



Marta Infantino^(*)

El derecho comparado de la **causalidad** aquiliana^(**)^(***)

Comparative Law of causation in Tort Law

Resumen: El presente artículo analiza el elemento causal de la Responsabilidad civil desde una perspectiva de derecho comparado, haciendo énfasis sobre el campo de la responsabilidad aquiliana. Así, precisando tanto los aspectos particulares de la propia investigación como de cada Ordenamiento Jurídico estudiado, el artículo aborda las diferencias y similitudes de cada Ordenamiento. De esta forma, se detiene sobre los enfoques dominantes examinando la capacidad de los mismos. Ello con la finalidad de evidenciar las características esenciales que determinan los diversos alcances que puede asumir la responsabilidad aquiliana.

Palabras clave: Responsabilidad Aquiliana - Responsabilidad Civil - Causalidad - Derecho Comparado - Juicio de Resarcibilidad - Nexo causal

Abstract: This article analyzes the causal element of torts from the perspective of comparative law, focusing on the field of tort liability. Thus, it specifies both the particular aspects of the investigation as well as each legal system studied. Then, the article discusses the differences and similarities of each system. Later, it stops on the dominant approaches examining its success on facing the tort phenomenon in order to highlight the essential characteristics that determine the various approaches tort liability can assume.

Keywords: Tort Law - Liability - Causation - Comparative Law - Responsibility

1. No causation, no liability

Un adagio consolidado en toda la tradición jurídica occidental reza así: no puede existir responsabilidad, y en especial responsabilidad

(*) Doctora en Derecho por Universidad di Palermo. Master (LL.M.) por la NYU School of Law. Profesora de Derecho Comparado de los Contratos en la Universidad de Trieste.

(**) pionmena del Dirittow 2013,s of histTítulo original: *Il diritto comparato della causalità aquiliana*, publicado originalmente en *Rivista di diritto civile*. No. 3. Padua: CEDAM, 2013; pp. 569-589.

Traducción de César E. Moreno More. Asistente de Docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, candidato a la maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios; y de Fredi E. Ramírez Valdez, alumno del sexto año de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(***) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 27 de enero del 2015 y aprobada su publicación el 7 de febrero del mismo año.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

extracontractual, sin causalidad⁽¹⁾. Corolario de ello es que, tanto en Italia como en los demás sistemas, la obligación resarcitoria sólo puede ser impuesta a un sujeto si, y en la medida en que, el daño del cual se discute se revele como el resultado de la acción o la inercia culpable de aquella persona, o del hecho atribuible, de alguna forma, a ella.

La esencialidad del ingrediente causal en la receta de la responsabilidad no es el único aspecto sobre el cual el análisis comparado registra una concordancia transistémica. En los sistemas continentales la forma en la que los formantes de la responsabilidad civil consideran las cuestiones etiológicas también resulta ser ampliamente coincidente. En efecto, en todas partes el intérprete se aproxima a la relación de causalidad mediante un rico repertorio de fórmulas, de carácter general o específico, pero todas orientadas a ofrecer una clave universal, válida para explicar la etiología del daño frente a toda combinación de hechos. Igualmente, los instrumentos forjados por el debate, sobre todo académico, con la intención de resolver de un solo golpe las dudas en torno a los problemas etiológicos más peliagudos, terminan siempre por incumplir el compromiso que su elaboración se proponía satisfacer: poner a disposición del intérprete buenos argumentos para gobernar, sin error, una gran cantidad de situaciones de alcance más o menos amplio. Se trata de un incumplimiento cuyo amargo sabor no obliga a abdicar, sino más bien, invita a realizar un análisis minucioso de aquel mismo método a fin de poner sobre la mesa una consciencia más nutrida de las interrelaciones que se establecen entre la investigación causal y las evaluaciones ulteriores, cuya situación específica, dependiendo del caso, sugiere la ocasión.

Este es precisamente el objetivo que persiguen estas páginas, las cuales sobrevuelan con frecuencia las experiencias belga

y alemana, pero que se ocupan principalmente de las jurisdicciones francesa, inglesa, italiana, y estadounidense. Comenzaremos esclareciendo la diversidad de contextos técnico-culturales en los que se ubica la investigación (apartado 2), y explicaremos por qué dicha pluralidad se refleja muy levemente sobre la relativa uniformidad de actitudes que caracteriza nuestra materia (apartado 3). Entraremos luego al fondo de la investigación describiendo los presupuestos, contenidos y razones de los enfoques dominantes (apartado 4) y de sus declinaciones locales (apartado 5). Luego, nos ocuparemos de verificar la capacidad de aquellos enfoques y los pondremos a prueba (apartado 6), y evidenciaremos los factores que, en la perspectiva comparatista, dirigen las formas que las irregularidades del juicio resarcitorio pueden hacer asumir a la dimensión causal (apartados 7 y 8).

2. Los contextos técnico-culturales:

2.1. Macro-diversidad

En las culturas jurídicas aquí consideradas, las modalidades con las que los formantes de la responsabilidad civil (juristas, jueces, abogados, empresas de seguros) hacen frente a las cuestiones causales, son considerablemente similares. Esta semejanza metodológica general es sustancialmente

(1) Entre los numerosos estudios dedicados a la materia desde la perspectiva comparativa: HONORÉ, Anthony Maurice. *Causation and Remoteness*. En: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volumen XI. Capítulo 7. Tubinga-París-Nueva York, 1971; pp. 3 y 7. También se predicen relaciones análogas, entre causalidad y responsabilidad, en los sistemas ajenos a la tradición occidental, en donde, sin embargo, las explicaciones etiológicas de los eventos y las líneas de asignación de responsabilidad con frecuencia siguen direcciones diversas a las que nosotros damos por descontadas. Véase, en especial, ENGEL, David. *Lumping As Default in Tort Cases: The Cultural Interpretation of Injury and Causation*. En: *Loyola of Los Angeles Law Review*. Volumen 44, 2010; revisar pp. 33, 37-39, 41-46 y sobre todo 54-60, (con referencia a las zonas rurales del norte de Tailandia); el clásico GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*. 3ra. edición. Nueva York, 2000; pp. 176-181 (centrado esencialmente en la cultura balinés); MCLAREN, John. *The Origin of Tortious Liability: Insights from Contemporary Tribal Societies*. En: *University of Toronto Law Journal*. Volumen 25: 1975; pp. 42, 69-90 (centrado principalmente sobre las poblaciones del sur del Sahara: Azande, Nuer, Zulu); y también, con una perspectiva temporal y culturalmente más amplia, SACCO, Rodolfo. *Antropología jurídica*. Bolonia, 2007; pp. 121 y 122 y 210-212.



Marta Infantino

indiferente a las especificidades propias a cada una de las realidades de la responsabilidad civil. El dato es digno de consideración, especialmente a la luz del extenso catálogo de aspectos sobre los cuales se afirman fuentes de diversidad potenciales y efectivas.

La división del trabajo entre los formantes, las relaciones que estos mantienen entre sí, el estilo y la técnica que caracterizan su operar, pueden variar de un sistema a otro. Así por ejemplo, el espacio reservado a la elaboración doctrinal puede ser más o menos amplio y, en realidad, en casi todos lados lo es, con excepción de Inglaterra⁽²⁾. El jurista docto puede dirigirse a un restringido círculo de expertos o a un público más amplio; en lugar de pretender llevar las riendas, puede dejarse llevar por la casuística; puede proponer modelos que trasciendan las fronteras nacionales, o dejarse sugerir por las reflexiones que le ofrecen otras ciencias y experiencias⁽³⁾. Las decisiones pueden ser prolijas y estar compuestas de referencias doctrinales, al estilo alemán, o concisas y llanas, conforme a la enseñanza de la Corte de Casación francesa⁽⁴⁾. Incluso, ellas pueden constituir el fruto anónimo de la obra de la corte (Europa continental), o ser el reflejo de la opinión

de todos aquellos que han contribuido a formar el juicio final (*common law*)⁽⁵⁾. Algunas cortes prefieren recordar las palabras del legislador o las reflexiones doctrinales en lugar de los precedentes, precedentes cuyo estudio, en otros sistemas, inicia y a menudo agota el trabajo judicial⁽⁶⁾. A los órganos que prefieren silenciar la creatividad de las propias decisiones, se opone la transparencia de aquellos que ponen sobre la mesa todas las razones, comprendidos los motivos no arraigados en el tecnicismo legal, que se encuentran a la base de sus soluciones⁽⁷⁾.

Las diferencias ulteriores se deben a características específicas de nuestro sector. Como fundamento del derecho de la responsabilidad civil puede estar presente un esquema general de tipo legislativo (como ocurre en los países de la Europa continental), o no (como ocurre en los países del *common law*)⁽⁸⁾. La regla fundamental de la

- (2) BUSSANI, Mauro. *European Tort Law - A Way Forward?*. En: BUSSANI, Mauro (editor). *European Tort Law*. Berna - Bruselas - Atenas - Múnich, 2006; pp. 365 y 378; WHITE, Edward. *Tort Law in America: An Intellectual History*. 2da. edición. Nueva York: Oxford, 2003; *passim*, y en especial pp. XXIII-XXVIII.
- (3) BUSSANI, Mauro. *Óp. cit.*; p. 378
- (4) QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. París, 2010; p. 108; MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. 4ta. edición. Portland: Oxford, 2002; pp. 9-12; VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. Oxford, 2006; pp. 44 y 45; 64 y 65.
- (5) Cfr. en especial, sobre la vertiente europeo-continental, VAN DAM, Cees. *Óp. cit.*; pp. 44 y 45, 64 y 65, 84-86, en el *common law* norteamericano GOLDBERG, John. Anthony SEBOK y Benjamin ZIPURSKY. *Tort Law Responsibility and Redress*. 2da. edición. Nueva York, 2008; pp. 21-31; WEIR, Tony. *An Introduction to Tort Law*. 2da. edición. Oxford, 2006; pp. 8 y subsiguientes.
- (6) BUSSANI, Mauro. *Óp. cit.*; p. 378.
- (7) BUSSANI, Mauro y Vernon Valentine PALMER. *The Notion of Pure Economic Loss and Its Setting*. En: BUSSANI, Mauro. y Vernon Valentine PALMER (editores). *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003; pp. 3, 11 y subsiguientes.; PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile*. Boloña, 1992; p. 90; SALVI, Cesare. *voz Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*. En: *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX. Milán, 1988; pp. 1185 y 1250; TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milán, 1967; p. 110, nota 87.
- (8) La literatura sobre el tema es vastísima. Para una primera comparación entre los enfoques de la responsabilidad civil de los sistemas aquí considerados, se reenvía a PALMER, Vernon Valentine y BUSSANI, Mauro. *Pure Economic Loss. New Horizons in Comparative Law*. Londres-Nueva York, 2008; pp. 7, 47 y 48 (Estados Unidos); y Mauro BUSSANI y Vernon Valentine PALMER. *Óp. cit.*; pp. 120, 121 y subsiguientes (Europa). Cfr. también SCHRAGE, Eltjo. *Introduction*. En: SCHRAGE, Eltjo (editor). *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*. Berlín, 2001; pp. 7 y 10-12; VAN GERVEN, Walter, Jeremy LEVER y Pierre LAROUCHE. *Cases, Materials and Text on National Supranational and International Tort Law*, Portland: Oxford (Or.), 2000; pp. 44 y subsiguientes; VON BAR, Christian. *The Common European Law of Torts*. Volumen I. Oxford, 1998; pp. 20 y subsiguientes, 259 y subsiguientes. En italiano MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*,

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

responsabilidad por culpa se puede mostrar tendencialmente atípica (Francia, y siguiendo su ejemplo Bélgica e Italia), o tipificada de diversas formas (Alemania, Inglaterra, Estados Unidos)⁽⁹⁾. El recurso a formas de responsabilidad objetiva puede ocurrir de manera frecuente (es el caso de Francia) o de manera excepcional (como por ejemplo en Inglaterra)⁽¹⁰⁾. La posible inclusión de medidas punitivas dentro de la condena resarcitoria puede representar una de las características más destacables de un sistema judicial (Estados Unidos, y en menor medida, Inglaterra), o en cambio, constituir una práctica oficialmente prohibida, y cultivada sólo de manera clandestina

por obra de las cortes (Europa continental)⁽¹¹⁾. Elementos como el planteamiento de acciones colectivas, la asunción de los riesgos de fracaso por parte del abogado, la presencia del jurado, la posibilidad de impedir la presentación de material relevante para la controversia, pueden formar parte del vocabulario básico de la responsabilidad civil, como ocurre en los Estados Unidos⁽¹²⁾, o ser poco conocidos o incluso absolutamente rechazados en otros sistemas⁽¹³⁾.

en *Tratt. Sacco*. Turín, 1998; pp. 51 y subsiguientes; SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*. En: *Tratt. Sacco*. 5ta. edición. Turín, 1992; pp. 104 y subsiguientes; CENDON, Paolo. *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*. Turín, 1976; pp. 347 y subsiguientes.

- (9) Véase los autores citados en la nota anterior, así como DI MAJO, Adolfo. *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*. En: *Europa e diritto privato*, 2006; pp. 19 y subsiguientes.; MONATERI, Pier Giuseppe. *La sineddوحة. Formule e regol en el diritto delle obbligazioni e dei contratti*. Milán, 1984; en especial pp. 187 y subsiguientes.
- (10) Véase WERRO, Franz y Vernon Valentine PALMER (editores). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Múnich - Durham (N.C.) - Bruselas, 2004; pp. 29 y 30, 401-403 y 419-423; VON BAR, Christian. *Op. cit.*; pp. 127 y subsiguientes, 265 y subsiguientes.
- (11) Respecto a los *punitive damages* en los Estados Unidos, véase por todos, la contribución (antídoto útil para los numerosos clichés que circulan sobre el instituto) de SEBOK, Anthony. *Punitive Damages in the United States*. En: KOZIOL, Helmut y Vanessa WILCOX (editores). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Viena - Nueva York, 2009; pp. 155 y subsiguientes. Los daños punitivos [respecto a los inconvenientes de esta traducción Véase la nota del traductor No. 1 (NT1) al trabajo de la Profesora Francesca Benatti, *Incumplimiento del contrato y punitive damages*, que forma parte de la presente obra], como son conocidos, ocupan un espacio poco más que mínimo en Inglaterra (WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages in England*. En: KOZIOL, Helmut y Vanessa WILCOX (editores). *Op. cit.*; pp. 7 y 8) y casi ninguno en Europa continental (PARDOLESI, Paolo. *voz Danni punitivi*. En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Aggiornamento*. Volumen I, 2007; p. 452; LINDENBERGH, Siewert. *Damages (in tort)*. En: SMITS, Jan (editor). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham - Northampton (Massachusetts), 2006; pp. 234, 236).
- (12) Entre muchos, GOLDBERG, John, Anthony SEBOK y Benjamin ZIPURSKY. *Op. cit.*; pp. 18 y subsiguientes; FLEMING, John. *The American Tort Process*. Oxford, 1988; pp. 101 y subsiguientes, 187 y subsiguientes, 235 y subsiguientes; además, en la perspectiva comparatista, MAGNUS, Ulrich. *Why is US Tort Law so Different?*. En: *Journal of European Tort Law*. Volumen I, 2010; pp. 102-124.
- (13) Por lo que respecta a las *class actions*, sólo formas embrionarias de asociación procesal están disponibles en Francia, Bélgica, Alemania, Inglaterra y en Italia. Ver: OLIPHANT, Ken (editor). *Aggregation and Divisibility of Damage*. Viena - Nueva York, 2010; pp. 120-124, 163 y 164, 204-209, 287 y 288. Respecto a las modalidades de remuneración de los abogados, si bien es cierto que ningún sistema europeo adopta el método estadounidense, es bueno indicar que Inglaterra conoce el régimen de los *conditional fee agreements*, y que recientemente han sido introducidas algunas excepciones a la prohibición de celebrar acuerdos con el propio cliente a la manera de las *contingency fee* en Bélgica, Francia, Alemania y en Italia: REIMANN, Mathias. *General Report*. En: REIMANN, Mathias (editor). *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*. Heidelberg, 2012; pp. 3 y 45. Igualmente cierto es que no hay espacio para el jurado y para el *pre-trial discovery* en la Europa continental (MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*; pp. 110 y 111; 116 y 117; TROCKER, Nicolás y Vincenzo VARANO. *Concluding Remarks*. En: TROCKER, Nicolás y Vincenzo VARANO (editores). *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Turín, 2005; pp. 243, 255-258), mientras que en Inglaterra existe un limitado recurso para personal laico en los juicios de responsabilidad civil, particularmente en las causas de difamación, y las formas de *disclosure* admitidas por las reglas procesales resultan mucho menos agresivas que las estadounidenses (LUNNEY, Mark y Ken OLIPHANT. *Tort Law: Text and Materials*. 4ta. edición. Oxford, 2010; p. 787).



Marta Infantino

2.2. Micro-diversidad

Algunos factores de distinción adicionales arriban desde el terreno específico de la causalidad. Teóricamente, todos los sistemas considerados tienden hacia una bipartición de las especies causales, incluso si luego, en la práctica, aquella dualidad a menudo termina siendo ignorada por las cortes u olvidada por sus propios defensores⁽¹⁴⁾. Sea como fuere, lo cierto es que la concepción bifásica de la relación de causalidad se distribuye con diferente intensidad en la geografía de la responsabilidad civil y descansa sobre presupuestos que, por lo general, son diferentes de sistema en sistema. La naturaleza binaria de la relación de causalidad (*haftungsbegründende Kausalität* y *haftungsausfüllende Kausalität*) se hace presente en los estudios alemanes⁽¹⁵⁾ con una frecuencia menor a aquella con la cual en la literatura angloamericana se distingue entre *cause in fact* y *remoteness of damage* (Inglaterra)⁽¹⁶⁾ o *proximate cause* (Estados Unidos)⁽¹⁷⁾. En Italia a menudo se diferencia, con diversos fines, la *causalidad de hecho* de la *causalidad jurídica*⁽¹⁸⁾, mientras que el homenaje que en ocasiones los

escritores franceses rinden a la diferenciación (entre el *lien entre le fait du défendeur et le dommage initial* y el *lien entre le dommage initial et ses conséquences ultérieures*)⁽¹⁹⁾, por lo general, resulta ser banal y raramente produce consecuencias operativas. Sin embargo, la distancia entre las parejas antes mencionadas no sólo se mide en función de la variedad del léxico o de la frecuencia con la cual se hacen presentes en los libros. Incluso el contenido y la importancia operativa de las biparticiones a las que se ha hecho referencia sólo pueden ser superpuestas entre sí parcialmente.

En relación al contenido, el jurista continental repite a menudo que la primera forma de causalidad mantiene unidos la conducta o el hecho referible al demandado y el evento que de este ha surgido, mientras que la segunda partiría desde este último, para

(14) HONORÉ, Anthony Maurice. *Op. cit.*; p. 20.

(15) FREITAG, Robert. *Illegality and Adequate Causation as Preconditions to Torts Liability under sec. 823 par. 1 of the German Civil Code*. En: HEIDERHOFF, Bettina y Grzegorz ŻMIJ (editores). *Tort Law in Poland, Germany and Europe*. Múnich, 2009; pp. 1, 2-3, 6; KÖTZ, Hein y Gerhard WAGNER. *Deliktsrecht*. 9na edición. Colonia, 2001; p. 68; MAGNUS, Ulrich. *Causation in German Tort Law*. En: SPIER, Jaap (editor). *Unification of Tort Law: Causation*. La Haya, 2000; pp. 63 y subsiguientes.

(16) OLIPHANT, Ken. *The Nature of Tortious Liability*. En: OLIPHANT, Ken (editor): *The Law of Tort*. Londres, 2007; p. 15; WEIR, Tony. *Recent Developments in Causation in English Tort Law*. En: *Mélanges Blanc - Jouvan*. París, 2005; p. 887-889; DEAKIN, Simon, Angus JOHNSTON y Basil MARKESINIS. *Tort Law*. 6ta. edición. Oxford-Portland, 2008; pp. 244 y subsiguientes; 266 y subsiguientes.

(17) STAPLETON, Jane. *Factual Causation*. En: *Federal Law Review*. Volumen XXXVIII. 2010; pp. 467 y subsiguientes; EAD. *Choosing What We Mean by "Causation" in the Law*. En: *Missouri Law Review*. Volumen LXXIII. 2008; pp. 448-449; PAGE, Joseph. *Torts. Proximate Cause*. Volumen VII. Nueva York, 2003; pp. 3, 5 y subsiguientes. En relación a la experiencia estadounidense, dos precisiones terminológicas se tornan necesarias. Una se refiere al primer frente de la causalidad, y destaca la forma en que este aparece frecuentemente también bajo la etiqueta de *actual cause*: cfr., *ex aliis*; WRIGHT, Richard. *Causation, Statistical Probability, and the Burden of the Proof*. En: *Loyola of Los Angeles Law Review*. No. 4. Volumen 41, 2008; pp. 1295, 1321. La otra incide sobre el segundo flanco etiológico, que más de uno -entre los cuales también los redactores del tercer *Restatement of Torts*- prefiere referir con la expresión *scope of liability: Restatement of Torts*. 3d. PEH. *Chapter 6. Scope of Liability (Proximate Cause)*, mientras que, en cambio, el *Chapter 5* se dedica a la *Factual Cause*, y el segundo *Restatement* hablaba de una causalidad unitaria, denominada *Legal Cause*: véase AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of Torts* 2d. St. Paul (Minnesota), 1965, § 430.

(18) Por todos, GORLA, Gino. *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*. En: *Rivista di diritto commerciale*. Volumen I. 1951; pp. 405 y subsiguientes.

(19) BRUN, Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. 2da. edición. París, 2009; p. 148; QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Op. cit.*; pp. 206 y 207; VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAN. *Les conditions de la responsabilité*. En: *Traité de droit privé sous la dir. de J. Ghestin*. 3era. edición. París, 2006; p. 197.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

vincularle las consecuencias dañosas⁽²⁰⁾. Sin embargo, vale la pena resaltar que en ocasiones dicha explicación es acompañada, o incluso sustituida, por una exégesis distinta, a la luz de la cual el primer segmento de la causalidad comprueba que en el hecho del demandado se puede percibir una *conditio sine qua non* del perjuicio; en cuyo caso, el segundo fragmento serviría para juzgar si aquella condición necesaria merece también el atributo jurídico de causa⁽²¹⁾. Esta última reconstrucción es muy cercana a la que se brinda en el contexto angloamericano para diferenciar la *cause in fact* de las cuestiones relativas a la *remoteness of damage* y a la *proximate cause*. Aquí, la búsqueda de la *cause in fact* está dirigida a determinar si el hecho censurado puede tener alguna relación de condicionalidad necesaria respecto a los resultados negativos que surgen de este, correspondiendo entonces a la *remoteness of damage* y a la *proximate cause* analizar si aquella vinculación es suficientemente estrecha como para justificar la afirmación de la responsabilidad⁽²²⁾.

Si luego se quiere medir la efectiva correspondencia de esta causalidad doble a la realidad del juicio aquiliano, el discurso se complica aún más. Entonces, se cae en la cuenta de que la distinción cumple un rol -ambiguo, pero crucial- al orientar la repartición variable de las labores del juez (o jueces) y del jurado, en aquellos sistemas en donde esta institución todavía mantiene una amplia presencia, vale decir, en los Estados Unidos⁽²³⁾. Igualmente importante, y no menos fluida, es la distinción entre las dos especies de causalidad al momento de establecer los márgenes dentro

de los cuales una corte, ubicada en posición apical en la jerarquía judicial, puede someter a crítica los resultados alcanzados en materia de causalidad por un juez de rango inferior. En efecto, en todas partes, el carácter crítico de los análisis judiciales está basado en la oposición entre análisis de hecho y análisis jurídicos. Sin embargo, las soluciones que se obtienen a través del recurso a dicha oposición son tan diferentes que causan más de una duda sobre la pretendida objetividad de la distribución.

De manera sintética: en Estados Unidos, se dice que las conclusiones (del juez o del jurado) sobre los hechos no pueden ser discutidas nuevamente en sede de apelación, mientras que, por el contrario, las deducciones jurídicas que emanan de estas pueden dar origen a un nuevo análisis de la cuestión; de cualquier forma, sin perjuicio de la crítica respecto a la labor de los miembros del jurado por haber sido instruidos incorrectamente por parte del juzgador⁽²⁴⁾. Por el contrario, en Inglaterra, ambos análisis (de hecho: *cause in fact*, y de derecho: *remoteness*) son ampliamente controlables por parte de las jurisdicciones superiores⁽²⁵⁾. También llegan al mismo resultado -control potencialmente ilimitado del trabajo de los tribunales- las

(20) Véase los autores citados previamente en las supra notas 15, 18 y 19; y también, para una crítica a esta lectura, CASTRONOVO, Carlo. *Il risarcimento del danno*. En: *Rivista de diritto civile* I, 2006; pp. 81, 89; y MAIORCA, Carlo. *I fondamenti della responsabilità*, Milán, 1990; p. 419. El razonamiento no es del todo desconocido en el *commonlaw*: cfr. OLIPHANT, Ken. *Óp. cit.*; p. 15 y WRIGHT, Richard. *The Grounds and Extent of Legal Responsibility*. Volumen 40, 2003. En: *San Diego Law Review*; pp. 1425, 1445 y 1446.

(21) BRUN, Philippe. *Óp. cit.*; p. 148; VON BAR, Christian. *The Common European Law of Torts* II. Oxford, 2000; pp. 437 y subsiguientes; MAGNUS, Ulrich. *Óp. cit.*; p. 65.

(22) Y *multis*, OLIPHANT, Ken. *Óp. cit.*; p. 15.

(23) Para una sumaria descripción de las reglas que presiden dicha repartición, véase SCALES, Ann. "Nobody Broke It, It Just Broke". *Causation as an Instrument of Obfuscation and Oppression*, en ENGEL, David y Michael MCCANN (editores). *Fault Lines. Tort Law as a Cultural Practice*. Stanford, 2009; p. 268 y subsiguientes, 273; HANS, Valerie. *Juries as Conduits for Culture?* En: ENGEL, David y Michael MCCANN (editores). *Ibidem*; pp. 80, 86; PAGE, Joseph. *Óp. cit.*; pp. 20, 24-25.

(24) ABRAHAM, Kenneth. *The Forms and Functions of Tort Law*. 2da edición. Nueva York, 2002; pp. 12 y 13; GREEN, LEON. *Rationale of Proximate Cause*. Kansas City (Missouri), 1927; en especial pp. 76 y 77.

(25) En general, ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*. Tubinga, 2008; pp. 153 y subsiguientes, y respecto a la relación de causalidad, OLIPHANT, Ken. *Óp. cit.*; p. 15.



Marta Infantino

cortes francesas y belgas, empero recorriendo un trayecto distinto. Aquí, con exclusión de la apreciación de las pruebas, remitida al *pouvoir souverain* del juez de mérito, lo que circula bajo la etiqueta (unitaria) de la causalidad es considerado una cuestión de derecho y, por ello, íntegramente revisable por las instancias de alto grado⁽²⁶⁾. Por su parte, en Alemania, a estos fines, no se distingue entre una y otra forma de causalidad. Se remarca que todo juicio sobre la materia implica tanto aspectos de hecho como de derecho: si bien en apelación pueden discutirse ambos aspectos, sólo el error en la aplicación del segundo es el que puede abrir las puertas de la Corte Suprema Federal⁽²⁷⁾. En Italia se lleva a cabo una solución ulterior: el análisis judicial en orden a la relación de causalidad (en singular) se presenta como un juicio de hecho y como tal pasible de ser revisado en sede de apelación, no obstante, es intocable si “ha sido sostenida con fundamentación congruente, e inmune de vicios lógicos y jurídicos”⁽²⁸⁾ por parte del tribunal máximo.

En conclusión, las diferencias son numerosas y ciertamente no están referidas a aspectos de poca importancia. Por otra parte, a menudo también se verifica una variedad análoga dentro de los regímenes nacionales individuales, en donde, con frecuencia, los enfoques de la causalidad se multiplican a causa de un gran número de factores que van, por mencionar sólo algunos, desde las especificidades regionales y/o federales, al carácter cultural que marca el enfoque de cada una de las generaciones de intérpretes, e incluso a las afiliaciones a distintas corrientes y escuelas de pensamiento. Sin embargo, tanto en la perspectiva doméstica como en la comparada, particularidades similares enriquecen, pero ciertamente no mellan, la homogeneidad de las posturas con las cuales los intérpretes de los sistemas bajo análisis se aproximan a nuestro tema. Veamos ahora porqué.

3. Las homogeneidades (o las diferencias a través del tamiz del análisis operacional)

Evidentemente, las peculiaridades operativas locales pueden empalidecer profundamente el tratamiento reservado a la causalidad. La extensión de la superficie sometida al gobierno del derecho de la responsabilidad civil; la relación entre el área extracontractual y las instituciones de naturaleza pública o privada que se ocupan, paralela o alternativamente, de remediar las desdichas individuales; las formas heterogéneas que las reglas aquilianas asumen en cada sistema, hayan o no rastros del legislador; las particularidades procesales de los aparatos destinados a hacer funcionar la máquina compensatoria; la manera especial en la que la doctrina y jurisprudencia cumplen, cualquiera que sea la latitud, las funciones que les son asignadas en nuestra materia; constituyen todos factores que se reflejan en el espacio reservado al estudio causal en toda jurisdicción⁽²⁹⁾.

Es ejemplar el caso de las modalidades con las que las fisionomías asumidas por la directiva general respecto a la responsabilidad por culpa, y el conjunto de los requisitos fundamentales de los que está compuesta, inciden sobre la ubicación otorgada a la investigación causal en el marco del proceso de determinación de la responsabilidad. El

(26) En Francia, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Op. cit.*; pp. 70 y 71, 252; BRUN, Philippe. *Op. cit.*; p. 195; en Bélgica, DUBUISSON, Bernhard e Isabelle DURANT. *Quelques traits saillants de la causalité dans le droit belge de la responsabilité civile*. En: *Revue Lamy Droit Civil*. Número 40, 2007; pp. 67 y subsiguientes; DURANT, Isabelle. *A propos de ce lien quid doit unir la faute au dommage*. En: DUBUISSON, Bernhard y Patrick HENRY (editores). *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*. Bruselas, 2004; p. 14.

(27) Por todos, BGH, del 19 de julio de 2004, BGHZ 160, 149; BGH, del 25 de setiembre de 1952, BGHZ 7, 198.

(28) Casación No. 472, del 15 de enero de 2003. En: *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 90.

(29) Sobre todo esto, véase INFANTINO, Marta. *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*. *Studio di diritto comparato*. Berna-Nápoles, 2012; respectivamente pp. 6-23, 29-48, 59-65.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

análisis sobre la etiología del daño puede evidenciarse, dentro de las discusiones sobre el § 823 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (sobre todo, en las reflexiones anteriores) sobre el artículo 2043 del Código Civil Italiano, como una fase teóricamente posterior a la verificación acerca de la admisibilidad, dentro del conjunto de las posiciones protegidas, de la pretensión hecha valer por el demandante⁽³⁰⁾. Dentro de la presentación del *tort of negligence*, el mismo análisis se hace presente como un dato relevante sólo después que la cuestión del *duty* ha sido resuelta⁽³¹⁾, mientras que esta figura, con referencia a los artículos 1382 y 1383 del código civil francés y belga, hace lo propio como un test equiparado y por desarrollarse a la par de aquel, en orden a la existencia y a la certeza del daño, y a la posibilidad de reprochar a aquel que es llamado a pagar la reparación⁽³²⁾.

Precisamente la presencia o la falta de controles preliminares al de la vinculación entre hecho y daño, a menudo se refleja en el empleo del instrumento causal, el cual aparentemente termina por cobrar mayor importancia en la medida en que los filtros predispuestos por el sistema para seleccionar las demandas inadmisibles sean más reducidos⁽³³⁾. De esta forma, se descubre que razonar sobre el tema de la causalidad en las jurisdicciones que se fundan en una cláusula general triádica (culpa, daño, relación de causalidad), a menudo termina por hacer las veces de aquello que en otros sistemas es tratado bajo un capítulo ulterior de la responsabilidad civil, y diversamente referido a la calidad de la posición violada, o al conjunto y a la extensión de los deberes de tutela que se imponen al agente. Por lo tanto, se puede verificar, incluso a nivel comparado, un fenómeno bastante conocido para el jurista interno⁽³⁴⁾: lo que en un juicio es considerado

determinante bajo el aspecto del carácter del merecimiento de tutela del interés lesionado o de los deberes de cautela que gravan al demandado, puede ser considerado, más allá de nuestras fronteras, relevante bajo la luz causal, y viceversa⁽³⁵⁾.

Todo esto demuestra que la invocación de la causalidad, en lugar que la calidad de la posición lesionada o el perímetro asignado *ex ante* a los deberes del demandado, no siempre es esencial para los fines de la decisión. La elección de recurrir a una u otra dice mucho sobre el carácter técnico de cada cultura jurídica, así como sobre las opciones interpretativas y sobre las filosofías de la responsabilidad civil que son acogidas por los operadores del derecho de determinado espacio y tiempo. Por el contrario, aquella elección incide muy poco sobre las finalidades globales que las sociedades occidentales atribuyen y debaten como un instrumento propio de la responsabilidad civil. Ciertamente, la jerarquía entre estas funciones se modela de distinta manera en el tiempo y en los sistemas individuales, en donde cada historia y cultura jurídica establece los objetivos a los que es sometido, de vez en cuando, el instituto aquiliano. Sin embargo, tales variaciones dejan intacto el valor de la sugerencia de quién ha indicado magistralmente que en todo el occidente las reglas extracontractuales

(30) Por todos, sobre Alemania, MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 9-12; KÖTZ, Hein y Gerhard WAGNER. *Óp. cit.*; p. 57; respecto a Italia, FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. En: *Tratt. Franzoni*. Milán, 2004; pp. 29 y subsiguientes, 55 y subsiguientes

(31) Cfr. WEIR, Tony. *Óp. cit.*; p. 33; GOLDBERG, John, Anthony SEBOK y Benjamin ZIPURSKY, *Óp. cit.*; pp. 50 y 51.

(32) QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.* En especial, pp. 2 y 3, 10; VAN DAM, Cees. *Óp. cit.*; pp. 278 y 279.

(33) Observaciones análogas se leen en BUSSANI, Mauro y Vernon Valentine Palmer. *Pure Economic Loss in Europe*. *Loc. cit.*; pp. 127 y 128.

(34) En el contexto del *civil law*, cfr. FRANZONI, Massimo. *Óp. cit.*; pp. 65-67; COUSY, Herman. *Belgium*. En: KOZIOL, Helmut (editor). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. The Hague. 1998; pp. 31, 33 y 34; para los sistemas del *common law*, STAPLETON, Jane. *Controlling the Future of the Common Law by Restatement*. En: MADDEN, Stuart (editor). *Exploring Tort Law*. Nueva York, 2005; pp. 268-271.

(35) En Europa, MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 214-216; en los Estados Unidos, DOBBS, Dan y Paul HAYDEN. *Torts and Compensation. Personal Accountability and Social Responsibility for Injury*. 5ta. edición. St. Paul. 2005 (reimpresión 2006); p. 245.



Marta Infantino

constituyen expresiones de exigencias, aspiraciones e ideologías *mixtas* y plurales, tan iguales como las sociedades que las producen⁽³⁶⁾.

Respecto a las especificidades locales, lo que se obtiene de las reglas operativas y de su estudio comparativo es que la causalidad es analizada, en todas partes, a través de perspectivas, y sometida al servicio de dinámicas, sustancialmente análogas. Sean cuales fueren las formas concretas asumidas por los engranajes de la responsabilidad civil, las articulaciones de la noción y de las funciones confiadas, de vez en cuando, a la causalidad, siempre se dejan comprender a través de claves de lectura que dependen en mayor medida de aquellas perspectivas y aquellas dinámicas, que de la importancia asumida por este o aquel macro-carácter del sistema, de este o de aquel factor distintivo. Por lo tanto, centraremos nuestra atención sobre aquellas perspectivas y dinámicas.

4. Fórmulas y esquemas de la causalidad

En el frente de la convergencia, en todos los sistemas analizados, la causalidad extracontractual tiene como trasfondo un presupuesto compartido. La convicción es que los problemas etiológicos sean planteados, y puedan ser resueltos, de forma independiente a la articulación efectiva del caso, y que la dimensión técnica de la relación de causalidad sea exclusivamente la de un fragmento aislable, y analizable de manera independiente en relación a los otros componentes del supuesto de hecho.

Por otra parte, esto corresponde a la visión que tradicionalmente se ofrece del juicio de la responsabilidad civil, una visión *esquemática*⁽³⁷⁾, en donde esta se presenta como el resultado de una mera operación verificativa y sumatoria de los diversos *elementos esenciales* para la condena: el perjuicio, la culpabilidad del agente (si es requerida), la relación de causalidad entre la conducta del agente y los resultados dañosos, el merecimiento de tutela de la posición lesionada o la existencia de un *duty of care* cargo del demandado. De esta forma, se legitima la exigencia de una serie de determinaciones analíticas –una sobre el daño, otra sobre la culpa, y una última sobre la causalidad, etcétera–, que se manifiestan cada una como autocompleta y cerrada a toda interrelación recíproca⁽³⁸⁾. Desde esta perspectiva, a la causalidad estarían reservados roles, medidas y contenidos constantes, todos a ser explorados a través del recurso al parámetro, infalible e inflexible, de las fórmulas de la causalidad. Estas, tengan vocación universal o estén pensadas sólo para ser apropiadas en ciertas condiciones, se presentan siempre con vestimentas teóricas pre-elaboradas, como modelos de lectura de los fenómenos etiológicos de talla y factura diferentes, pero invariablemente *prêt-à-porter*: listas para ser usadas y válidas ante cualquier declinación de los hechos.

(36) CALABRESI, Guido. *La responsabilità civile come diritto della società mista*. En: *Pol. d.*, 1978; pp. 665 y subsiguientes (título original *Torts - The Law of the Mixed Society*. *Texas Law Review*. No. 56, 1978; p. 519).

(37) Desde ahora, y para referencias sobre el derecho comparado INFANTINO, Marta. *Op. cit.*; pp. 266-269; Bussani, Mauro, y Marta INFANTINO. *Fault, Causation and Damage in the Law of Negligence: A Comparative Appraisal*. En: COLOMBI CIACCHI, Aurelia y OTROS (editores). *Haftungsrechtim dritten Millennium - Liability in the Third Millennium. Liber Amicorum Gert Brueggemeier, Nomos*. Baden, 2009; pp. 145 y subsiguientes; BUSSANI, Mauro. *La colpa soggettiva*. Padua, 1991; pp. 81 y subsiguientes; CENDON, Paolo. *Op. cit.*; pp. 415 y subsiguientes

(38) En la literatura menos reciente, por ejemplo, ROTONDI, G. *Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 codice civile*. En: *Rivista del diritto commerciale*. Volumen I. 1917; pp. 236, 284 y subsiguientes; más recientemente, FORCHIELLI, P. *Lesione dell'interesse, violazione del diritto, risarcimento*. En: *Rivista del diritto civile*. 1964, I; p. 347; S. Rodotà. *Il problema della responsabilità civile*. Milán, 1964; pp. 183 y subsiguientes; BUSNELLI, Francesco. *voz Illecito civile*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. XV. Roma, 1989; p. 7. Adiestramientos análogos vienen de Francia –véase Sourdat, Auguste. *Traité général de la responsabilité*. 2da. edición. I. París, 1872; pp. 417 y subsiguientes, 458; y luego, de último, VINEY, Geneviève. y Patrice JOURDAN. *Op. cit.*; pp. 153 y subsiguientes; 318 y subsiguientes; 530 y subsiguientes y también de las áreas del *common law*: Véase, por ejemplo, WRIGHT, Richard. *Unscientific Formalism and False Semantics*. En: *Chicago-Kent Law Review*, No. 63. 1987; pp. 553 y 554; HONORÉ, Anthony Maurice. *Op. cit.*; pp. 5 y 6.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

Lo que acabamos de decir es válido, en primer lugar, para el conjunto de directivas que aspiran a regir uniformemente ante todo tipo de vicisitud que llega a conocimiento de los tribunales. De inmediato se invoca a la reina de las reglas sobre la causalidad: la teoría de la equivalencia⁽³⁹⁾, y su equivalente en el mundo anglosajón, el *butfor test*⁽⁴⁰⁾. En la misma categoría se ubican luego los instrumentos empleados para perfeccionar y limitar los resultados que la primera categoría permite alcanzar. Algunos de estos se encuentran difundidos

tanto en la tradición del *civil law* como en las experiencias del *common law*: pensemos en los criterios de previsibilidad del daño⁽⁴¹⁾, de proximidad e inmediatez⁽⁴²⁾, de la finalidad de la norma violada⁽⁴³⁾, de la creación de un riesgo⁽⁴⁴⁾ o de la probabilidad de ocasionar un perjuicio⁽⁴⁵⁾. Sólo en el continente europeo se conocen otras variantes -es el caso de la teoría de la causalidad adecuada⁽⁴⁶⁾- o

- (39) QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 28-34; COUSY, Herman y Anja VENDERSPIKKEN. *Causation under Belgian Law*. En: SPIER, Jaap (editor). *Óp. cit.*; pp. 23 y subsiguientes; MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 103 y subsiguientes
- (40) En Inglaterra, WEIR, Tony. *Óp. cit.*; pp. 71-72; en los Estados Unidos PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*. St. Paul (Minnesota), 1971; pp. 238 y subsiguientes.
- (41) En Italia, entre la extensa literatura (y también para la opinión según la cual el juicio en orden a la previsibilidad no está impedido en sede extracontractual por la falta de referencia, en el título IX del VI libro del código civil italiano, al artículo 1225), GORLA, Gino. *Óp. cit.*; p. 419; TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; pp. 98 y subsiguientes. Para la postura francesa contraria, que tradicionalmente repite que el artículo 1150 *Code Civil* (inspirador de nuestro artículo 1225 Código Civil Italiano) no se aplica -junto al test de la previsibilidad del daño- en materia aquiliana, véase QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 452-452; BRUN, Philippe. *Óp. cit.*; p. 155. En Alemania, el rol de la previsibilidad dentro del juicio causal, por lo general, es discutido bajo la sombra de la teoría de la causalidad adecuada (sobre la cual, ver infra nota 46): por todos, LANGE, H. y G. SCHIEMANN. *Schadenersatz*. 3era. edición. Tubinga, 2003; pp. 94-96. Sobre el empleo, en la experiencia angloamericana, del criterio equivalente de la "foreseeability of damage", véase por todos, HODGSON, Douglas. *The Law of Intervening Causation*. Aldershot. 2008; pp. 31-50 (con referencia también a los sistemas canadienses, australiano y neozelandés); PAGE, Joseph. *Óp. cit.*; pp. 36 y subsiguientes; HART, Herbert Lionel Adolphus y Anthony Maurice HONORÉ. *Óp. cit.*; p. 255.
- (42) Una cuidadosa exposición del criterio se puede leer, entre otros, en LUNNEY, Mark y Ken OLIPHANT. *Óp. cit.*; pp. 269 y subsiguientes; GOLDBERG, John; Anthony SEBOK y Benjamin ZIPURSKY. *Óp. cit.*; pp. 268 y subsiguientes. En la literatura siempre se discute la fórmula de la proximidad -más nunca es aplicada como tal- incluso en Francia y en Bélgica (QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 48-52; DURANT, Isabelle. *Óp. cit.*; p. 7), mientras que en Italia se difunde la regla fundamental en la versión centrada en la inmediatez: véase el artículo 1223 Código Civil Italiano.
- (43) Entre los estudiosos del derecho alemán, MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 653, 654-657; KÖTZ, Hein y Gerhard, WAGNER. *Óp. cit.*; pp. 62-65; sobre la vertiente angloamericana, por todos, WEIR, Tony. *Óp. cit.*; pp. 88 y subsiguientes; GREEN, LEON., *Are There Dependable Rules of Causation?*. *Loc. cit.*; pp. 601 y subsiguientes. En Italia, véase TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; pp. 45 y subsiguientes, 67 y subsiguientes; 70; notas 26, 73 y 29; BARCELLONA, Mario. "Scopodellanorma violata", *interpretazione e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*. En: *Rivista di diritto civile*. I. 1973; p. 311. En Francia y en Bélgica, la teoría es conocida bajo la etiqueta de "relativité aquilienne": VINEY, Geneviève. y Patrice JOURDAN. *Les conditions de la responsabilité*. *Óp. cit.*; pp. 185 y subsiguientes; PHILIPPE, D.M., *La théorie de la relativité aquilienne*. En *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Bruselas, 1994, p. 467.
- (44) TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. *Óp. cit.*; *passim*; Id., *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán, 1971, pp. 9 y subsiguientes; en Francia, entre otros, TEISSEIRE, M. *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Aix, 1901, *passim* sobre todo pp. 150 y subsiguientes; más recientemente, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 421-427. Respecto a la experiencia alemana, MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 122 y 123, 638-643. En el área del *common law*, véase *Restatement of Torts*. 3ra. Edición. PEH, § 29; y también STAUCH, Marc. *Risk and Remoteness of Damage in Negligence*. En: *Modern Law Review*. Volumen 64, 2001; pp. 191, 195 y subsiguientes
- (45) A través de las lentes del comparatista, JANSEN, Nils. *The Idea of a Lost Chance*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Volumen 19, 1999; pp. 271 y subsiguientes; ZENO ZENCOVICH, Vincenzo. *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*. En: *Rivista del diritto commerciale*. II. 1986; p. 213.
- (46) MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; pp. 106 y subsiguientes; KÖTZ, Hein, Gerhard, WAGNER. *Óp. cit.*; pp. 60-62; respecto a la versión francesa de la *causalité adéquate*, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 73-81; BRUN, Philippe., *Óp. cit.*; pp. 151 y 152; en Bélgica, COUSY, Herman y Anja VENDERSPIKKEN. *Óp. cit.*; pp. 24 y subsiguientes



Marta Infantino

exclusivamente en Inglaterra y en los Estados Unidos -así, el *material contribution to the risk*⁽⁴⁷⁾ y el *substantial factor test*⁽⁴⁸⁾, respectivamente-.

Al conjunto debe adicionársele las soluciones que se brindan en todo sistema a determinadas hipótesis recurrentes y que frecuentemente son visitadas por los apasionados del estudio de la relación de causalidad. Entran en esta lista el principio por el cual ninguna consecuencia es tan remota ante los comportamientos dolosos⁽⁴⁹⁾, aquel que considera que la conducta dolosa ajena rompe el vínculo entre el perjuicio del demandante y la negligencia de quién ha hecho posible o no ha impedido la ocurrencia del crimen⁽⁵⁰⁾, los adiestramientos relativos a la eficacia interruptora de los eventos naturales que constituyen la fuerza mayor⁽⁵¹⁾, y la regla sobre la responsabilidad para los efectos dañosos excepcionalmente intensos padecidos por la víctima a causa de su particular constitución⁽⁵²⁾. Además, debemos considerar la regla fundamental de imputación al demandado de las

desdichas que se verificarían incluso a falta del hecho imputable a él⁽⁵³⁾, y las directrices a través de las cuales es posible distribuir el costo del daño entre aquellos que se incluyan en el grupo donde se encuentra, aunque no es posible identificarlo con certeza, aquel que ha causado íntegramente el daño⁽⁵⁴⁾.

A continuación no trataremos de remarcar las incoherencias existentes entre las diversas órdenes de reflexiones y las frecuentes fricciones entre las perspectivas de carácter general y lo que se predica de manera específica. Lo que importa enfatizar de aquellas incoherencias y fricciones es el contexto técnico-cultural que las producen. En el terreno de las máximas generales, así como en el reino de las previsiones específicas, se tiene como objetivo brindar algunas respuestas

-
- (47) STAUCH, Marc. "Material Contribution" as a Response to Causal Uncertainty: Time for a Rethink. *Cambridge Law Journal*. Volumen 68, 2009; pp. 27 y subsiguientes; véase también, para el derecho canadiense, COLLINS, Lynda Margaret. *Causation, Contribution and Clements: Revisiting the Material Contribution Test in Canadian Tort Law*. En: *Tort Law Review*. Volumen XIX. 2011; p. 86.
- (48) El origen de la teoría se reconduce ordinariamente a SMITH, Jeremiah. *Legal Cause in Actions of Tort*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 26. 1912; pp. 223, 303, 311; las articulaciones del *substantial factor* son indagadas, entre otros, por GOLDBERG, John; Anthony SEBOK y Benjamin ZIPURSKY. *Óp. cit.*; pp. 254-258.
- (49) En la perspectiva comparatista, y por todos, BUSSANI, Mauro, *La maliziaattira. Intenzione e nesso causal en el diritto della responsabilità*. En: *Rivista di estetica*, 2000; pp. 114, 123.
- (50) Véase las amplias referencias comparativas reunidas en CENDON, Paolo. *Óp. cit.*; p. 133
- (51) MONATERI, Pier Giuseppe. *Óp. cit.*; pp. 170-173; QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 283-289; BRUN, Philippe. *Óp. cit.*; pp. 161-162; COUSY, Herman y Anja VENDERSPIKKEN. *Óp. cit.*; p. 28. En el área del *common law*, FRALEY, Jill. *Re-examining Acts of God. Pace Environmental Law Review*. Volumen 27, 2010; pp. 669, 672-676; HART, Herbert Lionel Adolphus y Anthony Maurice HONORÉ. *Óp. cit.*; p. 163.
- (52) Con el compás extendido a toda la Europa, MAGNUS, Ulrich y Miquel MARTÍN-CASALS. *Comparative Conclusions*. En: MAGNUS, Ulrich y Miquel MARTÍN-CASALS (editores). *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*. La Haya, 2004; pp. 259; 290 y 291; así como las respuestas ofrecidas por los ponentes nacionales en el caso No. 8; pp. 23, 43, 55, 71 y 72, 97 y 98, 118, 127, 147, 162, 195, 207 y 222. Para las mismas conclusiones en el *common law* americano, PAGE, Joseph. *Óp. cit.*; pp. 83 y subsiguientes.
- (53) En Italia, TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; p. 8 y 9; CENDON, Paolo. *Óp. cit.*; p. 119, nt. 60; en Alemania MAGNUS, Ulrich. *Óp. cit.*; p. 65; para el *common law*. *Restatement of Torts*. 3era. edición. PEH, § 26. *cmt.*; DEAKIN, Simon, Angus JOHNSTON y Basil MARKESINIS. *Óp. cit.*; pp. 252-254.
- (54) BUSNELLI, Francesco y Giovanni COMANDÉ. *Causation under Italian Law*. En: SPIER, Jaap (editor). *Óp. cit.*; pp. 83 y 84; en la literatura francesa, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 601-605; ABERKANE, Hassen. *Du dommage causé par une personne indéterminé dans un groupe déterminé de personnes*. En *Revue trimestrielle de droit civil*. 1958; pp. 516 y 517; POSTACIOUGLU, R. *Les faits simultanés et le problème de la responsabilité collective*. En: *Rev. trim. dr. civ.*, 1954; p. 438; WRIGHT, Richard. *Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof*. *Óp. cit.*; pp. 1299 y 1300; ROGERS, William Vaughan Horton. *Causation under English Law*. En: SPIER, Jaap. (editor). *Óp. cit.*; p. 43.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

a problemas que se consideran poco importantes en relación a las innumerables posibles declinaciones de las hipótesis tomadas en consideración. Respuestas y problemas que, con miras a adaptarse a toda condición, sean cuales fueren las características específicas de las vicisitudes analizadas, caen frecuentemente -como veremos en un instante- en la paradoja de resultar inadecuadas para explicar el resultado particular alcanzado en el caso concreto.

5. Geografía de los enfoques domésticos

Es necesario hacer una aclaración respecto al patrimonio de fórmulas y modelos que acabamos de observar. Si las fórmulas de la causalidad y la perspectiva esquemática que estas presuponen encuentran un éxito notable en todas partes, los índices de difusión y las modalidades de empleo de aquellas fórmulas no son idénticos en todas ellas.

La gama de teorías de aspiración universal, cuya reflexión académica y la praxis judicial tiende a privilegiar, puede variar. De esta forma, en Bélgica podemos encontrar una doctrina totalmente concentrada en socavar las certezas de las cortes locales, las cuales con constancia monolítica afirman dar importancia exclusiva al criterio de la *conditio sine qua non*⁽⁵⁵⁾. En los manuales y en las decisiones francesas constantemente se remarca el carácter abstracto, ajeno a la causalidad extracontractual, de la noción de previsibilidad⁽⁵⁶⁾ y las dificultades concretas de utilizar la regla fundamental de la proximidad⁽⁵⁷⁾; mientras la discusión sobre la *relativité aquilienne* y la *perte de chance* son habituales bajo la sombra de la culpa y del daño⁽⁵⁸⁾, respectivamente.

En el frente alemán, el léxico de la inmediatez y de la probabilidad -relativo al carácter resarcitorio de las consecuencias directas del ilícito, el primero, y a la comprensión de una mera posibilidad, el segundo- es frecuentemente evitado por el intérprete⁽⁵⁹⁾. Si bien el vocabulario jurídico italiano conoce todas las declinaciones etiológicas propias de las jurisdicciones *civilian*, la presencia, en el campo penal, de alguna referencia legislativa respecto a la forma de comprensión de la relación de causalidad ha atraído la atención de la jurisprudencia civil, cuyos mayores esfuerzos retóricos están dirigidos a menudo, bajo la mirada atenta de los comentaristas, a seguir o a diferenciarse de sus colegas de las jurisdicciones penales⁽⁶⁰⁾. En el área del *common law*, el conjunto de máximas que se brindan a los jueces ingleses y estadounidenses, desde el *but-for test* hasta las variantes dirigidas al perfeccionamiento del estándar condicional, basadas en una vinculación meramente probabilística entre hecho en discusión y perjuicio, es igualmente rico⁽⁶¹⁾. Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la mayor parte del *tort law scholarship* se ha manifestado principalmente sobre el estudio de dichas directivas y de sus supuestas aberraciones. Sin embargo, al objeto de interés común no le ha correspondido la misma intensidad de confrontación y discusión, ya que mientras el territorio inglés se caracteriza

(55) DURANT, Isabelle. *Óp. cit.*; pp. 15-19.

(56) Véase, sobre el tema, los autores y las obras que se han hecho referencia *retro*, nota 41.

(57) Véase los autores citados *retro*, nota 42.

(58) Respecto a la *relativité aquilienne* (que es la expresión con la cual circula, sobre terreno francés, la teoría de la finalidad de la norma violada), véase los autores citados *retro*, nota 43; sobre la *perte de chance*, cfr. QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 154-174; VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAN. *Óp. cit.*; pp. 82 y subsiguientes.

(59) Véase *retro* los autores citados en las notas 43 y 46; y también WAGNER, Gerhard. *Aggregation and Divisibility of Damage in Germany: Tort Law and Insurance*. En: OLIPHANT, Ken. (editor). *Aggregation and Divisibility of Damage*. Viena - Nueva York, 2010; pp. 174, 196 y 197.

(60) Por todos, TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; p. 21; pero véase también, contra la opinión común según la cual las disposiciones penales son aplicables también a la causalidad civil, PONZANELLI, Giulio. *Óp. cit.*; p. 15; ZENO ZENCOVICH, Vincenzo. *La responsabilità civile da reato*. Padua, 1989; p. 39.

(61) Véase los autores citados en INFANTINO, Marta. *Óp. cit.*; pp. 111 y 112.



Marta Infantino

por su análisis minucioso y su crítica moderada, en el continente americano esta ha sido acalorada y aguda, en donde, de cualquier forma, las flexiones de la causalidad -por ejemplo en el ámbito de la *medical malpractice*- no han dejado de alimentar las animadas polémicas en orden a las perspectivas de reforma del *law of torts*⁽⁶²⁾.

La variedad que se presenta en el frente de las reglas fundamentales de carácter especial no es menor. Si bien es cierto que las fórmulas orientadas a la administración de secuencias etiológicas peculiares son conocidas en todos los sistemas, igualmente seguro es el carácter mutable del grado de sus expresiones, pudiendo ser verbalizadas en términos más o menos explícitos.

Por dar un ejemplo: la expansión del diámetro de la causalidad en relación a la malicia es una observación que se da por descontada en los sistemas que por tradición conocen la categoría de los ilícitos dolosos (Alemania, Inglaterra, Estados Unidos), en menor medida que en los otros (Bélgica, Francia, Italia)⁽⁶³⁾. Por los mismos motivos, el adagio que le garantiza al demandado la inmunidad en el momento en que su acción haya sido el resultado de una conducta malévola de un tercero, y a menos que tuviese el deber específico de proteger a la víctima, es afirmado fuerte y claro sólo en aquellos sistemas en donde (las jurisdicciones del *common law*) sea costumbre interpretar el instituto de la responsabilidad a través del prisma del *duty of care* que cada quién está obligado a observar en relación a sus semejantes⁽⁶⁴⁾. En relación a las directivas asentadas en la idea de fuerza mayor, el tratamiento que se les reserva

en Francia es singular. En tierras gálicas, en donde los filtros aplicables a las acciones reparatorias son comparativamente reducidos y donde es recurrente la puesta en acción de las cláusulas objetivas de responsabilidad⁽⁶⁵⁾, a la relación de causalidad le corresponde señalar, con frecuencia, los límites entre aquello que puede ser resarcido, y lo que no. De aquí el gran número de sentencias reparatorias bajo la voz de *causes étrangères*, a las cuales, en los estudios sobre la causalidad, se les dedica usualmente un capítulo casi igual, por importancia y dimensiones, al título que describe las condiciones en función de las cuales se puede afirmar la existencia de un vínculo causal⁽⁶⁶⁾. Por el contrario, nadie ha superado la precisión de la doctrina alemana en el establecimiento de finísimas distinciones en los sectores de la causalidad alternativa y de las variadas tipologías de concurso, natural y humano, en la producción del daño⁽⁶⁷⁾. La regla fundamental sobre la asignación de los resultados negativos extraordinarios sufridos por el damnificado por efecto de su fragilidad, está presente en todas partes. Sin embargo, esta ha encontrado plena elaboración principalmente en los países anglófonos, en los cuales, efectivamente, la literatura *civilian* le rinde tributo a través del empleo de expresiones de uso en idioma inglés⁽⁶⁸⁾.

(62) Cfr., por todos, en relación a la pérdida de *chances* en el sector de la responsabilidad médica, STAUCH, Marc. *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence*. En: *Oxford Journal of Legal Studies*. Volumen 17, 1997; pp. 205 y subsiguientes. KOCH, Steven. *Whose Loss Is It Anyway? Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance*. En: *North Carolina Law Review*. Volumen 88, 2011; pp. 595 y subsiguientes (también para las invocaciones indicadas en el texto a favor de una reforma legislativa del derecho de la responsabilidad civil).

(63) Por todos, VON BAR, Christian. *Óp. cit.*; pp. 50-58; CENDON, Paolo. *Óp. cit.*; pp. 148, nt. 28; pp. 161, 266-294.

(64) RABIN, Robert. *Enabling Torts*. *DePaul Law Review*. Volumen 4, 1999; p. 435; STAPLETON, Jane. *Peripheral Parties, Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Means of Deterrence*. En: *Law Quarterly Review*. Volumen 111, 1995; pp. 301, 310.

(65) Véase lo indicado supra nota 10.

(66) Entre otros, cfr. JOURDAIN, Patrice. *Óp. cit.*; pp. 62-72 ("*le lien de causalité*"), pp. 76-81 ("*les causes positives d'exonération*"), y BRUN, Philippe. *Óp. cit.*; pp. 149-170 ("*L'affirmation de la causalité*"), pp. 170-178 ("*La négation du lien de causalité: la cause étrangère*").

(67) La finura de las reflexiones de la doctrina alemana sobre éste -y otros- aspectos de la causalidad es incuestionable: para una observación al respecto véase MARKESINIS, Basil y Hannes UNBERATH. *Óp. cit.*; p. 103.

(68) QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; p. 329; BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*. Berlín, 2006; p. 193.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

Sin embargo, se trata una vez más de variaciones que matizan el estilo propio de todo sistema de responsabilidad civil, sin afectar la homogeneidad metodológica transistémica que caracteriza nuestra materia. Tanto en las jurisdicciones de *civil law* como en los ambientes de *common law*, se trata de responder a los problemas causales a través de fórmulas que se proponen como esquemas preconstituidos, siempre indiferentes e invariables en relación a las peculiaridades de los casos concretos. El enfoque responde correctamente a la exigencia del intérprete de expresar la propia deferencia, según el lugar donde resida, frente a la palabra de la academia y/o de las cortes de grado más elevado. Sobre todo, el enfoque permite a los jueces y abogados asegurar la necesidad técnica a las soluciones propuestas, no a través de la manifestación de juicios de valor, sino a través de un aparato conceptual que se presenta tendencialmente inmune de, e impenetrable a, consideraciones subjetivas de naturaleza (abiertamente) política. De esta forma, los criterios causales pueden mostrarse dotados de una validez lógico-científica preconstituida en relación a la investigación jurídica, e independientes de cualquier otra evaluación de intereses, brindando de este modo a aquella investigación un aura de neutralidad, de mensura objetiva y universal⁽⁶⁹⁾. Detrás de esta aura, el intérprete puede esconder la discrecionalidad que se le reserva fisiológicamente⁽⁷⁰⁾ y refinar sus conclusiones desde la explícita referencia a objetivos que no es evidente que se le quieran asignar⁽⁷¹⁾.

6. Promesas incumplidas

La reconstrucción anteriormente ofrecida hace comprensible la permanencia de la actitud dominante, dirigida a encasillar el juicio causal dentro de los mecanismos valorativos que frecuentemente se revelan incapaces de dar cuenta de las líneas a través de las cuales se desarrolla la articulación concreta de la relación de causalidad.

Al analizar el derecho operativo, todas las directivas hasta aquí mencionadas registran efectivamente una notable fractura entre el ámbito que aspiran administrar y la efectiva porción de casos sometidos a su imperio.

Todo modelo termina, en este o en aquel caso, por ser sustituido por algún otro mejor adaptado a las necesidades, una operación que es facilitada por los amplios márgenes de superposición que caracterizan los ámbitos de aplicación de las directivas bajo análisis⁽⁷²⁾. Sobre todo, ocurre frecuentemente que la referencia a la misma regla fundamental, general o específica, soporta resultados operativos que entran en conflicto entre sí. Dicho de otra forma: no es sólo la apelación a teorías diferentes lo que justifica conclusiones inconciliables. Muy a menudo ocurre que es precisamente el recurso al mismo criterio lo que implica, en casos semejantes, resultados dispares, sino incluso contrarios. En otro lugar hemos tratado de dar prueba tangible de ello, reuniendo una serie de casos judiciales casi idénticos -belgas, franceses, ingleses, italianos, estadounidenses y alemanes- en los cuales el juicio causal, a pesar de haber sido realizado a través de la aplicación de una misma regla fundamental, ha terminado por conducir a resultados divergentes⁽⁷³⁾. Frente al análisis empírico de la comparación no es posible negar que las fórmulas de la causalidad, lejos de ser parámetros universales e idénticos ante cualquier declinación de los hechos, modulan las propias extensiones

(69) Observaciones del mismo tenor en TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*; p. 52; y CALABRESI, Guido. *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven Jr.* En: *University of Chicago Law Review*. Volumen 43, 1975; pp. 69, 105 y 106.

(70) A lo largo de las líneas trazadas en el texto, GREEN, Leon. *Are There Dependable Rules on Causation?*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. No. 77. 1929; pp. 601, 626; GROUTEL, Hubert. *L'implication du véhicule dans la loi du 5 juillet 1985 (à propos des arrêts rendus par la 2^a chambre civile, le 21 juillet 1986)*. En *D.*, 1987, p. 1 y 2; MARKESINIS, Basil. *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, en *Revue. int. dr.comp.*, 1983; p. 301, 302.

(71) Debemos remitirnos a CALABRESI, Guido., *Op. cit.*; p. 106.

(72) El mismo punto es remarcado, entre otros, por BRUN, Philippe., *Op. cit.*; p. 152, nt. 33; HODGSON, Douglas. *Op. cit.*; p. 165.

(73) INFANTINO, Marta. *Op. cit.*; p. 69-257.



Marta Infantino

según directrices múltiples, marcadas por las peculiaridades propias de los casos en litigio.

Entonces, la ingenuidad de pretender -como resultado de la actitud tradicional- ofrecer soluciones preelaboradas, que sean siempre iguales y buenas cualesquiera sean las circunstancias de su empleo, es evidente. Por el contrario, es precisamente en el específico entrelazamiento de las circunstancias de los casos concretos que es posible, más allá de la fórmula invocada de vez en cuando, identificar los factores que determinan las peculiares flexiones asumidas por la relación de causalidad y por tal vía la distribución final del daño. De esta manera, se cae en la cuenta de que en ocasiones, los anillos de la cadena etiológica se mantienen unidos por la importancia atribuida a la posición de la víctima en relación a la del demandado, por la verificación de motivos reprobables, o la gravedad de las culpas atribuibles a aquel, o por la posibilidad que aquel tenga de hacer caer el peso definitivo de la condena sobre un tercero (un vicario o un asegurador). En cambio, en otras ocasiones, la vinculación entre perjuicio e ilícito retrocede hasta desaparecer por completo, como ocurre habitualmente cuando la actividad desarrollada por el interesado merece ser incentivada, incluso en perjuicio de la seguridad ajena, o cuando la desproporción existente entre la entidad de las pérdidas y las ligerezas reprobables al agente es tan elevada que anula toda eficacia preventiva de la condena o, inclusive, cuando la posición defendida por el demandante es, en las circunstancias, de tal magnitud (por ejemplo, porque el interés lesionado es reputado de poca importancia, o susceptible de favorecer los fraudes procesales) que alimenta un litigio indeseado.

En resumidas cuentas, tanto en el sistema italiano como en el resto de ellos, la manera *esquemática* de entender el proceso reparatorio se muestra inadecuada no sólo para comprender, sino incluso para describir la realidad del mecanismo resarcitorio y de la relación de causalidad en especial. Una causalidad *in the air*⁽⁷⁴⁾, que pueda predicarse fuera del retículo de detalles que compone todo conflicto, no existe. Toda actitud que rechace observar aquel retículo no puede explicar por qué razón -incluso en presencia de

una sucesión de eventos análogo- el vínculo etiológico, entre las faltas atribuibles al autor del hecho y el perjuicio, se afirme ante cierto tipo de lesión, y se niegue ante otra; o por qué los mismos resultados dañosos, irreparables si derivan de la conducta de determinado sujeto o son provocados bajo ciertas circunstancias, se tornan resarcibles cuando son producidos por un autor distinto. Aquella actitud tampoco permite comprender las razones por las cuales algunas consecuencias de gravedad excepcional, en ocasiones, son puestas a cargo del demandado, y en otras se dejan a costas del demandante; o los motivos en virtud de los cuales el acto voluntario de un tercero -que en determinada hipótesis *rompe* la conexión entre el hecho dañoso y el daño- deja subsistir aquella derivación en una serie ulterior de casos.

En todas aquellas hipótesis la importancia atribuida al peculiar entrelazamiento de personas, hechos e intereses que caracterizan la circunstancia en especial -entrelazamiento a la luz del cual sólo se hace posible dirigir y explicar la asignación final del daño- recae sobre el análisis de la causalidad.

7. Hechos y detalles

Una vez que los presupuestos del enfoque tradicional son puestos en tela de juicio y, en especial, la idea de que la vinculación entre daño y hecho imputable al demandado constituye siempre un elemento indiferente para la composición de (los ulteriores componentes del) supuesto de hecho, se hace posible dar un paso adelante en la comprensión de los fenómenos.

Por lo tanto, es necesario admitir que la investigación causal es una operación que

(74) Para parafrasear a CARDOZO, Justice *Palsgrafv.* En: *Long Island Railroad Company. New York* Volumen 248, 1928; p. 339, en donde, por otra parte, se hace referencia a POLLOCK, Frederick. *The Law of Torts*. 11ra. edición. Londres, 1920; p. 455.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

no puede desarrollarse de manera independiente respecto de los ulteriores pasajes necesarios a los fines de la solución del caso. Por el contrario, esta se nutre de las indicaciones provenientes de aquellos pasajes y, a su vez, los alimenta. En realidad, esta admisión no priva al juez de todo paradigma de referencia posible, sino más bien, en la perspectiva aquí tratada, la decisión pasa a estar firmemente fundamentada en el preciso entrelazamiento de motivos y razones que caracteriza cada uno de los conflictos individuales y dirige indefectiblemente el proceso resarcitorio en la búsqueda de aquel que debe hacerse cargo del asunto, y en qué medida.

Se trata de recorridos variados, trazados dentro de horizontes que, a la luz de las circunstancias del caso concreto, en ocasiones incluyen este o aquel factor relevante, factores que aquí resumimos sumariamente en las conclusiones.

La apreciación reservada a la magnitud del perjuicio y a su naturaleza, puede ser crucial. El radio causal se amplía, y con mayor intensidad, cuando se agreden prerrogativas consideradas fundamentales (por ejemplo: vida, salud, personalidad). Por el contrario, esta se restringe cuando el grado ocupado, en la escala de los intereses protegidos, por el interés afectado en concreto, es más bajo y la entidad de la ofensa es leve⁽⁷⁵⁾.

El valor asignado comparativamente a las actividades y a los intereses que se enfrentan, puede pesar sobre el análisis causal⁽⁷⁶⁾. Cuanto más elevado sea el rango otorgado

al interés de la víctima y más reducida sea la libertad de acción reconocida a la contraparte (o viceversa), mucho más fluido será el análisis causal, independientemente de la extravagancia de la sucesión de los acontecimientos. Por el contrario, cada vez que el valor asignado respectivamente a la situación del damnificado y de su antagonista se considere equivalente o desbalanceado a favor del segundo, he aquí que la investigación etiológica se convierte en una tarea delicada, cuales quiera hayan sido las modalidades de realización del accidente.

El índice de reprobabilidad expreso de las diversas partes de la acción puede influir de la misma forma sobre la investigación etiológica⁽⁷⁷⁾. Se trata de una relevancia, es bueno remarcarlo, que no es excluida sólo porque el criterio de imputación invocado es de tipo objetivo, ya que si es considerado como el set de pruebas y defensas admitidas bajo el gobierno de este, bien puede acoger caracteres subjetivos, aunque en hipótesis de poca importancia⁽⁷⁸⁾.

Sin embargo, la naturaleza del hecho incriminado -claramente activa, o de tipo omisiva- incide también sobre la apreciación

(75) CASTRONOVO, Carlo. *La responsabilità civile*. En: CASTRONOVO, Carlo y Salvatore MAZZAMUTO (bajo el cuidado de). *Manuale di diritto privato europeo*. II. Milán, 2007; p. 213, 240-244; WEIR, Tony, *Óp. cit.*; pp. 44 y 45, 49; BUSSANI, Mauro y Vernon Valentine PALMER. *Óp. cit.*; p. 21.

(76) Que los análisis de la relación de causalidad sean a menudo sensibles al diferente peso de los intereses defendidos por las partes en el proceso es observado, entre otros, por TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. *Óp. cit.*; pp. 13, 47 y subsiguientes; CENDON, Paolo. *Óp. cit.*; p. 398; en Francia, BRUN, Philippe. *Óp. cit.*; p. 153; para Bélgica, COUSY, Herman y Anja VENDERSPIKKEN. *Óp. cit.*; p. 24. En el área del *common law* OWEN, David. *Philosophical Foundations of Fault*. En: OWEN, David (editor). *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford, 1995; pp. 201, 225; GREEN, Leon. *Óp. cit.*; pp. 37, 70, 77.

(77) Y *multis*, CENDON, Paolo. *Óp. cit.*; en especial pp. 368 y subsiguientes; TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; p. 107; al otro lado de los Alpes, VINEY, Geneviève. y Patrice JOURDAN. *Óp. cit.*; pp. 191 y subsiguientes, 202; COUSY, Herman y Anja VENDERSPIKKEN. *Óp. cit.*; pp. 23 y 24; en el área del *common law*, *Restatement of Torts 3d*, PEH, § 33(a) y (b); WEIR, Tony. *An Óp. cit.*; p. 68; GREEN, LEON. *Óp. cit.*; p. 82.

(78) Con el compás extendido a toda la Europa, KOCH, Bernhard y Helmut KOZIOL, *Comparative Conclusions*, en KOCH, Bernhard y Helmut KOZIOL (editores). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. La Haya, 2002; pp. 395, 425 y 426; para el *common law* americano, SCHWARTZ, Gary. *United States*. En: KOCH, Bernhard y Helmut KOZIOL (editores). *Óp. cit.*; pp. 351, 357.



Marta Infantino

causal en base a la observación banal según la cual, en igualdad de condiciones, por lo general, el hecho de ingeniárselas para provocar un efecto, en lugar de abstenerse de impedirlo, se expone a ser criticado⁽⁷⁹⁾.

Entonces, la importancia del grado de (in)certeza con la cual es posible demostrar los pasajes individuales de la cadena causal, se da por descontada. Si bien no es extraño que la ausencia de claridad en orden a la secuela del incidente aquiliano sea colmada por la apreciación que el juez reserva a la gravedad del interés lesionado y de los reproches referibles a quien, por los resultados siniestros, es llamado a la reparación, también puede ocurrir que la misma incerteza, a falta de tales índices, opere de manera distinta⁽⁸⁰⁾.

Las evoluciones específicas de una secuencia de sucesos excéntrica pueden poner en jaque a los automatismos que, por lo general, guían el análisis causal y orientan sus líneas en todas las direcciones posibles⁽⁸¹⁾.

No menos relevantes son las circunstancias peculiares de tiempo y espacio en las que se encuentra inmerso el episodio dañoso. Basta pensar, entre las muchas ejemplificaciones, en lo diferente que será la forma de apreciación del vínculo causal entre la publicación de un artículo con contenido difamatorio y el compromiso de la reputación de la víctima, si los comentarios mordaces fueron emitidos en el curso de una campaña electoral⁽⁸²⁾ o durante los festejos del carnaval⁽⁸³⁾.

El efecto producido sobre la evaluación etiológica por la cantidad de víctimas y autores del hecho es variado. Por el lado de las primeras, la elevación de una desdicha individual a una tragedia colectiva, en ocasiones, puede figurar entre

los motivos que afianzan el fundamento de las pretensiones de los demandantes, y en otras es válida para reducir sus perspectivas de éxito, bajo el presupuesto que la desventura difundida pase a formar parte del conjunto de las calamidades de las que, por lo general, debe hacerse cargo el mismo sujeto que las ha sufrido, o cualquier mecanismo alternativo a la responsabilidad civil⁽⁸⁴⁾. Lo mismo ocurre en el otro flanco, en donde la gran cantidad de demandados (efectivos o potenciales) puede soportar la debilidad de una concatenación etiológica, cuya unión de sus eslabones se encuentra asegurada por la habilidad de aquel que es llamado ante los tribunales a repartir/descargar el peso del resarcimiento con/sobre figuras anteriores, pero también puede, en diferentes ocasiones, ampliar la iniquidad de hacer responder a uno o a varios de los muchos que, en realidad, han contribuido a su realización⁽⁸⁵⁾.

Asimismo, el análisis causal también está iluminado por las respectivas capacidades de hacer frente a la obligación resarcitoria, con especial referencia a la variable de los seguros. En efecto, que la presencia de (o la posibilidad de obtener a un costo relativamente, esto es, respecto a la entidad del riesgo exiguo) una cobertura por los daños que se discuten en el proceso aquiliano, sea un elemento capaz de incidir en la imputación causal y, de manera general, en la atribución

(79) Por todos, HODGSON, Douglas. *Óp. cit.*; p. 129.

(80) WINIGER, Bénédict y OTROS. *Digest of European Tort Law*. I. Viena-Nueva York, 2007; p. 167; TOURNEAU, Philippe Le. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 7ta. edición. París, 2008; pp. 516 y 517; GREEN, Leon. *The Causal Relation Issue in Negligence Law*. En: *Michigan Law Review*. Volumen 60. 1962; pp. 552, 560.

(81) Por todos, MOORE, Michael. *Causation and Responsibility*. Oxford, 2009; p. 101.

(82) Rb. Mons, del 5 de octubre de 1951. En: *Ass. et resp.* 1952, 4948; Rb. Marche, del 7 de julio de 1939. En: *Bull. ass.*, 1940; p. 53, ambas referidas por PIRSON, Roger. *Droit belge de la responsabilité civile. Complément au Traité pratique de la Responsabilité civile de Henri Lalou*. 6ta. edición. París, 1964; p. 41.

(83) Trib. Lyon, del 19 de julio de 1894, en S., 1896; p. 2, 29, citada por RUTSAERT, Joseph. *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*. Bruselas-París, 1930; p. 31.

(84) Observaciones en la misma dirección en STAPLETON, Jane. *Legal Cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences*. En: *Vanderbilt Law Review*. Volumen 54, 2001; pp. 941, 1008 y 1009.

(85) QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; p. 104.

El derecho comparado de la causalidad aquiliana *Comparative Law of causation in Tort Law*

de la responsabilidad, es una cuestión incontrovertida. Sin embargo, si todos están de acuerdo sobre el hecho de que los argumentos asegurativos asumen una importancia propia en la evaluación etiológica, así como en el juicio reparatorio, la magnitud efectiva de aquella influencia sigue siendo ampliamente discutible⁽⁸⁶⁾. Por otra parte, debemos añadir que es poca la ayuda que se recibe de la praxis judicial en relación a la identificación precisa del rol desempeñado por las consideraciones de naturaleza asegurativa sobre el análisis de la causalidad y de la responsabilidad en su conjunto, la cual la mayoría de las veces se mantiene en silencio⁽⁸⁷⁾.

8. Conclusiones

El discurso apenas terminado se presta, evidentemente, a precisiones y desarrollos. Las puntualizaciones especificarían las formas en que los aspectos anteriormente referidos interactúan de manera diversa

entre sí, mientras que en la expansión de la serie recibirían mención los elementos ulteriores que, desde dentro o fuera del proceso, pueden agregar nuevas exigencias a la investigación etiológica. La lista sería extensa comprendiendo múltiples voces heterogéneas entre sí: desde la relación existente entre los litigantes, a la accesibilidad de remedios colaterales a la respuesta aquiliana; desde el comportamiento de las partes luego del ilícito, a la percepción que se tiene de los confines entre la adversidad y el arbitrio humano; desde la exigencia de mantener la integridad del sistema, a la consideración por el precio, social y administrativo, de la inclusión de ciertas consecuencias en la canasta de las voces resarcibles. No obstante, lo que por lo general importa (y profundizaciones y ramificaciones no afectarían las conclusiones) es que los elementos hasta aquí referidos son los ingredientes principales del juicio causal. Toda receta que prescindiera de ellos corre el riesgo de no comprender plenamente aquel juicio, ni -desde la perspectiva comparativa- las razones que los forjan dentro de los distintos sistemas. Toda receta que prescindiera de aquellos ingredientes no está en condiciones de guiar, ni al práctico ni al estudiante, a lo largo de las dinámicas que condicionan las decisiones causales y, por esta vía, la atribución de la responsabilidad. 

-
- (86) Cfr., en Francia, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Óp. cit.*; pp. 568-570; en Bélgica, DUBUISSON, Bernhard. *La responsabilité aquilienne. Deux cents ans après l'adoption du Code civil*. En: WIJFFELS, Alain (director). *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*. Bruselas, 2005; pp. 471, 477; respecto a Alemania, EBERT, Ina y Christian LAHNSTEIN. *Liability Insurance and Tort Law*. En: Munich Re. *Tort Law and Liability Insurance. An Intricate Relationship*. Múnich, 2007; pp. 8 y 9; en Inglaterra, LEWIS, Richard. *How Important Are Insurers in Compensating Claims for Personal Injury in the U.K.* 31 *Geneva Papers Risk Ins.* 2006; pp. 323 y subsiguientes; para los Estados Unidos, FLEMING, John. *Óp. cit.*; pp. 13 y 14; 21-24.
- (87) MARKESINIS, Basil. *Óp. cit.*; pp. 302 y 303; WAGNER, Gerhard. *Comparative Report and Final Conclusions*. En: WAGNER, Gerhard (editor). *Tort Law and Liability Insurance*. Viena-Nueva York, 2006; pp. 309, 317; DUFWA, Bill. *Insurance in a European Tort Law Perspective*. En: BUSSANI, Mauro (editor). *Óp. cit.*; pp. 135 y 136.