

LA CUESTIÓN CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: PANORAMA DE DERECHO COMPARADO

JORGE BARAONA GONZÁLEZ*

RESUMEN: Este trabajo ofrece algunos elementos que permiten explicar la manera como se aborda el problema de la causalidad en la responsabilidad en el derecho comparado y –fundamentalmente– entregar algunos criterios dogmáticos y jurisprudenciales a que se ha recurrido para resolver los problemas de causalidad ambigua o de concausas que, tal vez, son los más difíciles. Se presentan doctrinas y jurisprudencia recientes, especialmente en el ámbito anglosajón, en Italia, Francia y España.

Palabras clave: Causalidad - Responsabilidad Extracontractual - Derecho Civil Comparado.

ABSTRACT: This work offers some elements that allow to explain the way as the problem of the causality in the responsibility in the compared right is approached and - fundamentally to give some dogmatic and judgments reasons to that it has resorted to solve the problems of ambiguous causality or concurrent causes that, perhaps, is most difficult. Recent doctrines and jurisprudence appear, especialy common law countries, in Italy, France and Spain.

Key words: Causality - extracontractual responsibility - comparative civil law

1. DERECHO ANGLOSAJÓN

En el derecho anglosajón no hay duda de que el nexo causal es uno de los elementos que deben concurrir en la responsabilidad por daños (*Law of Torts*), lo que lleva a distinguir por un lado la infracción del deber de conducta (para el área de los delitos fundados en la negligencia o *negligence damages*), del daño mismo causado, por otro. La indagación por el nexo causal, precisamente lo que se busca es conectar ambos hechos o eventos. Pero, con todo, la cuestión de la causalidad no ha dejado de prestarse para intensos e importantes debates en la doctrina.

Históricamente la explicación causal fue decantando, hasta quedar formulada en dos etapas.

1.1. CAUSATION IN FACT

Esta etapa se explica al comprender que tras toda inquisición causal existe una fase empírica. Por tanto, para establecer si existe o no la conexión causal física e imprescindible, se recurre al *but for test*, que no es otra cosa que la doctrina *conditio sine qua non*. Es decir, lo que en esta etapa se intenta responder es a la pregunta ¿Qué hubiera ocurrido si el evento no se hubiese presentado?

* Profesor de Derecho Civil, Universidades de los Andes y Pontificia Universidad Católica de Chile. Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N° 1020360, en el que el suscrito es investigador responsable.

Debido a que el *but for test* opera con relativa facilidad en un número importante de casos –fundamentalmente en aquellos en que existe solo una explicación causal–, la jurisprudencia ha hecho de este criterio el corriente para establecer la causalidad en esta primera etapa. Pero, como es obvio, el *test* falla en aquellos casos en donde hay causas ambiguas, ya sea porque existe multiplicidad de causas, o bien porque existen causas superpuestas; en estos casos, la doctrina ha debido recurrir a lo que en general se denomina el *substantial factor*, por el que se llama al Tribunal a investigar aquel acontecimiento causal que parezca más relevante. Pero el problema está en que no hay criterios claros para determinar este *substantial factor*.

En aquellos casos de causalidad ambigua, las Cortes tanto de los Estados Unidos, como inglesas y canadienses, han aplicado al menos tres criterios alternativos, para fijar la *causation in fact*.

Uno de ellos es invertir la carga de la prueba, de manera de incentivar al demandado a que entregue los antecedentes que tiene y que puedan contribuir a clarificar la causa relevante; un segundo criterio apunta a considerar como causa suficiente al hecho que ha incrementado menos el riesgo de causar el daño, aunque no exista evidencia de que ha sido causante material del daño. Y un tercer criterio apunta a inferir la causalidad de antecedentes del proceso, que, pese a no arrojar evidencia definitiva sobre el nexo causal, al menos puedan servir para deducirlo. Este último criterio es especialmente importante en la responsabilidad médica o por productos defectuosos, en donde se recurre a criterios de determinación estadísticas.

1.2. CAUSATION IN LAW

Pero para afirmar la responsabilidad, no basta con la concurrencia de la *causation in fact*, o autoría formal del hecho en el demandado. Es necesario que también se indague por la *causation in law*, etapa de exploración netamente jurídica o normativa, y que apunta a establecer la extensión de la reparación.

Las doctrinas que se han formulado en general para este caso se asientan en el criterio de la previsibilidad de los daños.

1.3. PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES

Los problemas que la causalidad –especialmente la *causation in fact*– presenta al derecho anglosajón son similares a los que detecta el derecho continental¹. Por un lado no está claro si la *causation in fact* es una cuestión meramente empírica o tiene elementos normativos; y existe también discrepancia respecto de cuáles deben ser los criterios alternativos para ser aplicados al *but for test* cuando este falla. No aparece nítida tampoco la frontera entre ambas etapas de la causalidad.

La literatura, tanto norteamericana como inglesa, que es muy rica y variada, busca resolver estos y muchos otros problemas.

Un libro particularmente importante en este ámbito del Derecho fue el que en 1958 escribieron H.L.A. Hart y Tony Honoré, *Causation in Law*, que pretendió dar

¹ Véase el trabajo temprano de CARPENTER, Charles E., “Workable Rules for Determining Proximate Cause”, en *California Law Review* 20 (1932) (pp. 396-419).

respuestas a las dificultades que presentaba la causalidad, desde la perspectiva del *common law*. Uno de sus planteamientos más sugerentes es ofrecer una aproximación menos estricta que el *but for test* a fin de superar sus insuficiencias. Así sostenían que "*an event such as a prior wrongful act is causally relevant condition only if it is necessary element in a set of conditions that is together sufficient to produce the consequence. A condition may be necessary just in the sense that it is one of a set of conditions jointly sufficient for the production of the consequence. It is necessary because it is required to complete this set*"².

Para determinar la causalidad entre un factor y el resultado según el *but for test* debe suprimirse mentalmente dicho factor, y ver si el resultado no se habría producido. De ello se concluye la relevancia de dicho elemento como factor causal. El criterio denominado *causation in fact* formulado por los profesores Honoré y Hart, es más blando, ya que postula que hay causalidad respecto de aquel elemento *suficiente* para producir el resultado; por tanto el factor tomado individualmente es solo una condición *necesaria* dentro de un conjunto de condiciones *suficientes*.

La aproximación de Hart y Honoré se basa en una visión de sentido común, asumiendo que el elemento causal se explica desde afuera del Derecho.

Richard Wright insistiría más adelante en que debe aplicarse un criterio como el que proponían Hart y Honoré llamándolo NESS (*Necessary Element of a Sufficient Test*). Para Wright, "*a particular condition was a cause of (contribute to) a specific result and only if it was necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the result*"³. La diferencia básica con Hart y Honoré, en opinión del mismo Honoré, está en el aspecto temporal, por cuanto Wright exige la actualidad temporal de las condiciones, para ser consideradas como elementos del conjunto de condiciones causantes⁴. La tesis básica de Wright en este aspecto es que debe distinguirse con precisión la causalidad de la responsabilidad como supuestos, uno integrado en el otro. Una cosa es, en opinión de este autor, la causalidad denominada *in fact*, y otra la *causation in law*, pues estima que la *causation in fact* es una indagación pura y netamente fáctica, despojada absolutamente de aspectos normativos. El elemento clave es que el aspecto dañoso de la conducta del deudor debe haber contribuido, con carácter de actualidad, a causar el daño. Es así como el elemento causal determinado por la NESS se hace indispensable, pues, en los casos de sobredeterminación de causalidad (hay otro factor distinto al comportamiento negligente específico que también podría ser considerado como causa suficiente del daño ya sea que actúe duplicativamente o con preeminencia temporal), este criterio permite resolver los problemas causales que el *but for test* no es capaz de hacer, pese al esfuerzo que algunos autores han hecho para resolver tales debilidades.

En opinión de Wright este *test* es más dúctil porque incorpora un temporal del factor causal, que le permite alejar otros posibles teóricos antecedentes causales, remotos en el tiempo. En todo caso, dice Wright que el análisis es fáctico, porque lo que indaga

² Cfr. HONORÉ, "Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law", en *Philosophical Foundations of Torts Law* (Ed. D. Owen, Clarendon Press, Oxford, 1995) (pp. 365-385), p. 364.

³ WRIGHT, Richard "Causation in Tort Law", en *California Law Review* 73 (1985), (pp. 1737-1828), p. 1790.

⁴ HONORÉ, "Necessary..", cit. p. 364.

es si hay un conjunto de antecedentes que con actualidad temporal fueron suficientes para producir el daño y el que haya un solo factor o muchos, no es un tema a resolver en esta etapa⁵. De aquí que rechace las aproximaciones causales basadas en las meras estadísticas sin que en el juicio se ofrezca evidencia plausible de la posibilidad de que la conducta del demandado haya sido la causante del daño.

Sin embargo, el artículo de Wright, con ser clave en la línea de la “purificación” de la *cause in fact*, ha sido visto, paradójicamente, como una teoría poco “realista”, porque de hecho las cortes utilizan criterios normativos en la determinación de la causa en esta primera etapa de la indagación.

Así, Knutsen⁶ demuestra cómo en caso de que fallen los criterios de *but for test* o del *substantial factor*, las cortes de los Estados Unidos de Norteamérica, de Canadá y de Gran Bretaña han recurrido a otros factores para definir aspectos de causalidad, cuando existen supuestos de causalidad de carácter ambiguo, en donde no solo la conducta negligente del demandado pudo ser la causante del daño, sino que también existe evidencia de que otro factor completamente independiente de su comportamiento pudo haber sido el causante; en estos casos el *but for test* falla y por lo mismo podría llevar al rechazo de la demanda.

Para resolver estos casos se utilizan básicamente tres criterios estructurados: la alteración de la carga de la prueba, el incremento en la contribución material del riesgo y la inferencia causal. Todos estos criterios están preñados de elementos normativos, porque ofrecen un amplio espectro dentro del cual el juez puede moverse.

1.3.1 La alteración de la carga de la prueba

Este método permite resolver aquellos casos en que no es fácil saber cuál de los demandados causó un daño indivisible⁷. En un caso famoso de la House of Lords, *Mc Ghee v. Nacional Cool Board*, Lord Wilberforce aplicó este criterio⁸. En Canadá este mismo criterio pudo ser aplicado en varios casos, en donde se invirtió el peso de la prueba⁹.

En los Estados Unidos un caso clave fue *Half v. Lone Palm Hotel*¹⁰, en donde el hotel demandado debió descargar la prueba de que el hecho de no tener salvavidas no

⁵ Pone como ejemplo, el siguiente: un señor dispara a otro y le mata justo cuando se iba a tomar una taza de café envenenada. Si muere antes de que el veneno del café haga efecto, la muerte es causada por el que dispara.

⁶ NUTZEN, Eric, “Ambiguous Cause in fact and Structured Causation: a Multi-jurisdictional Approach”, en *International Texas Law Journal*, Vol 38 (2003) pp. 249-290.

⁷ Se aplicó en *Summers v. Tice*, 199 P. 2d 1 (Cal. 1948).

⁸ Se trataba de una demanda de los empleados a su empleadora, por dermatitis, que ellos reclamaban había sido causada por la actuación negligente de la empleadora, al no proveer de duchas para sus operarios, pero no probaron que efectivamente fue esta negligencia la que causó la dermatitis. Para Lord Wilkberforce fue suficiente que este incremento material del riesgo de daño permitía alterar el tradicional carga de la prueba.

⁹ *Newsco Well Servs. Ltd. v. Canadian Porpona Gas and Oli Tdd.* (1981) 7 Sask R 291; *Rivtop Equip. Lrd. v. W.J. Watt Contr. Lrd.* (1989) 73 Sask R. 161 (Sask Q.B.); *Lomax v. Arsenault* (1986) 41 Sask R. 227 (Sask Q.B.) E. *Kootenay Cmty. Coll. v. Nixon and. Browning* 35 A.C. W. S 2d 29 (BC); *Letnick v. Toronto (City)* (1988) 2 FC 399 (Fed Ct.)

¹⁰ El padre y su hijo, pasajeros del hotel, amanecieron flotando misteriosamente en la piscina del mismo. El tema era si el hotel debía tener salvavidas y si la existencia de estos salvavidas pudo evitar la muerte.

fue la causa de la muerte del padre y de su joven hijo en la piscina del establecimiento. Como apunta bien Knutsen, en estos casos la alteración de la carga de la prueba puede producir el efecto de que la información que se desconoce sobre los hechos, aparezca en la superficie, pero ello en la medida de que efectivamente el demandado tenga dicha información¹¹.

1.3.2. El incremento material del riesgo¹²

En estos casos, el demandante tiene alguna evidencia factual para probar exitosamente que el demandado infringió el estándar de su deber de cuidado, pero insuficiente para determinar la *causation in fact*, lo que le permite probar que la infracción al deber de conducta por parte del demandado incrementa materialmente el riesgo de que el daño sufrido por el demandante, en particular, se haya producido. Falta la prueba sobre el vínculo causal directo entre comportamiento negligente y daño sufrido por el demandante.

En el caso Reynolds, una mujer muy gorda (250 libras), fue obligada a bajar urgentemente unas escaleras en el andén de la compañía demandada dañándose considerablemente. ¿Cuál fue la causa de esos daños?, ¿podía excusar la responsabilidad de la compañía demandada la mera posibilidad de que igual la mujer hubiere caído producto de su estado físico? La Corte estimó que "*the mere possibility that might have happened with out the negligence is not sufficient to break the chain of cause and effect between the negligence and the injury*". Pero esta sentencia no fue aplicada con demasiado entusiasmo sino hasta la década del 70, y luego de que Lord Wilberforce aplicara su nuevo criterio en *McGhee*, en Inglaterra, y como lo plantea Knuts, probablemente con motivo del debate que esta sentencia trajo en el mundo anglosajón¹³. Este criterio se presta especialmente para resolver cuestiones sobre daños en donde ha intervenido negligencia médica¹⁴.

El caso más notable de los últimos años en los Estados Unidos, en donde se aplicó este criterio en la Corte Suprema de California, fue en *Rutherford v. Owens-Illinois, Inc.*¹⁵, que resolvió que la exposición al asbesto cancerígeno fue un factor substancial para incrementar el riesgo de desarrollar cáncer, así al demandante le bastó con probar que esa exposición incrementó el riesgo de desarrollarlo. ¿Puede existir duda de que en estos casos, la mayor flexibilidad probatoria es también un supuesto de mayor discrecionalidad del juez, y por ello introduce elementos normativos?

¿Cómo probar esta mayor exposición al riesgo?

Existen al menos dos alternativas, con gran aceptación en la doctrina.

Un es la evidencia probabilística, que puede ayudar a fijar criterios más objetivos para definir el grado de incremento de riesgo de daño que se ha causado. Este criterio,

¹¹ KNUTSEN... p. 267

¹² Debe ser considerado como distinto a la doctrina de la contribución material del daño, que opera como criterio de *substancial factor test* en los Estados Unidos. La primera sentencia que la aplicó es de 1885 en *Reynolds v. Texas and Pacific Railways* (37 La. Ann. 694 [La. 1885]). En Inglaterra un caso importante es *Mc Ghee*. Nacional Coal Board (1973)1 WLR (HL), ya citado.

¹³ *Ibid.*, cit, p. 271.

¹⁴ *Ever v. Dollinger* 471 A. 2d. 405 (NJ 1984) y *Hamilton v. Bashline* 392 A 2d. 1280 (1978), entre otros.

¹⁵ 941 p. 2d 1203 (Cal 1997).

que todavía no encuentra asiento firme en las cortes, ha sido rechazado por los juristas que siguen los principios de la justicia correctiva, que tienden a rechazar la posibilidad de condena de un demandado basado en posibilidades estadísticas, sin considerar el caso concreto que se está juzgando¹⁶.

Un segundo criterio es considerar que el solo hecho de incrementar el riesgo de daño, es un daño que en sí mismo es indemnizable, pese a la dificultad económica que puede significar el costo de estos daños. No se ha acogido en la cortes¹⁷.

1.3.3. *La prueba por presunciones o por vía de inferencia* (the interference approach)

Cercano al criterio de determinación de responsabilidad mejor conocido como *Res Ipsa Loquitor*¹⁸.

La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, recurrió a este criterio para rechazar la responsabilidad en *Snell v. Farrel*¹⁹, en un caso en que un paciente demanda a su médico por una ceguera que se produjo en el marco de una operación, en donde la ceguera pudo ser causada por la negligencia en la cirugía misma o bien pudo provenir de otras causas no relacionadas con la operación, y asociadas a antiguos males del paciente demandante. La Corte estimó que no había existido responsabilidad por falta de prueba suficiente sobre la causa, la que no podía ser inferida de la prueba aportada por el demandante.

Un caso determinante y famoso de la Corte Suprema americana, fue el de *Gallick v. Baltimor & O.R.R.*²⁰, en donde un trabajador de un servicio de trenes fue picado por un insecto, causándole una herida seria que se infectó. La duda que surgió era si ese insecto había llegado allí por efecto de que la compañía permitió mantener muy cerca del lugar en que trabaja su gente un estanque de agua que se descompuso y atrajo insectos y ratas. La Corte autorizó al jurado a inferir la causalidad de este hecho, pese a que podía existir otra causa que explicara por qué el trabajador había sido atacado. El problema que tiene este criterio es que carece de una guía conceptual que no sea el "sentido común"²¹, con la discrecionalidad que ello puede traer²².

Knutsen ofrece una nueva aproximación en los casos de causalidad ambigua, sobre la base de estructurar un sistema más predictivo y eficiente, que justamente es lo que se echa en falta de aplicarse estos criterios alternativos al *but for test* y al *substantial factor*, que fallan precisamente dada la ambigüedad de las causas que explican el hecho.

¹⁶ KNUTSEN, cit., p. 274-275.

¹⁷ *Ibid.*, p. 276.

¹⁸ El criterio del *Res Ipsa Loquitor* sirve para presumir directamente la responsabilidad, basado en que hay evidencia circunstancial que permite presumir que el demandado fue responsable. Hay daño; ese daño regularmente se produce por un tipo de negligencia, el demandado mantuvo bajo su control la instrumentalidad del daño y, por último, se desconoce la causa exacta del daño, pero no hay duda de que en ella no ha intervenido para nada el demandante (cfr. KUNTSSEN, cit. P. 277).

¹⁹ 1990, 2 SCR 311.

²⁰ 372 U.S. 108 (1963).

²¹ Que fue el criterio que declaró seguir el juez Sopinka en *Snell and Farrel*.

²² KNUTSEN, cit., p. 281-282.

1.4. CAUSA ESTRUCTURADA

Para el autor citado opera previa constatación de que hay una causa ambigua que no puede resolverse con los criterios tradicionales del *causation in fact*, porque al menos existen dos causas independientes que pudieron causar el daño. Hecho ello, debe el demandante probar que existió una infracción al deber de conducta debido, conforme con el estándar de cuidado aplicable al caso. Además, debe existir alguna evidencia tangible de que existe un vínculo entre la conducta negligente y la posible causa del daño, y pese a que esta evidencia no es suficiente para probar la causalidad en un balance de probabilidades, al menos debe ser suficiente para sugerir alguna relación causal²³.

1.5. ALTERACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA FORZAR INFORMACIÓN

Debe recurrirse a este criterio cuando la Corte concluya que el demandado está en una posición de información más ventajosa que el demandante, respecto de cuál fue la causa del daño y busca forzar al demandante a que ofrezca la información. Este criterio puede ser útil cuando se trata de manufacturación de productos o negligencia médica, o en casos en que se ha destruido la evidencia por acción negligente del demandado.

1.6. CONTRIBUCIÓN MATERIAL AL RIESGO DEL DAÑO CREADO

Los siguientes hechos, en opinión de Knutsen²⁴, deben ser probados por el demandante, para que la Corte pueda seguir este criterio:

- a) Que existe un problema de prueba respecto de la causa del daño, porque existen dos causas independientes e igualmente suficientes para producirlo;
- b) El demandado infringió el estándar de cuidado
- c) Existe alguna evidencia de que la infracción al deber de cuidado en que incurrió el demandado pudo ser una causa posible del daño, pero claramente insuficiente para probar la causa en un balance de posibilidades.
- d) El demandado con su infracción ha incrementado materialmente el riesgo de un particular tipo de daño;
- e) El demandado fue expuesto a tal riesgo; y
- f) El demandado sufrió el particular tipo de daño.

Solo si tales hechos pueden ser probados, la Corte podría resolver que el demandado causó el daño al demandante.

2. LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO: ITALIA, ESPAÑA Y FRANCIA

2.1. ITALIA

En el derecho italiano, la causalidad como presupuesto de la responsabilidad por hecho ilícito, se explica en dos fases, una primera que se entiende como "*causalità*

²³ KNUTSEN, cit, p. 283.

²⁴ *Ibid.*, p. 284.

naturale" o de hecho, que conecta el evento dañoso con la persona del demandado, y una segunda fase, posterior, denominada "*causalità giuridica*", que formula criterios de selección de daños indemnizables a partir de la conexión causal que debe existir entre el hecho ilícito y los daños y perjuicios consiguientes.

Respecto del primer tema, la "*causalità naturale*", en la doctrina y jurisprudencia italiana, sin una norma explícita que resuelva el problema en el *Codice Civile*, recurren a los artículos 41 y 41 del *Código Penale*.

Dice el art. 40

"Art. 40 Rapporto di causalità"

Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo."

La interpretación prevalente de esta norma indica que una primera aproximación causal debe hacerse con la doctrina de la *conditio sine qua non*, que sería un criterio de tipo natural o físico, que explicaría todas las posibles causas del hecho.

Como ya se ha visto, este criterio no resuelve todos los problemas de causalidad, especialmente en donde hay concursos de causas, y por otra parte tiende a formular nexos causales muy amplios, por lo que la jurisprudencia se ha visto obligada a ofrecer criterios de limitación, especialmente a partir de lo preceptuado en el art. 41 del mismo cuerpo legal, en donde se hace clara referencia a una exclusión de la responsabilidad penal, por concurrencia de causa, cuando esta es capaz de alterar el curso causal es decir: "*sono state da sole sufficienti a determinare l'evento*".

"Art. 41 Concorso di cause"

Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.

Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.

Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui."

Los criterios a que ha recurrido la doctrina para resolver estos casos son múltiples: causalidad eficiente, causalidad adecuada, causalidad humana, causalidad inmediata y directa, la limitación de la responsabilidad en el ámbito de protección de la norma, etc.

Dos supuestos de "concursos de causas", se analizan en la doctrina y jurisprudencia italiana. Un supuesto se da en el caso de que efectivamente un evento pueda ser causado por más de una causa, y otro en que múltiples causas concurren conjuntamente sobre el evento, pero solo una de ellas parece ser la causa verdadera.

2.1.1 *Conjunción de causas*

El art. 2055 del *Codice* ayuda resolver el problema:

"Art. 2055 Responsabilità solidale

Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido (1292) al risarcimento del danno.

Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate (1299).

Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali"

Aparece aquí el criterio de que, en caso de que sean varios los comportamientos que han contribuido al ilícito, debe presumirse a menos de prueba distinta, una igualdad en la eficiencia causal, pero obviamente en la medida de que esté probada la relevancia causal del cada uno, y que todos hayan concurrido a causar el mismo daño, sin que sea necesario que exista concierto entre ellos. Es claro que la presunción del inciso final está basada en la doctrina de la *conditio*.

2.1.2. *Varias causas que pueden explicar el hecho, pero solo una de ellas es la causa verdadera.*

Para la doctrina italiana la letra del art 41 del Código Penal puede interpretarse en dos sentidos. Una corriente minoritaria, más apegada al texto, entiende que la norma impone el criterio causal de la *conditio*. Por tanto, a partir de este texto no habría razón legal para limitar ningún evento causal, a menos que se demuestre la extraneidad de la conducta del demandado respecto del evento dañoso. En cambio, una interpretación que es prevalente, entiende que debe hacerse un juicio de limitación de tipo normativo, con arreglo a los criterios que se han indicado, y en general puede decirse que concuerdan los autores en que debe tratarse un hecho que presente caracteres de excepcionalidad y de imprevisibilidad, que permita negar la concurrencia del nexo causal²⁵. Últimamente se ha criticado esta solución como inadecuada e incompatible con el sistema civil de responsabilidad por hecho ilícito²⁶.

El mismo autor que venimos citando, Capecchi, apoya un nuevo modelo de determinación de la causalidad que se aleje de la exigencia de "certidumbre", entendida esta como un elemento comprobado a ciencia cierta y que, por el contrario, y dada la declinación de principio de causalidad de tipo físico-natural, proponiendo una indagación probabilística, pero que reúna los caracteres de una determinación objetiva que sea consistente con la función y estructura de la responsabilidad civil. Para ello estima que debe transferirse el coeficiente de incerteza que el dato estadístico arroja sobre la concu-

²⁵ Cfr. CAPECCHI, Marco, *El nesso di causalità*, Cedam, Padova, 2002, pp. 73-118.

²⁶ Cfr. CAPECCHI, *El nexo...*, cit., p. 205. Quien ofrece dos líneas de argumentos. Por un lado, sostiene que si bien es razonable aplicar criterios de previsibilidad para la responsabilidad fundada en un delito penal, porque este se funda en el dolo o la culpa del demandada, no es enteramente admisible en materia civil, en donde existen factores de imputación diversos a la culpa. Por otro, esta forma de entender la causalidad se pone en abierto conflicto con la exigencia de reconocer la resarcibilidad de las consecuencias imprevisibles, en la responsabilidad extracontractual, pese a que su admisión se discute.

rrencia o no concurrencia de un determinado nexo causal, desde la determinación misma del nexo, para llevarlo al terreno de la resarcibilidad del daño, de manera de que se responda en proporción a la incidencia estadística que la conducta del demandado tiene respecto de la producción del daño²⁷.

2.2. FRANCIA

Como en el nuestro, en el derecho francés el problema de la relación de causalidad en la responsabilidad civil no encuentra un apoyo directo en textos legales, sino solo implícitamente en los arts. 1151 y 1382 del *Code*.

"Art. 1151 Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention"

Los términos "*immédiate et directe*" suponen asumir una opción causal, en cuando entiende que no deben indemnizarse los perjuicios indirectos alejados del hecho que configura el incumplimiento.

"Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer", en donde a diferencia de nuestro art. 2314, que habla de "inferido daño a otro", el Código Francés se refiere al deber de reparar respecto del que "*cause*" un daño.

Sin perjuicio de las peculiaridades de la responsabilidad contractual, en general los tribunales franceses recurren a la doctrina de la equivalencia de las condiciones para despejar el tema de la causalidad como elemento de la responsabilidad civil, y muy especialmente cuando el tema es propio de la responsabilidad por culpa o subjetiva. La doctrina de la causa adecuada también es usada, y se recurre especialmente a ella en materia de responsabilidad objetiva²⁸.

Conforme con la doctrina dominante y la jurisprudencia francesa, el vínculo de causalidad debe ser cierto y directo.

Veamos algunos problemas de causalidad que han sido particularmente atendidos por la doctrina y la jurisprudencia.

2.2.1. *Daño causado por una persona no identificada de un grupo identificado*

Constituye un problema que afecta a la certidumbre del vínculo causal el que un hecho haya sido causado por una persona no identificada de un grupo conocido, por ejemplo, causada por un grupo de muchachos que juegan. De aplicarse un criterio estricto debiera concluirse en la irresponsabilidad de todos, pero los tribunales franceses han llegado a conclusiones diversas, en razón de la necesidad de hacer justicia. Así, en algunos casos, han recurrido a la culpa personal y que por ser colectiva la transforman en *in solidum* y, en otros, hablan de responsabilidad por hecho ajeno, e incluso de la responsabilidad por hecho de las cosas. Se ha propuesto como vía de solución recurrir a

²⁷ *Ibid.*, pp. 246-250.

²⁸ Cfr. LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loic, *Droit de la Responsabilité et des Contrats* (Daloz, Paris, 2002), pp. 448-449.

la presunción legal de causalidad, que obligue a la víctima a ofrecer una prueba respecto de cómo ocurrieron efectivamente los hechos²⁹.

2.2.2. Pluralidad de autores de un daño indemnizable

En general en estos casos los tribunales franceses tienden a condenar *in solidum*, sin perjuicio de las excepciones legales. Como presupuesto básico se exige que el daño deba ser único y provenir de diversas personas que convergen en un solo daño, sin importar si la culpa de los responsables es concurrente o sucesiva.

2.2.3. Las cuestiones de predisposiciones mórbidas

En la doctrina francesa, lo mismo la jurisprudencia, existe una tendencia a estimar que la predisposición mórbida del afectado no puede ser considerada como un supuesto de ruptura del vínculo de causalidad, pero sí podría admitirse a la hora de determinar el *quatum* indemnizable.

2.2.4. La pérdida de una chance (la perte d'un chance)³⁰

Desde la célebre sentencia de la corte de Grenoble de 24 de octubre de 1961, en Francia se introduce el concepto de "pérdida de una chance" (*perte d'un chance*), para referirse a problemas de responsabilidad, especialmente en el ámbito de la negligencia médica, cuando lo que se pierde es la posibilidad seria de un evento favorable, que en materia médica puede traducirse en la posibilidad real y seria de curación o de vivir más tiempo. En el caso francés, un médico no advirtió la fractura de una muñeca en un paciente que 7 años más tarde fue detectada, pero como consecuencia de no haber sido tratado a tiempo. La Corte estimó que efectivamente el daño estaba en la pérdida de la posibilidad de cura.

A partir de este fallo se han sucedido otros que han traído una fuerte discusión en Francia respecto de esta modalidad jurisprudencial.

El punto de fondo, a mi entender, es captar que la pérdida de chance no puede ser un sustituto de la causalidad, sino que debe tomarse como un daño es sí mismo, por lo que es preciso que se acredite previamente el vínculo causal entre la negligencia y el daño. En el caso de una cuestión por negligencia médica, debe quedar probado el vínculo entre la supuesta negligencia médica y la pérdida de una posibilidad de cura o de sobrevida³¹, de manera de que deberá estar acreditado en el proceso que existe un vínculo entre la conducta negligente y la supuesta pérdida del beneficio futuro. Es obvio que en estos casos nos movemos en el ámbito de perjuicios futuros, pero respecto de daños presentes³². Por lo

²⁹ Cass. 2° Civ. 15 mars 2001, D. 2001 IR p. 1145 Bull. Ci. II, N° 55.

³⁰ Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Reparación de la "Chance" de curación y relación de causalidad adecuada", en *Revista de Derecho de Daños* (2003-2), cit. (pp. 221-261), y LE TOURNEAU, *Droit...*, cit. pp. 371-384.

³¹ Cfr. Esta es la doctrina que se ha terminado por imponer en la Corte de casación francesa (Cfr. LE TOURNEAU, *Droit de la...*, cit. pp. 466-467).

³² Cfr. CORRAL TALCIANI, H. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 142, y FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de Daños, La Ley*, Buenos Aires, 202, p. 49.

mismo, no puede asumirse que tal supuesto es efectivo sin más, sino que también habrá de acreditarse, por la vía procesal idónea, de que real y seriamente existía tal posibilidad (de sanación o sobrevida) y que se ha perdido por efecto de la mala actuación.

2.3. ESPAÑA

En el derecho español el tema de la causalidad en la responsabilidad extracontractual se ha estudiado, como en muchas partes, sin demasiado entusiasmo y solo en el último tiempo se han publicado algunas obras que tratan específicamente de la materia, aunque ya han pasado casi 40 años del trabajo de Cossio³³, que fue muy importante.

El artículo 1902 del Código Civil español sigue en esta materia al francés, al proponer la cláusula general en materia de responsabilidad:

"Artículo 1902

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

Los arts. 1904 y 1905 del CC español también recurren al verbo causar para describir el supuesto de hecho³⁴.

En cuanto a la extensión de los daños, la norma clave es el art. 1107:

"Artículo 1107

Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Esta norma ha sido criticada doctrinalmente por contradictoria porque, a diferencia del francés, no existe coherencia entre la frase "*que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*", con la que dispone que en caso de dolo se responde de los perjuicios "*que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento*".

En general la jurisprudencia durante las primeras tres cuartas partes del S. XX no manifiesta una inclinación decidida por ninguna de las doctrinas que se han formulado,

³³ DE COSSIO, Alfonso, "La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil* (1966) pp. 527-554. Este autor hace un lúcido esclarecimiento de la causa como imputación: "implica ya el acudir para llevar a cabo la imputación a criterios distintos de la mera causalidad, no interesando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que este le deba ser imputado, por cualquier razón de justicia o equidad. Buscamos, por tanto, no ya la causa del daño, sino la razón suficiente de su imputación, un título jurídico que legitime su atribución a un sujeto o patrimonio determinado...".

³⁴ "ARTÍCULO 1904

El que paga el daño *causado* por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho.

Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño (*cursiva mía*).

"ARTÍCULO 1905

El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que *causare*, aunque se le escape o extravíe. Solo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa de que lo hubiese sufrido (*cursiva mía*)".

y que explican la relación de causalidad, pero hay un mayor apego hacia una concepción más bien naturalística del problema. Hacia la década del 80 las cosas van cambiando y el Tribunal Supremo comienza a inclinarse decididamente por la doctrina de la causa adecuada³⁵. Los autores españoles del derecho civil en los últimos años han sentido la influencia importante de la doctrina de la imputación objetiva³⁶, lo mismo la jurisprudencia.

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2004.

Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2004.

³⁵ Cfr. DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant Monografías, Valencia, 2000, pp. 90-117.

³⁶ Cfr. PANTALEÓN, Fernando "El sistema de responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil*, (1991) (pp. 1019-1091), en especial pp. 1056 en adelante.