H. 1986. Causation and Liability. *Philosophy and Public Affairs* 15(1): 33-40.

HOMER, PAUL. 2004. Indivisible Injury Negligence and Nuisance Cases – Proving Causation Among Multiple-Source Polluters: A State-by-State Survey of the Law for New England, and a Proposal for a New Causation Framework. *Pierce Law Review* 3(1): 75-100.

JANSEN, NILS. 2003. Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmático moderna. [en línea] Indret 2003
<http://www.indret.com/pdf/128_es.pdf> [consulta: 4 de marzo de 2014.

KELSEN, HANS. 1982. *Estática Jurídica*. En: *Teoría Pura del Derecho*. 2ª ed. México. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 123-199.

KNUTSEN, ERIK S. 2003. Ambiguous Cause-in-fact and Structured Causation: A multi-Jurisdictional Approach. *Texas International Law Journal* 38(249): 249-290.

KOCH, BERNHARD. 2003. La labor del European Group on Tort Law. La Cuestión de la “Responsabilidad objetiva”. *Indret* 2003 <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82514/107360>> [consulta 4 abril 2014]

LARROUCAU TORRES, JORGE. 2011. Res Ipsa Loquitur: Quien habla es el juez, no la cosa. En: BARROS BOURIE, ENRIQUE “et al”. *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago. Legal Publishing. pp. 491-519.

LORENZETTI, RICARDO. 1996. Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos. *La Ley*.

MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. 2005. La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual. *Actualidad Jurídica* (11): 213-230.

MURRAY, RICHARD P. 1981. *Sindell v. Abbott Laboratories: A Market Share Approach to DES Causation*. *California Law Review* Vol. 69 (4): 1179-1203.

MALANI, ANUP y MULLIN, CHARLES. 2005. Assessing the Merits of Reallocation under Joint and Several Liability: Evidence from Asbestos

Litigation. [en línea] University of Virginia Legal Working Paper Series <<http://law.bepress.com/uvalwps/olin/art18>> [consulta 4 abril 2014]

MOSSET ITURRASPE, JORGE. 1989. Responsabilidad Colectiva. En: Estudios sobre responsabilidad por daños Fallos Anotados y Doctrina Tomo II. Santa Fe. Rubinzal y Culzoni Editores. pp. 304-315.

MOSSET ITURRASPE, JORGE. 2004. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Revista Latinoamericana de Derecho(1): 357-380.

MÚRTULA LA FUENTE, VIRGINIA. 2006. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. [en línea] Indret 2006 <http://www.indret.com/pdf/351_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]

OLIPHANT, KEN. 2010. Uncertain Factual Causation In the Third Restatement: Some Comparative Notes. William Mitchel Law Review 37(3): 1599-1632.

PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. 2012. Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los Petl. Revista de Derecho Privado (4): 117-119.

PORAT, ARIEL y STEIN, ALEX. 1999. Liability for Uncertainty: Evidential Deficiency and the Law of Torts. [en línea] Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series March 25, 1999 <<http://scholarship.org/uc/item/2db3b43m>> [consulta: 4 abril 2014]

PREVOT, JUAN MANUEL. 2010. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. Revista Chilena de Derecho Privado (15):143-178.

REAL ACADEMÍA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 2001. Diccionario de la Lengua Española. 22ª ed.

ROCA TRIAS, ENCARNA. 2009. El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. [en línea] Indret <http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 1999. Responsabilidad extracontractual. Santiago Editorial Jurídica de Chile. 505p.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2010. Responsabilidad extracontractual colectiva. Revista Actualidad Jurídica (21): 9-47

ROGEL VIDE, CARLOS. 2008. Culpa y responsabilidad civil extracontractual. Revista general de legislación y jurisprudencia (1): 111-132.

ROSTRON, ALLEN. 2004. Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products. *UCLA Law Review* (52): 151-215.

RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. 2003. La responsabilidad por cuota de mercado a juicio. [en línea] *Indret* julio de 2003 03/2003 <http://www.indret.com/pdf/147_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]

SALVADOR CODERCH, PABLO y RUIZ GARCÍA, JUAN. 2002. Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. [en línea] *Indret* 2002 <http://www.indret.com/pdf/085_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]

SALVADOR CODERCH, PABLO “et al”. 2005. El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva. [en línea] *Indret* 2005 <http://www.indret.com/pdf/309_es.pdf> [consulta: 4 abril 2014]

SALVADOR CODERCH, PABLO “et al”. 2013. El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. [en línea] *Indret* 2013 <http://www.indret.com/pdf/remedio_indemnizatorio_derecho_espanol_danos_25.9.2013.pdf> [consulta: 4 de abril de 2014]

SCHIELE, CAROLINA y TOCORNAL, JOSEFINA. 2010. Artículo 2329 del Código Civil, la interpretación de presunción por hechos propios existen en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho* 37(1): 123-139.

SEUBA TORREBLANCA, JOAN. 2003. ¿Quién ha sido? [en línea] Indret abril de 2004 02/20004 <http://www.indret.com/pdf/222_es.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2014]

STEIN, ALEX. 2003. Indeterminate Causation and Apportionment of Damages [en línea] Oxford Journal of Legal Studies January 2003 Vol. 23 <http://works.bepress.com/alex_stein/8> [consulta: 4 abril 2014]

THOMSON, JUDITH JARVIS. 1987. The Decline of Cuase [en línea] Georgetown University Law Center Vol. 76 <<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/22>> [consulta: 29 de abril de 2014]

WILSON, WILLIAM D. 2012. Market Share Liability—Did New York Go Too Far?: Hymowitz v. Eli Lilly & Co. St. John's Law Review Vol. 64.(2): 363-377.

WINTER ETCHEBERRY, JAIME. 2013. Caso ADN y la causalidad en la responsabilidad por el producto. Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales Vol. II (1): 345-378.

WRIGHT, RICHARD W. 1988. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: Pruning the bramble bush by clarifying the concepts [en línea] Iowa Law Review Vol. 73(1001) <http://works.bepress.com/richard_wright/16> [consulta: 4 de mayo de 2014]

VELOSO, PAULINA. 2004. La previsibilidad es una condición o requisito de la culpa y no de la relación causal. En: María Dora Martinic-Galetovic; Claudia Schmidt Hott Coord. Nuevas Tendencias del Derecho. Santiago. Lexis Nexis. pp. 249 a 263.

ZIPURSKY, BENJAMIN C. 2007. Evidence, Unfairness and Market-Share Liability: a comment on Geistfeld. [en línea] University of Pennsylvania Law Review Pennumbra <http://www.pennumbra.com/responses/market-share_liability.pdf> [consulta: 4 abril 2014]