
Incertidumbre causal^{*-**}

» ERNEST J. WEINRIB^{***}

RESUMEN. Este artículo examina, desde el punto de vista de la justicia correctiva, tres situaciones básicas de incertidumbre causal en la responsabilidad por culpa. En la primera situación, la incertidumbre consiste en determinar cuál de los posibles demandados causó injustamente el daño. En la segunda, la incertidumbre reside en si la lesión resultó del aspecto lícito o injusto de la actividad del demandado. En la tercera, la incertidumbre radica en si, por la negligencia del demandado, no se evitó la materialización de un riesgo independiente y preexistente. Al ver a las partes como autora y víctima de la misma injusticia, la justicia correctiva confirma la centralidad de la causalidad en la responsabilidad por culpa. El artículo

* Fecha de recepción: 12 de marzo de 2025. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2025.

Para citar el artículo: Weinrib, E. J., “Incertidumbre causal”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 49, julio-diciembre 2025, 175-211. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.49.06>.

** El artículo original fue publicado en Weinrib, E., “Causal Uncertainty”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36, n.º 1, 2016, 135-164, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqv020>. Traducción de Alexander Vargas Tinoco, docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia, miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma universidad. Contacto: alexander.vargas@uexternado.edu.co

El material de este artículo formó parte de una de las conferencias jurídicas Clarendon acerca de “La jurisprudencia de la justicia correctiva”, dictadas por el autor en la Universidad de Oxford en noviembre de 2014. Las versiones anteriores de las ideas de este artículo se presentaron en el Grupo de Debate sobre Derecho y Filosofía de la Universidad de Toronto, en conferencias en la Universidad de Macquarie y la Universidad de Western Ontario, así como en talleres en las facultades de Derecho de la Universidad de Tel Aviv y la Universidad Hebrea de Jerusalén. El autor manifiesta su agradecimiento por los comentarios de aquellos que participaron en estos eventos y, en particular, su deuda con Bruce Chapman y Ariel Porat, por la amplia discusión de la causalidad a lo largo de muchos años.

*** Universidad de Toronto, Toronto, Canadá; profesor de Derecho Cecil A. Wright. Universidad de Tel Aviv, Tel Aviv, Israel; profesor Sackler de Derecho. Doctor en Derecho, Harvard University, Cambridge, Estados Unidos. Contacto: e.weinrib@utoronto.ca Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-3083-2442>.

muestra, no obstante, cómo estas tres situaciones de incertidumbre se pueden resolver dentro del marco de la justicia correctiva. Además, lo que emerge del análisis de la justicia correctiva es que la incertidumbre causal no es un problema homogéneo; su solución varía según el tipo de situación en la que surge.

PALABRAS CLAVE: justicia correctiva, incertidumbre causal, *Cook v Lewis*, responsabilidad por cuota de mercado, *McGhee v Coal Board*, pérdida de oportunidad.

Causal Uncertainty

ABSTRACT. This article examines, from the standpoint of corrective justice, three basic situations of causal uncertainty in the law of negligence. In the first situation the uncertainty is about which of the possible defendants wrongfully caused the injury. In the second situation the uncertainty is whether the injury resulted from the innocent or the wrongful aspect of the defendant's activity. In the third situation the uncertainty is whether the defendant's negligence failed to prevent the materialisation of an independently existing risk. In viewing the parties as the doer and the sufferer of the same injustice, corrective justice confirms the centrality of causation to negligence liability. The article shows, nonetheless, how these three situations of uncertainty can be resolved within the corrective justice framework. Moreover, what emerges from the corrective justice analysis is that causal uncertainty is not a homogeneous problem; its solution varies with the kind of situation in which the uncertainty appears.

KEYWORDS: Corrective justice, causal uncertainty, *Cook v Lewis*, market share liability, *McGhee v Coal Board*, loss of chance.

SUMARIO: I. Incertidumbre causal y justicia correctiva. II. Identificando al agente dañador: el caso de los cazadores. III. Continuidad remediadora. IV. Responsabilidad por cuota de mercado. V. La ilicitud del daño. VI. Pérdida de oportunidad. Conclusiones. Referencias.

I. Incertidumbre causal y justicia correctiva

En 1948, el padre de la responsabilidad civil canadiense moderna, el decano Cecil A. Wright, advirtió que “causa y efecto son puras cuestiones de hecho. ¿Causó el demandado la lesión de la que el demandante se queja? En ningún caso entre mil se cuestiona que así fue”¹. Con respecto a la incertidumbre acerca de

1 Wright, C. A., “The Law of Torts 1923-1947”, *Canadian Bar Review*, n.º 26, 1948, 46-58.

la causalidad, esta afirmación, aparentemente hecha por la infrecuencia de casos problemáticos, también refleja la asunción de que el problema mismo estaba relativamente contenido. Incluso, dos décadas después, en la última edición de su libro de recopilación de casos de responsabilidad civil, Wright destacó solo uno –*Cook v Lewis*²– relacionado con este tema.

Esta falta de preocupación acerca de la incertidumbre causal, comprensible en ese momento, es inimaginable hoy. Durante más de cuatro décadas, los casos difíciles han azotado los tribunales en todo el mundo en el *common law*. Concomitantemente ha aparecido una vasta y sofisticada literatura académica. La prueba de la causalidad fáctica ahora quizás se clasifique como el tema general más problemático en la responsabilidad por culpa. Un rápido vistazo de la jurisprudencia sobre este tema revela la perplejidad que la incertidumbre causal ha ocasionado en varias jurisdicciones. Algunos de los indicadores relevantes de esta perplejidad han sido: el controvertido aumento y limitación de la responsabilidad por cuota de mercado en los Estados Unidos³; la maraña de casos y doctrinas en Inglaterra, que genera comentarios sobre asuntos tan oscuros como “la excepción *Fairchild* a la aplicación del caso *McGhee*”⁴; dos esfuerzos recientes, no del todo exitosos, de la Corte Suprema de Canadá para resumir y aclarar su propio enfoque⁵; y un importante juicio de reflexión ejemplar por parte de una Corte Suprema de Israel dividida⁶.

Esta incertidumbre sobre la incertidumbre causal surge de la dificultad de reconciliar dos estímulos contrarios. Por un lado, tanto la centralidad de la causalidad en la responsabilidad por culpa como la carga del demandante de probar tal causalidad son universalmente reconocidas. Por otro lado, los tribunales y los comentaristas reconocen que, bajo ciertas circunstancias, insistir en que el demandante pruebe la causalidad conlleva una injusticia. Estos dos impulsos reflejan la interacción problemática de la doctrina tradicional sobre la causalidad con la creciente sofisticación causal del mundo contemporáneo.

Este artículo señala el camino que la justicia correctiva ofrece en medio de este enredo del derecho. A primera vista, la justicia correctiva puede parecer el problema en lugar de la solución. Debido a que es el marco más tradicional para

-
- 2 Canadá. Corte Suprema, *Cook v Lewis*, 1951 [SCR] 830, en Wright, C. A., *Cases on the Law of Torts*, 4.ª ed., Toronto, Butterworth, 1967, 249-254 (en la sección sobre *res ipsa loquitur*). Según se cuenta, el autor de la opinión más influyente en el caso, el juez Cartwright, llegó a Toronto para consultar a Wright al respecto, y fue Wright quien le guió a los casos paralelos de Estados Unidos.
 - 3 Bernstein, A., “*Hymowitz v Eli Lilly and Co: Markets of Mothers*”, en Rabin, R. y Sugarman, S. D. (eds.), *Tort Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2003, 151.
 - 4 Reino Unido. Cámara de los Lores, *Barker v Corus* [2006] UKHL 20, 2 AC 572.
 - 5 Canadá. Corte Suprema, *Resurfice v Hanke* [2007] 1 SCR 333; Canadá. Corte Suprema, *Clements v Clements* [2012] 2 SCR 181.
 - 6 Israel. Corte Suprema, *Carmel-Haifa Hospital v Malul* FH 4693/05, 29 de agosto de 2010.

entender el derecho privado, la justicia correctiva parece ser más pertinente para los requisitos tradicionales de causalidad y prueba que el interés más reciente en sus excepciones. Esto por dos razones. Primero, la justicia correctiva presenta la relación de derecho privado correlativamente estructurada: las partes están conectadas únicamente como autora y víctima de la misma injusticia. En una demanda de responsabilidad por culpa, la causalidad es el mecanismo que vincula lo que el demandado en particular ha hecho con lo que el demandante en particular ha sufrido. La justicia correctiva es particularmente resistente al razonamiento que evade, ignora o desprecia este mecanismo. En segundo lugar, la justicia correctiva es un marco de derechos en el que la injusticia es entendida como una incoherencia, imputable al demandado, con algún derecho del demandante. Dentro de este marco, los derechos son los marcadores normativos de la libertad recíproca de todos. Del lado de los demandantes, esta libertad consiste en disfrutar de los derechos de propiedad e integridad personal sin interferencia ilícita de otros. Del lado del demandado, no solo se trata de que las acciones de uno se limiten exclusivamente a esos derechos, sino también de que se le tenga a uno como responsable solo por lo que se ha probado que ha hecho⁷. La sola alegación del demandante es insuficiente para hacer que la ley se imponga a la libertad del acusado a través de la responsabilidad. Así, la justicia correctiva explica la centralidad de la causalidad y la carga de la prueba del demandante, pero parece mal equipada para tratar las circunstancias bajo las cuales la carga de la prueba de la causalidad debe ser flexibilizada.

Además, una consecuencia de la bilateralidad de la justicia correctiva es que algunas de las herramientas innovadoras ideadas por los comentaristas contemporáneos no están disponibles para hacer frente a los problemas que el marco tradicional genera. En particular, la incertidumbre no puede abordarse tratando la causalidad como perteneciente a grupos, ya sea de demandantes o de demandados, y luego aplicando nociones distributivas a estos grupos. La justicia correctiva no es justicia distributiva. En tanto construcción teórica que representa de manera más abstracta la coherencia bipolar del razonamiento del derecho privado, la justicia correctiva no se preocupa de la distribución de cargas o beneficios entre los miembros de un grupo. En cambio, opera individualmente en lugar de colectivamente. Por lo tanto, refleja la individualidad de la responsabilidad misma, que conecta directamente a un demandante en particular con un demandado en particular. El razonamiento implícito en esa conexión no conecta a un demandado con un grupo de demandantes, o a un demandante con grupos de demandados, o a grupos de demandantes con grupos de demandados. Bien puede suceder que el acusado haya sido negligente respecto de varios demandantes, pero, bajo la justicia correctiva, el demandado está en una relación bilateral con cada uno de ellos individualmente, y no con la

7 Kant, I., *Metaphysics of Morals*, Gregor, M. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 238.

totalidad de los demandantes como grupo⁸. En consecuencia, las consideraciones relativas a la responsabilidad no se basan en lo que el demandado ha hecho a un grupo de demandantes, o lo que un demandante ha sufrido a manos de un grupo de demandados. Lo que se debe mostrar con respecto a cada emparejamiento bilateral es que el riesgo irrazonable creado por un demandado particular ha madurado en un daño para un demandante en particular. Por lo tanto, si diferentes demandados crean riesgos para diferentes demandantes en circunstancias que impidieron el emparejamiento de demandantes y demandados individualmente, la incertidumbre causal resultante no puede ser resuelta como una cuestión de justicia correctiva, haciendo responsables a los demandados colectivamente ante los demandantes, y distribuyendo proporcionalmente las indemnizaciones dentro de los grupos⁹.

No obstante, como espero mostrar, la justicia correctiva, con su énfasis en la correlatividad y el rol de los derechos, tiene los recursos para abordar los temas difíciles planteados por la incertidumbre causal. De hecho, la justicia correctiva tiene la ventaja de hacerlo y preservar por completo el marco tradicional de la responsabilidad civil. Así, uno no necesita considerar la idea de que la incertidumbre causal es una angosta brecha que puede expandirse y alterar toda la estructura normativa del derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Aunque la incertidumbre causal presente problemas especiales, estos son inteligibles dentro del aparato conceptual del derecho de daños, y no como presagio de un punto de vista externo a él.

La justicia correctiva es una idea estructurada moderadamente que presenta la coherencia de la relación demandante-demandado en términos de un hacer del demandado y el padecer del demandante de una misma injusticia. En el contexto del ilícito civil, esta injusticia es concebida como un actuar del demandado inconsistente con un derecho del demandante. Debido a que la incertidumbre causal surge precisamente en el punto de conexión entre lo que ha hecho el demandado

8 Este punto no se ve afectado por la existencia de acciones de grupo. Las acciones de grupo son procedimientos de conveniencia bajo los cuales se deciden una pluralidad de demandas individuales similares en una sola vía litigiosa. El procedimiento no cambia la base individualizada de la responsabilidad.

9 Esta restricción se aplica al problema tanto de los demandados indeterminados (cuando es imposible determinar cuál de los demandados lesionó injustamente al demandante) como de los demandantes indeterminados (en los que es imposible determinar cuál de las partes lesionadas fue víctima de un ilícito civil, aunque uno puede suponer razonablemente que al menos algunos de ellos lo fueron). Los casos de cuota de mercado de DES, que se analizan a continuación en la sección IV, ejemplifican el primero. En cuanto al último, el vicepresidente Rivlin, en el caso *Malul* (Israel. Corte Suprema, *Carmel Hospital Haifa v Malul*, CH 4693/05, cit.), propuso una responsabilidad proporcional cuando la actividad negligente del demandado implicara una “tendencia recurrente” a dañar en circunstancias en las que ninguno de los demandantes individualmente pueda probar la causalidad del acusado en el balance de probabilidades. Rivlin, vicepresidente del tribunal, explicó que esto concuerda con la justicia correctiva si uno mira “a la imagen en su totalidad y no solo a la pretensión aislada que el demandante en particular presenta ante el tribunal” (párr. 52). Dicha visión difiere de la concepción de justicia correctiva presentada aquí.

y la violación del derecho que el demandante ha sufrido, el enfoque de la justicia correctiva se centra en la interpretación que hace el derecho de la conducta del demandado o del derecho del demandante, o de ambos. De hecho, gran parte de la discusión que sigue trata del rol y de la forma de los derechos cuando la causalidad es incierta. En línea con la centralidad de los derechos en la justicia correctiva, la causalidad aquí se refiere, no simplemente a ocasionar una pérdida, sino a la lesión de un derecho.

Este artículo se refiere a tres problemas básicos de incertidumbre causal en la responsabilidad por culpa. Uno de ellos surge cuando un demandante injustamente dañado no puede probar quién fue el causante del daño. Este es el problema de identificar al dañador. El ejemplo clásico es el caso de la víctima que negligentemente es herida en un accidente de caza, que no puede probar cuál de los otros cazadores efectuó el disparo que le hirió¹⁰. Los otros dos problemas surgen cuando el demandante no puede probar que la conducta culpable del demandado, y no un factor concurrente lícito, fue la causa de la lesión. La cuestión allí es saber si el daño fue el resultado del factor ilícito o del lícito. Un factor lícito que se origina en la actividad del acusado implica un problema. En la jurisprudencia contemporánea de la Mancomunidad este problema tomó importancia en el caso *McGhee v Coal Board*¹¹, en el que un empleado alegó que la dermatitis que padecía había sido causada por la culpa de su empleador al no instalar duchas, aunque no pudiese demostrar que no habría contraído dermatitis si se hubiese duchado. El otro problema es resultado de la presencia de un factor lícito que surge independientemente de la actividad del acusado. El ejemplo paradigmático es el diagnóstico erróneo realizado por el demandado respecto de una condición médica de la cual el paciente probablemente no se habría recuperado¹².

Es importante reconocer que estos son problemas diferentes. Pueden parecer similares, porque todos implican la evaluación de la incidencia causal de la culpa del demandado en el contexto de otros factores potencialmente causantes; esto es, de hecho, lo que los convierte en problemas de incertidumbre causal. Pero hay una diferencia crucial entre la incertidumbre respecto de los agentes negligentes y la incertidumbre sobre si la causalidad provino de la culpa o de un factor lícito. En la primera situación los demandados han actuado incorrectamente ante el demandante en circunstancias en las que los efectos de su negligencia no pueden esclarecerse separadamente. El problema aquí se centra en las consecuencias de su conducta injusta y en el tipo de lesión que cada uno de ellos causó al demandante. En las dos últimas situaciones existe la posibilidad de que el demandante lesionado no haya sido víctima de un ilícito civil en lo absoluto. El problema en

10 Estados Unidos. Corte Suprema de Mississippi, *Oliver v Miles* 110 So 666 (1927 MS); Estados Unidos. Corte Suprema de California, *Summers v Tice* 199 P 2d 1 (1948 CA); *Cook v Lewis*, cit.

11 Reino Unido. Cámara de los Lores, *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 WLR 1 (HL).

12 Canadá. Corte Suprema, *Laferrrière v Lawson* [1991] 1 SCR 541.

ellas se centra en la conexión, si la hay, entre la acción incorrecta del acusado y la supuesta licitud de los factores causales que están en juego. En términos de justicia correctiva, que se ocupa del hacer y el sufrir de una misma injusticia, la diferencia entre los tres problemas puede formularse en estos términos: el primero es sobre la interpretación jurídica del daño causado al demandante; el segundo es sobre la interpretación jurídica del hacer del demandado; y el tercero es sobre la interpretación jurídica del derecho que surge de la interacción de las partes como autora y víctima.

No reconocer la diferencia entre estos problemas ha contribuido a la confusión acerca de la incertidumbre causal. Esto es especialmente evidente en conexión con los dos primeros problemas. Una razón por la cual la jurisprudencia inglesa está hecha un lío es porque emplea juicios sobre el segundo problema para abordar los problemas que surgen bajo el primero¹³. Por el contrario, la jurisprudencia canadiense trata el primer problema como paradigmático y luego margina el segundo¹⁴. La claridad sobre el carácter distintivo de los problemas es un desiderátum tanto práctico como teórico.

En cualquier caso, mi estrategia aquí es alejarme de la extensa y ramificada jurisprudencia que se ha desarrollado en las últimas décadas. En cambio, me centraré en las situaciones básicas representadas en los casos paradigmáticos a partir de los cuales esa jurisprudencia ha sido elaborada. Si, como acabo de sugerir, la jurisprudencia en varias jurisdicciones se ha extraviado al ignorar las distinciones entre estas situaciones, poco se puede progresar tomando dicha jurisprudencia como el punto de partida para el análisis. Más prometedor resulta un reexamen de los contornos normativos de las situaciones básicas en sí mismas. Esto es lo que intento aquí. Los contornos normativos en cuestión son aquellos de la justicia correctiva, que en mi perspectiva proporciona la única comprensión general plausible de las relaciones de derecho privado¹⁵.

13 Los casos que tratan del mesotelioma que aparece después de las exposiciones sucesivas al asbesto, comenzando con el de la Cámara de los Lores del Reino Unido, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32, son variantes del primer problema, dada la posibilidad de que cualquier exposición cause la enfermedad de forma independiente. Sin embargo, el análisis de la Corte comienza con el caso *McGhee*, que ejemplifica el segundo problema. La naturaleza problemática de las decisiones inglesas sobre el mesotelioma se ha reconocido claramente por lord Hoffmann en “Fairchild and After”, en Burrows, A.; Johnston, D. y Zimmermann, R. (eds.), *Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 63.

14 En *Clements v Clemens*, cit., la Corte Suprema de Canadá trató el caso de los cazadores como el único ejemplo bien establecido de inversión de la carga de la prueba de la causalidad. Allí dispuso una versión temprana de su juicio en *Walker Estate v York Finch Hospital* [2001] SCR 647, que parece plantear el segundo problema (véase la sección V) como un problema que no plantea en absoluto una cuestión de incertidumbre.

15 Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 y Weinrib, E., *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 78-98.

Antes de pasar a estas situaciones, quizás valga la pena enfatizar que el propósito de la presente discusión es ubicar el tratamiento adecuado de la incertidumbre causal dentro del marco de la justicia correctiva. Esto no resuelve la incertidumbre misma. En lo que sigue se asume que la incertidumbre ha sobrevivido al proceso de búsqueda de los hechos, sin importar cuán arduo haya sido ese proceso¹⁶. Mi argumento llama la atención sobre las operaciones conceptuales relativas a la incertidumbre causal de una manera que concuerde con la justicia correctiva. Si bien estas operaciones conceptuales pueden dar lugar a conclusiones sobre la responsabilidad, por supuesto que no generan conocimiento de lo desconocido.

II. Identificando al agente dañador: el caso de los cazadores

El escenario de los múltiples cazadores plantea un enigma bien conocido: ¿cómo hace un tribunal para tratar la causalidad fáctica cuando el demandante no puede probar qué cazador efectuó el único disparo que le dañó? *Cook v Lewis*¹⁷, la versión canadiense del caso, es quizás la más instructiva de los varios que han tratado este escenario. El caso ofrece una variedad de soluciones. La tesis disidente defendió la tradicional carga de la prueba: en ausencia de los cazadores implicados en una iniciativa conjunta, la acción debe ser desestimada. En contraste, los otros jueces estuvieron dispuestos a que el demandante tuviese éxito, incluso si no podía identificar al cazador que le disparó. El juicio mayoritario presentado por el juez Cartwright sostuvo que, si ambos cazadores dispararon negligentemente en la dirección del demandante, ambos debían ser responsabilizados, incluso si el juzgador del hecho no pudiese determinar cuál de los dos efectuó el disparo que produjo la herida. El juez Rand, probablemente el juez más importante en la historia de Canadá, fue incluso más allá. En una sentencia coincidente, trasladó la carga de la prueba a los demandados, con el resultado de que ambos cazadores pueden ser declarados responsables si el disparo de cualquiera de ellos puso negligentemente en peligro al demandante.

Existe una diferencia peculiar entre las sentencias de Cartwright y Rand. Cartwright acudió a la jurisprudencia estadounidense para formular una regla que obtuvo una amplia aceptación y, como era de esperar, coincidió con la regla que posteriormente adoptó el *Restatement (Second) of Torts*¹⁸. Sin embargo,

16 Este proceso ha sido iluminado por el trabajo de Russell Brown; véase Brown, R., “The Possibility of Inference Causation: Inferring Cause-in-Fact and the Nature of Legal Fact-Finding”, *McGill Law Journal*, vol. 1, n.º 55, 2010, 1-45.

17 *Cook v Lewis*, cit.

18 American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Torts*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1965, s 433B (3): “Cuando la conducta de dos o más agentes sea ilícita, y se pruebe que solo uno de ellos causó daño al demandante, pero no haya certeza sobre cuál lo haya causado, la carga recae sobre cada agente para demostrar que no ha causado el daño”. Véase American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (2005), s 28(b).

el razonamiento que ofreció en apoyo de su conclusión era insuficiente¹⁹. Rand, por otro lado, propuso una regla que ha sido en gran parte rechazada, pero la apoyó brillantemente exponiendo la idea de una interferencia con el derecho al remedio del demandante. Para añadir polémica a esta diferencia en sus sentencias, está el hecho curioso de que la Corte Suprema de Canadá, aunque siempre profesa adhesión a la regla de Cartwright, en ocasiones ha suscrito al razonamiento de Rand²⁰.

Una vez que se descartan las invocaciones poco elaboradas sobre equidad o justicia²¹, ¿qué se puede decir a favor del enfoque de Cartwright? Este asunto se ha mostrado sorprendentemente difícil de responder. Hace mucho tiempo, Glanville Williams respaldó la opinión de que el derecho prefiere un 50 por ciento de probabilidad de hacer justicia a la certeza de cometer una injusticia²². Esta afirmación refleja el punto de vista del demandante. Por otra parte, desde el punto de vista del demandado que no ha dañado, uno podría igualmente decir que Cartwright comete una injusticia al permitir que el no dañador sea considerado responsable y diluir la justicia que hay en el requisito estándar de la prueba de la causalidad. Williams es consciente, acertadamente, de la centralidad de la lesión injusta del demandante, pero su formulación no supera la de una perspectiva unilateral de la relación entre las partes.

Otros han supuesto que la característica crucial es que no haya más que dos tiradores negligentes ante el tribunal²³. En esas circunstancias, cada tirador tiene una probabilidad del 50 por ciento de haber efectuado el disparo dañador. Una inversión judicial de la carga de la prueba tiene sentido, simplemente porque cambia la regla de desempate probatorio en favor de la víctima inocente y en contra de los tiradores negligentes. En lugar de que el demandante tenga que probar la identidad del tirador en el balance de probabilidades, ahora cada demandado tiene que refutar su propio disparo en el balance de probabilidades. Sin embargo, esta función de desempate no es aplicable si hay tres (o más) tiradores, pues en tal caso cada tirador, teniendo no más del 33 por ciento de probabilidad de haber efectuado el disparo dañador, podrá probar siempre que es más probable que no haya causado el daño y que uno de los otros cazadores sí lo haya hecho.

Este argumento, no obstante, no es convincente. El problema de *Cook v Lewis*, y casos similares, resulta de la multiplicidad, no de la dualidad de tiradores. Si

19 En su mayor parte, Cartwright cita el caso paralelo *Summers v Tice*, en California, pero luego, antes de anunciar su regla, afirma que “no cree que sea necesario decidir si todo lo dicho en *Summers v Tice* debe aceptarse como vigente en el derecho de British Columbia” (842).

20 Canadá. Corte Suprema, *Hollis v Dow Corning Corp* [1995] 4 SCR 634.

21 American Law Institute, *Restatement (Second) of Torts*, cit., 446.

22 Williams, G., “Case Comment on *Cook v Lewis*”, *Canadian Bar Review*, vol. 31, 1953, 315-317.

23 Goldberg, J. y Zipursky, B., *The Oxford Introductions to US Law: Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 165; Ripstein, A. y Zipursky, B., “Corrective Justice in the Age of Mass Torts”, Postema, G. J. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 214, 240-244.

el propósito de la doctrina es evitar que el demandante sea perjudicado por el infortunio de un segundo tirador negligente, es difícil ver por qué un tercer o cuarto tirador negligente debe provocar que la carga de la prueba se invierta al demandante. Asumiendo que cada tirador adicional torna la prueba más difícil, dicha regla tendría el extraño resultado de privar al demandante de su beneficio a mayor necesidad de este. Uno pensaría que la explicación requerida de la doctrina debería tener que ver con la naturaleza del evento: la culpa de los tiradores y la lesión injusta de la víctima a manos de uno de ellos, más que con la limitación del número de tiradores a dos²⁴.

No obstante, desde el punto de vista de la justicia correctiva, la regla propuesta por Cartwright es la apropiada. Sugiero, sin embargo, que los recursos teóricos para apoyarla provienen del juicio de Rand, a pesar de que el propio Rand haya propuesto una regla diferente. Es a Rand a quien ahora vuelvo.

El tema de la sentencia de Rand es que el demandante herido no solo tiene un derecho sustantivo a la integridad corporal, sino también un derecho remedial a establecer la responsabilidad por las lesiones injustas. La formulación del argumento de Rand es extremadamente abstracto y elusivo, pero lo que parece tener en mente es algo como esto: disparando al mismo tiempo, los cazadores hicieron imposible separar los efectos individuales de sus acciones. Puesto que el demandante fue injustamente baleado por uno de los cazadores, esta destrucción del poder probatorio del demandante fue un menoscabo a su derecho al remedio. Además, el menoscabo fue negligente, porque cada cazador sabía o debería haber sabido de los disparos casi simultáneos del otro. Por lo tanto, incluso si solo uno de los cazadores puso en peligro negligentemente el derecho sustantivo del demandante a la integridad corporal, ambos habrían perjudicado negligentemente el derecho remedial del demandante a presentar pruebas. La consecuencia jurídica de esto es en sí misma remediadora; la carga de la prueba se desplaza desde el demandante inocente a los demandados que culposamente destruyeron la prueba. Si los acusados no pueden satisfacer esta carga de exculpación, ambos deben ser considerados responsables, porque ninguno de los dos desvirtuó que su disparo fuera el dañador.

El argumento es brillante y fantasioso. La brillantez radica en la implacabilidad con la que Rand identifica y se centra en el *quid* del asunto –la imposibilidad de la prueba–, e intenta construir categorías jurídicas que se entrelazan en la estructura de los derechos e injustos entre las partes. El brillo, sin embargo, es superado por lo fantasioso. Rand nos pide que imaginemos que cada miembro de una partida de caza debe ser capaz de prever que otro de los miembros de su partida puede disparar aproximadamente al mismo tiempo, y por esto, cuando los árboles están llenos de cazadores, uno de los miembros de su partida podría

24 Tanto el *Restatement (Second) of Torts*, cit., como el *Restatement (Third) of Torts*, cit., 420, 482-483, especifican que la regla aplica cuando hay más de dos agentes negligentes.

impactar negligentemente a un miembro de otra partida; cada cazador debería estar al tanto de la posibilidad de litigio y debería dejar espacios entre sus disparos y los de los otros, en aras de no interferir con el derecho remedial que cada persona lesionada podría querer afirmar en un juicio subsiguiente. El no tener esto en mente y actuar sobre este posible despliegue de eventos sería considerado una culpa que llevaría, en cuanto el demandante haya sido baleado negligentemente por alguno, a cada tirador simultáneo a ser responsable de la lesión, sin importar cuán seguro fue su propio disparo.

Una característica extraña de la posición de Rand es que contempla una doble culpa: una con respecto al derecho sustantivo y otra con respecto al derecho al remedio. Su razonamiento no funciona a menos que uno de los cazadores haya lesionado negligentemente al demandante. Entonces, el deterioro culpable del derecho al remedio resuelve la dificultad de identificar al tirador, cambiando la carga probatoria de la víctima a los tiradores. En su razonamiento, la culpa hacia el derecho al remedio va de la mano con la noción de que solo uno de los tiradores tuvo que haber disparado negligentemente en la dirección del demandante. Porque si el otro tirador no perjudicó negligentemente el derecho sustantivo disparando en la dirección del demandante, el requisito de culpabilidad solo podría ser satisfecho si se ha lesionado negligentemente el derecho al remedio. De allí surge la necesidad de la simultaneidad de los disparos, que hace a cada tirador negligente hacia el derecho al remedio de la víctima al no actuar según la posibilidad de que, si uno de ellos dispara de manera negligente, la víctima tendrá dificultades para demostrar quién fue.

Esta concepción de culpa frente al derecho al remedio no solo es artificial, sino también poco atractiva normativamente. Parece difícil de creer que el caso deba ser tratado de manera diferente si los dos tiradores hubiesen estado en diferentes grupos de caza y desconocieran la existencia del otro²⁵. ¿Y si solo un tirador fuera consciente del otro? ¿Tendríamos que suponer que es remedialmente negligente para un cazador no darse cuenta del otro porque entonces podrían disparar al mismo tiempo y perjudicar la posibilidad de señalar el deterioro del derecho al remedio? En este punto, toda la línea de pensamiento parece asemejarse a una caricatura de Rube Goldberg.

Al sostener que un acusado puede ser remedialmente negligente sin ser sustancialmente negligente, Rand trata el derecho al remedio como independiente del derecho sustantivo. En las circunstancias específicas del caso, uno de los infractores del derecho al remedio también infringió el derecho sustantivo. Sin embargo, el postulado de un derecho remedial independiente tendría una

25 En el Tribunal de Apelaciones de Quebec, *Saint-Pierre v McCarthy* [1957] Que. Rep. 421 (BR), dos comerciantes que habían vendido munición a un grupo de niños fueron considerados responsables a pesar de que el demandante no pudo probar cuál comerciante había vendido la bala que causó la lesión. Ninguno de los comerciantes estaba al tanto de la venta por parte del otro.

implicación más amplia: cualquier persona cuya culpa hiciera imposible probar el caso del demandante contra otra persona sería responsable civilmente, incluso aunque fuese inocente de la culpa sustantiva que yace en la raíz de la causa del demandante. Por ejemplo, una enfermera cuya negligencia en llevar anotaciones adecuadas hiciera imposible determinar si la muerte de un paciente se debió a una mala práctica médica sería responsable por interferir con el derecho al remedio del demandante. La Corte Suprema de Canadá sostuvo otra cosa, sobre la base de que “no debe haber solamente una negligencia, sino una negligencia que cause daño, antes de que pueda haber indemnización”²⁶. Implícitamente esto niega que la interferencia negligente con un derecho al remedio sea la base independiente de una causa para demandar. Por otra parte, lo implausible de dicha causa se confirma por la incertidumbre respecto de si la pérdida intencional de la prueba constituye un ilícito civil²⁷.

¿Puede uno mantener el brillo de la atención de Rand en el derecho remedial y descartar lo fantasioso de hacer depender la responsabilidad en la culpa hacia tal derecho? Dado que la culpa es un requisito para la responsabilidad, la única culpa en juego sería la culpa hacia el derecho sustantivo, por la cual ambos tiradores tendrían que ser culpables en caso de ser considerados responsables. Esta, por supuesto, es la regla de Cartwright. La pregunta es: ¿el papel del derecho al remedio ayuda a justificar la regla anunciada por Cartwright, que de otro modo no tendría respaldo?

III. Continuidad remediadora

Subyacente a estas preguntas, en el caso de los cazadores está la cuestión más profunda de cómo conceptualizar la relación de los derechos al remedio con los derechos sustantivos. El enfoque de la justicia correctiva a esta pregunta presenta lo que se puede llamar la tesis de la continuidad remediadora²⁸. Bajo esta tesis, el remedio es simplemente la continuación del derecho. El derecho del demandante a lo que es legítimamente suyo sobrevive a la lesión sufrida injustamente a manos del demandado y, entre las partes, toma la forma del derecho del demandante al remedio. El remedio, como lo expresó Learned Hand, está destinado a reemplazar el derecho del demandante y ser su equivalente²⁹.

26 Canadá. Corte Suprema, *Joseph Brant Memorial Hospital v Koziol* [1978] 1 SCR 491.

27 Canadá. Tribunal de Apelaciones de Alberta, *McDougall v Black & Decker of Canada* [2008] 302 DLR (4th) 661 (ABCA); Canadá. Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Spasic Estate v Imperial Tobacco* [2000] 188 DLR (4th) 577 (OCA).

28 Weinrib, E., *Corrective Justice*, cit., 78-98.

29 Hand, L., “Restitution or Unjust Enrichment”, *Harvard Law Review*, vol. 11, 1897, 240-256. Una posición similar se encuentra en la afirmación de lord Neuberger, M. R., en “*Wright v Cambridge Medical Group* EWCA Civ 669”, *Medical Law Review*, 2011, 496, 60, según la cual “una

En este sentido, la tesis de la continuidad remediadora trata el derecho al remedio, no como una forma separada del derecho sustantivo sino, en cuanto se refiere a la relación entre el demandante en particular y el demandado, como su continuación. Allí, el único derecho que hay es uno que incluye dos aspectos para diferentes etapas de la relación entre las partes. Este derecho comprende, no solo la integridad física, que es el objeto de lo que Rand llama “el derecho sustantivo”, sino también el derecho al reconocimiento judicial de una indemnización de parte de cualquier persona que viole injustamente esa integridad física (el “derecho al remedio” de Rand). Así, la existencia de un derecho a la integridad corporal no llega a su fin con la lesión que lo infringe injustamente, sino que continúa (entre transgresor y víctima) en una forma diferente, asumiendo la forma de un derecho a recibir del transgresor el equivalente de lo que fue lesionado. La vindicación del derecho a través de la adjudicación de un remedio que va del demandado al demandante da fe de la existencia continua del derecho entre las dos partes, y sería inconcebible sin ella.

La continuidad remediadora es lo suficientemente clara cuando se conoce al responsable del injusto, porque es respecto de ese dañador que el derecho a la integridad corporal toma la forma de un remedio. En el caso de los cazadores, por supuesto, la identidad del dañador no es conocida. No obstante, sugiero que la tesis de la continuidad remediadora proporciona un marco apropiado incluso en ese contexto.

Cuando uno considera que el derecho sustantivo y el derecho al remedio forman un solo derecho continuo, la trivialidad de la separación entre el injusto y el derecho al remedio se vuelve aparente. Una vez que los demandados han actuado negligentemente hacia el derecho sustantivo (por ejemplo, al disparar en la dirección del demandante), no se requiere más negligencia. Si los demandados también fueron negligentes al menoscabar el derecho del demandante a un remedio (por ejemplo, por disparar todos al mismo tiempo) es irrelevante.

La ubicación de la culpa constituye una diferencia significativa entre la concepción de Rand del derecho al remedio y la tesis de la continuidad remediadora. Al asociar la negligencia de los tiradores con el impedimento del derecho al remedio de la víctima, Rand interpreta ese deterioro como un tipo de injusto en sí mismo, cuya culpabilidad puede ser imputada. Esto no sucede en la tesis de la continuidad remediadora. El aspecto remediador del derecho no es un derecho independiente por su cuenta, respecto del cual se puede ser negligente. Más bien, surge en respuesta a, y es continuación de, el injusto realizado al aspecto sustantivo. Como aspectos diferentes del *mismo* derecho, su continuidad refleja la supervivencia del derecho del demandante contra el demandado después de la ocurrencia del injusto; dentro de esta secuencia no existe una interrupción en el gobierno del derecho sobre la

indemnización por negligencia clínica es, en un sentido, el equivalente jurídico del tratamiento clínico adecuado”.

relación de las partes. Sin duda, como aspectos *diferentes* del mismo derecho, el aspecto sustantivo y el aspecto remedidor tienen diferentes características, al igual que los objetos físicos difieren en diferentes etapas de su existencia. El derecho sustantivo de una persona a la integridad física, por ejemplo, es oponible contra todo el mundo, mientras que el remedio es exigible solo contra el transgresor. Del mismo modo, la conducta requerida por el aspecto sustantivo es la abstención de la interferencia ilícita con él, mientras que la conducta requerida por el aspecto remedidor es el pago de una indemnización. Estas diferencias simplemente marcan el efecto cristalizador del injusto en cuanto a la manera como el derecho relaciona a las partes una con la otra. Puesto que el aspecto remedidor del derecho es la continuación del aspecto sustantivo después del injusto, el aspecto remedidor no tiene existencia independiente del injusto que remedia. Una negligencia diferente hacia el aspecto remedidor no juega ningún papel.

La versión de Rand del derecho al remedio no se ajusta a esta noción de continuidad remedidora. Dado que prevé una infracción del derecho al remedio incluso por parte de un tirador que no pone en peligro negligentemente la integridad física del demandante, el derecho al remedio de Rand no continúa el derecho sustantivo, sino que constituye un nuevo derecho independiente. Para verlo de otra manera: bajo la tesis de la continuidad remedidora, el aspecto remedidor del derecho se obtiene solo entre dos partes que ya están relacionadas a través de la misma injusticia entre ellas, injusticia que, se supone, el remedio corregirá. No es un derecho que coloca a nadie más bajo una obligación correlativa. El enfoque de Rand, en cambio, trata el derecho al remedio como algo que puede servir como fundamento de la responsabilidad de un tercero que negligentemente interfiere con él.

Cuando ponemos juntas las ideas que he mencionado —la continuidad del aspecto remedidor y sustantivo del derecho del demandante, la culpa de todos los demandados, y la aplicabilidad de la culpa solamente al aspecto sustantivo— lo que emerge es un soporte en la justicia correctiva para la regla de Cartwright. De cada demandado puede decirse que su acto de negligencia dañó al demandante o evitó que el demandante determinara quién lo lesionó. Pero, cualquier cosa sea la que hayan hecho realmente, cada uno de ellos creó un riesgo injusto para la seguridad física, que era el derecho del demandante. El daño que entonces ocurrió fue la materialización de ese riesgo. El disparo, que en efecto hirió al demandante, dañó el derecho del demandante en su aspecto sustantivo. El otro disparo interfirió con ese derecho en su aspecto remedidor, porque, en ausencia de una doctrina especial para hacer frente a esta situación, impidió el funcionamiento del mecanismo jurídico por el cual el demandante recibiría la indemnización equivalente a la restauración de su estado ileso. Cualquiera sea quien hubiese efectuado cualquiera de los disparos, la culpa de un tirador impidió que se le pagara al demandante lo que la culpa del otro tirador les hizo responsables de pagar. La negligencia de sus actos puso en riesgo la seguridad física a la que el demandante tenía derecho; el daño que ocurrió dañó ambos aspectos de ese derecho. Por tanto, mediante sus

disparos combinados cada tirador, a su manera, injustamente lesionó el mismo derecho del demandante.

Esta aproximación al problema de la incertidumbre causal es conceptual, no cuantitativa. No depende del cálculo de las probabilidades resultantes del número de disparos o del número de tiradores. Puede ser el caso que la multiplicidad de tiradores reduzca las probabilidades de un tirador en particular muy por debajo del 50 por ciento. También puede ser que un tirador en particular que disparó varias veces pueda ser, por esta razón, el que probablemente efectuó el disparo que hirió al demandante. Sin embargo, ni la disminución ni el incremento de las probabilidades tienen relevancia. En cambio, lo que guía el análisis es la relación entre los aspectos sustantivo y remediador del derecho del demandante, y el efecto de la culpa de todos los demandados en ese derecho. El foco no está en los números, sino en la estructura conceptual de la relación entre las partes.

En este tratamiento de la situación planteada en *Cook v Lewis*, el papel desempeñado por el aspecto remediador del derecho es, sin duda, inusual. En el caso estándar, el aspecto remediador juega en contra del infractor que lesionó el aspecto sustantivo. Aquí, en cambio, el aspecto remediador permite la responsabilidad contra el tirador –cualquiera que sea– que no hirió al demandante. El hecho de que el aspecto remediador del derecho no opere de la manera estándar es simplemente un reflejo de la incertidumbre causal con la que comenzamos y que permanece en su lugar. Por supuesto, ningún análisis conceptual del derecho del demandante va a revelar qué tirador lo hirió. Como se mencionó anteriormente, el punto del enfoque de la justicia correctiva no es descubrir hechos desconocidos, sino mostrar las implicaciones normativas de la relación entre las partes. En el caso de los cazadores, en el que el daño está dentro del riesgo de los disparos de cada demandado, pero el tirador real es indescifrable, el aspecto remediador es relevante porque el demandante, como víctima de un daño injusto, tiene derecho a un remedio. Este derecho opera contra cada demandado, porque cada demandado actuó negligentemente respecto del derecho del demandante a la integridad corporal.

La justicia correctiva entiende esta relación como el hacer y el sufrir la misma injusticia, constituyendo esta una inconsistencia con el derecho del demandante. En *Cook v Lewis*, donde “las múltiples descargas están tan relacionadas como para confundir sus efectos individuales”³⁰, la injusticia que cada demandado realizó fue interferir negligentemente con el derecho del demandante a la integridad física, con una lesión producida al aspecto sustantivo o al aspecto remediador del derecho. En consecuencia, lo que el demandante ha sufrido a manos de cada uno de ellos fue una interferencia con ese derecho en uno de esos aspectos o en ambos. El análisis es, por supuesto, indeterminado, en el sentido de que el acusado que hirió al demandante y el demandado que simplemente contribuyó a evitar

30 *Cook v Lewis*, cit., 831 (juez Rand).

el remedio no pueden ser identificados. Sin embargo, donde la multiplicidad de demandados negligentes hace imposible separar los efectos de sus acciones, la injusticia indeterminada que el demandante sufrió es la misma injusticia indeterminada que cada demandado infligió. De acuerdo con la justicia correctiva, el demandante y cada uno de los demandados están situados correlativamente con respecto al mismo derecho infringido.

En este escenario de incertidumbre causal, el hacer y el sufrir la misma injusticia encuentran expresión en lo que exige la regla de Cartwright. Tales requisitos son tres. Primero, el demandante debe ser víctima de una injusticia. La incertidumbre en cuestión se refiere a quién fue el tirador negligente, no si fue negligente disparar. Este requisito es la consecuencia de enfocarse en el derecho del demandante a un remedio, porque ese derecho depende de que la lesión sea injusta para el derecho sustantivo del demandante. Por el contrario, si una de las posibles causas del daño no es ilícita, la invocación del derecho al remedio queda fuera de lugar.

Segundo, cada acusado tiene que haber cometido una injusticia por actuar negligentemente hacia el demandante. Supongamos que uno de los tiradores (aunque sea desconocido) hubiese disparado lejos del demandante y, por tanto, no hubiese sido negligente respecto de él. En tal caso, la incertidumbre causal evitaría la responsabilidad. Esta es la posibilidad que Rand contempla. Puesto que uno de los tiradores no interfiere injustamente con el derecho del demandante en su aspecto sustantivo, el menoscabo del aspecto remediador del derecho es independiente de la culpa hacia su aspecto sustantivo. En tal caso, la incertidumbre causal imposibilitaría la responsabilidad. Si no fuese así, una persona no negligente sería responsable por culpa.

Tercero, la lesión sufrida por el demandante debe estar dentro del riesgo irrazonablemente creado por la acción negligente del demandado. La creación de ese riesgo produce que la conducta del demandado sea injusta hacia el demandante. En consecuencia, el daño del demandante es un injusto entre las partes cuando la previsión de su ocurrencia hizo que la conducta del demandado fuera irrazonable. Los disparos de los demandados en el caso de los cazadores no fueron razonables debido al riesgo que previsiblemente suponía para el derecho a la integridad personal del demandante; la lesión del demandante fue la materialización de ese mismo riesgo. Solamente cuando la lesión cae dentro del riesgo irrazonable, la injusticia atribuida al demandado es la misma que la injusticia sufrida por el demandante.

El tercero de estos tres requisitos subraya una característica importante de la responsabilidad en el caso de los cazadores. La modificación de la carga habitual de la prueba tiene lugar dentro de una relación inaugurada por la creación de un riesgo irrazonable por el demandado, que culminó en la materialización de ese mismo riesgo, en la lesión del demandante. Entonces, las consideraciones constitutivas de la relación enmarcan el tratamiento del problema de la identidad del tirador. Desde el punto de vista de la justicia correctiva, el derecho aborda este problema señalando las implicaciones de la relación que surge cuando el

demandado somete al demandante a un riesgo irracional. En este contexto, como en todos los contextos, la cuestión de la causalidad fáctica, aunque distinta, no es independiente. Es relacional, en el sentido de que está informada por la comprensión del derecho de la relación entre el creador particular de un riesgo irracional y la persona en particular que es expuesta a ese riesgo y sufre su materialización.

IV. Responsabilidad por cuota de mercado

Como lo indican los tres requisitos, este tratamiento de la incertidumbre causal en la situación de *Cook v Lewis* está severamente delimitado. En esta sección quisiera detallar las consecuencias de ello para la responsabilidad civil por cuota de mercado, una idea controvertida relacionada con la situación de *Cook v Lewis*, pero que excede sus límites.

Como es bien sabido, la idea de la responsabilidad por cuota de mercado surgió en el contexto de los litigios sobre el dietilestilbestrol (DES) en los Estados Unidos. DES fue una droga farmacéutica tomada por mujeres embarazadas para evitar problemas relacionados con su gravidez. Trágicamente, uno de sus efectos fue causar cáncer en las hijas de las mujeres que lo tomaron. Por la época en que apareció el cáncer, décadas después de la ingestión del medicamento, por lo general era imposible determinar cuál de los muchos fabricantes de DES produjo la droga tomada por la madre de cada víctima en particular. Por lo tanto, bajo la tradicional doctrina de la responsabilidad civil, la causalidad fáctica no pudo probarse contra ningún fabricante en particular. La solución adoptada en diferentes formas por algunas cortes estatales³¹ (y rechazado por otras)³² fue que un fabricante de DES podría ser considerado responsable por la proporción de los daños sufridos por el demandante que correspondiese a su cuota de mercado.

Como en el caso de los cazadores (en la versión estadounidense, de la cual los casos de DES se extraen)³³, el problema en los casos de DES fue la identificación del transgresor que causó los daños al demandante. Sin embargo, la solución fue diferente. En lugar de otorgar una reparación total contra cualquier demandado que no pudiese demostrar que no causó la lesión, los tribunales solo otorgaron una reparación proporcional al adoptar la responsabilidad por cuota de mercado. En el caso pionero de DES³⁴, la razón esgrimida fue que, a diferencia de la unidad de todas las partes potencialmente responsables, como sucedió con los demandados en el caso de los cazadores, solo algunos de los cientos de fabricantes de DES estaban

31 *E.g.*, Estados Unidos. Corte Suprema de California, *Sindell v Abbott Laboratories* 26 Cal 3d 588 (CA 1980); Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *Hymowitz v Eli Lilly & Co* 73 NY 2d 487 (CA 1989).

32 *E.g.*, Estados Unidos. Corte Suprema de Illinois, *Smith v Eli Lilly & Co* 137 Ill 2d 222 (IL 1990).

33 *Summers v Tice*, cit.

34 *Sindell v Abbott*, cit., 602.

presentes ante la Corte. Esto generó el temor de que ninguno de los fabricantes nombrados hubiese causado la lesión en particular, y que el productor transgresor desconocido pudiese escapar completamente de su responsabilidad. Desde el punto de vista de la justicia correctiva, no obstante, el número de tiradores no es relevante. Mientras la presencia de todos los posibles demandados puede hacer que sea más fácil demostrar la imposibilidad de identificar al perpetrador, difícilmente esto puede ser una preconditione categórica para declarar la responsabilidad³⁵.

Una base más fundamental para diferenciar el caso de los cazadores respecto de la responsabilidad por cuota de mercado es que esta última cumple solo dos de los tres requisitos arriba formulados. Es cierto que todos los demandantes fueron injustamente lesionados, y también es cierto que todos los fabricantes que produjeron y comercializaron el medicamento para el uso relacionado con el embarazo actuaron incorrectamente³⁶. Estos dos puntos juntos hacen a cada fabricante y a cada víctima, respectivamente, autor y sufridor de la injusticia. Pero cada fabricante no es el autor de la *misma* injusticia que cada víctima sufre. La injusticia en el derecho privado es relacional, conecta la conducta de un demandado en particular con un daño particular del demandante³⁷. En el lenguaje clásico de la responsabilidad por culpa, la mera culpa no es suficiente; la culpa debe ser relativa al demandante³⁸. Como se señaló al final de la sección anterior, la injusticia consiste en que la lesión del demandante está dentro del riesgo de la acción injusta del demandado. Tal injusticia no está presente cuando diferentes fabricantes distribuyen sus productos en diferentes áreas. El DES distribuido en las farmacias de Nueva York no representaba ningún riesgo para los demandantes cuyas madres compraron sus medicamentos en farmacias de California. El contraste con el caso

35 En el *Restatement (Second) of Torts*, cit., s 433B (3), la regla en el caso de los cazadores se formuló sin requerir el litisconsorcio de todos los posibles agentes. El comentario sobre esta subsección (446) señaló que, en los casos resueltos hasta ese momento, todos los actores habían sido reunidos como demandados, y especulaba que la regla tendría que ser modificada por las complicaciones que se presentarían si en casos futuros no se reunía a todos los agentes. Después del caso *Sindell* (y tal vez por los motivos por los que el tribunal diferenció su caso del caso de los cazadores), el litisconsorcio de todos los agentes se convirtió en un requisito para la aplicación de la regla del caso de los cazadores. El *Restatement (Third) of Torts*, s 29 (b), convirtió el litisconsorcio en una condición previa para la responsabilidad (“cuando el demandante enjuicia a todos los agentes múltiples”), no obstante, declara que esto no excluye el acuerdo antes del juicio, y también contempla otras situaciones en las cuales el demandante podría ser excusado del requisito del litisconsorcio (48).

36 El DES tenía usos no relacionados con el embarazo, y algunos fabricantes de medicamentos producían y comercializaban el medicamento solo para satisfacer estos usos; véase, por ejemplo, el caso *Hymowitz v Eli Lilly & Co*, cit., 502.

37 En el caso *Abel v Eli Lilly* 343 NW2d 164 (1984 MI), la Corte Suprema de Michigan trató excepcionalmente la responsabilidad por DES como una extensión del caso de los cazadores y permitió la indemnización total, sujeta a exoneración de aquellos fabricantes que fueron negligentes, pero no necesariamente hacia el demandante.

38 Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *Palsgraf v Long Island Railroad* 162 NE 99 (1928 NYCA).

de los cazadores fue formulado sucintamente en uno de los casos posteriores de DES: en el caso de los cazadores “cada demandado fue negligente hacia *el* demandante; aquí, cada demandado fue negligente hacia *un* demandante, pero cada demandado no fue negligente respecto de cada demandante”³⁹.

Por otra parte, el caso de los cazadores debería haber sido aplicable en al menos una (quizás imaginaria) situación de DES donde el fabricante no es identificable. Supongamos que pudo demostrarse que la madre de la demandante había comprado el medicamento en una farmacia particular a la que suministraron varios fabricantes, pero fue imposible determinar la marca específica que ella compró. Tal caso no sería diferente al de los cazadores, porque todos los proveedores habrían sido negligentes hacia tal demandante, al igual que todos los tiradores fueron negligentes hacia la persona a la que le dispararon. Todos los proveedores, por así decirlo, habrían “disparado” sus drogas en la dirección del demandante, aunque sería incierto qué medicamento del fabricante “le dio” al demandante y le causó el cáncer que sufrió. El demandante tendría derecho a la reparación total por parte de cualquiera de los fabricantes, al igual que en el caso de los cazadores la víctima de los disparos tenía derecho al recobro total contra cualquiera de los tiradores. La controversia sobre la responsabilidad de cuota de mercado oscureció esta posibilidad. Una vez el DES es asociado con la responsabilidad de cuota de mercado, la farmacia en particular es concebida simplemente como el mercado relevante más acotado con referencia al cual se prorratea la parte de la indemnización a pagar por cada fabricante⁴⁰.

Tratar la farmacia particular como el mercado relevante más acotado señala otra diferencia entre el caso de los cazadores y la responsabilidad por cuota de mercado. Sobre el razonamiento del caso de los cazadores, la farmacia en particular califica el mecanismo a través del cual la culpa de los proveedores de DES afectó previsiblemente al demandante. Lo que hizo que la comercialización de DES fuese injusta para la demandante fue su disponibilidad en la farmacia a la que acudieron, para su madre y otras personas situadas en situación similar. La farmacia está ligada a la caracterización del riesgo irrazonable hacia el demandante que sostiene el derecho de la responsabilidad por culpa y, consecuentemente, la posición del demandante como víctima de un injusto a manos del demandado. Así, el rol de la farmacia en la determinación de la culpa del demandado ejemplifica el análisis estándar de culpa y toma parte en el entrelazado coherente de sus diversos elementos⁴¹.

39 *Abel v Eli Lilly*, cit., 172.

40 Estados Unidos. Corte Suprema de Florida, *Conley v Boyle Drug Co* 570 So 2d 275 (1990 FL) 284.

41 Sobre la concepción de la coherencia, véase Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, cit., 32-36; sobre la coherencia de la responsabilidad por negligencia, 145-170.

En contraste, la indagación dentro del mercado relevante más limitado carece de esta coherencia. Dado que el mercado se define en términos de lo que más exactamente incluye al demandante, parece que se establece un vínculo normativo viable entre el quehacer injusto del demandado y el daño del demandante. Esta apariencia es engañosa, porque el mercado no figura como parte de la razón para considerar la conducta del demandado como injusta hacia el demandante. En la responsabilidad por cuota de mercado, el mercado es una construcción probatoria que varía con la prueba disponible en un caso dado. Su amplitud o estrechez es irrelevante para la caracterización del demandante como víctima del injusto del demandado. Bien puede resultar que la prueba sea tal que incluso el mercado más delimitado se extienda a áreas geográficas y períodos de fabricación y distribución no relacionados con cada daño previsible infligido al demandante. El injusto causado al demandante y el alcance variable del mercado no encajan en un conjunto coherente.

La contingencia probatoria de la amplitud o estrechez del mercado también introduce una arbitrariedad en el tratamiento de los demandados por parte del derecho. La proporción del mercado que representa la responsabilidad de un fabricante determinado variará de caso a caso, dependiendo de la naturaleza de las pruebas en cada situación. En un caso, el fabricante estará sujeto a una gran proporción porque las pruebas permiten que el mercado sea estrictamente delimitado; en otro caso, la proporción puede ser mucho menor porque las pruebas solo permiten tener una noción amplia del mercado. La determinación de la responsabilidad del demandado se convierte en una lotería probatoria que refleja, no la incorrección de la lesión, sino la casualidad de las pruebas disponibles en diferentes casos para construir el mercado más limitado que abarca al demandante⁴².

A menos que uno abandone la responsabilidad por cuota de mercado a favor del enfoque del caso de los cazadores, restringiendo severamente las opciones de indemnización de los daños DES, la única forma de tratar a los fabricantes de manera imparcial es repartir la responsabilidad según el mercado nacional⁴³. Ello tiene la ventaja de permitir su aplicación estable y uniforme a todos los fabricantes sin tener en cuenta las variables probatorias locales. Sin embargo, también tiene la correspondiente desventaja de cortar la conexión entre los fabricantes y la víctima particular del injusto. El punto de definir el mercado a nivel nacional es distribuir responsabilidades de los fabricantes de acuerdo con el riesgo de daño que cada uno creó al público en general, en lugar de vincular la responsabilidad de cualquier fabricante con cualquier lesión particular. De hecho, sobre esta base, un fabricante podría ser responsable a pesar de la prueba de que su producto no causó el daño

42 Fischer, D. A., "Products Liability – An Analysis of Market Share Liability", *Vanderbilt Law Review*, vol. 34, 1981, 1623; Twersky, A. D., "Market Share – A Tale of Two Centuries", *Brooklyn Law Review*, vol. 55, 1989, 869, 871.

43 *Hymowitz v Eli Lilly & Co.*, cit.

del demandante; el hecho de que un demandado no lesionara al demandante no disminuiría su culpabilidad general al contribuir con el riesgo injusto.

Si el uso del mercado nacional es la forma más coherente de responsabilidad por cuota de mercado, ello pone de manifiesto con claridad de lo que se trata la responsabilidad por cuota de mercado. Una vez que pasamos del caso de los cazadores a la responsabilidad por cuota de mercado, pasamos de la justicia correctiva a la justicia distributiva⁴⁴. La responsabilidad por cuota de mercado es la creación judicial de medidas de justicia distributiva que utilizan el criterio de la cuota de mercado para dividir la responsabilidad entre los fabricantes de DES. Como se muestra con la atenuación de la importancia de la conexión causal entre los fabricantes y los demandantes en particular, la referencia al mercado nacional implica un rechazo a la preocupación de la justicia correctiva por la vinculación correlativa de las partes a través de una lesión injusta que uno ha infligido al otro. En cambio, lo que importa allí es la justicia distributiva de repartir a los fabricantes su respectiva porción de las lesiones totales causadas por su culpabilidad.

V. La ilicitud del daño

Paso ahora a los otros problemas básicos de incertidumbre causal. Estos involucran determinar la ilicitud de la lesión. La cuestión es si el daño del demandante fue el resultado de la culpa del demandado o de alguna otra causa lícita. En este escenario, podemos suponer que el demandado fue negligente hacia el demandante, que el demandante fue dañado, y que el daño estaba dentro del riesgo irracional creado por el demandado. Sin embargo, la presencia de un factor lícito, que también podría haber causado el daño, impide probar que el demandante no habría sido dañado de no ser por la culpa del demandado. La incertidumbre está en saber si la causa operativa fue la conducta ilícita o el factor lícito.

En la jurisprudencia contemporánea, uno de los ejemplos paradigmáticos de este tipo de incertidumbre es el caso *McGhee v National Coal Board*⁴⁵. Un empleado contrajo dermatitis por trabajar en los hornos de ladrillos de su empleador. Alegó que el empleador incumplió su deber de cuidado al no proporcionar duchas en las instalaciones. La defensa del empleador tomó una “forma inusual”⁴⁶ al admitir el incumplimiento del deber y la atribución de la dermatitis al trabajo realizado en el horno pero cuestionar la conexión causal entre el incumplimiento del deber y el daño. El argumento fue que el empleado no había probado, en el balance de probabilidades, que la provisión de duchas en las instalaciones habría

44 Para una posición diferente, véase Wright, R., “Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 20, 2008, 1295, 1324-1330.

45 *McGhee v National Coal Board*, cit.

46 *Ibid.*, 1010 (juez Reid).

evitado la dermatitis. El conocimiento científico inadecuado de las causas de dermatitis, de hecho, hizo imposible probarlo. Sin embargo, la Cámara de los Lores sostuvo, en favor del empleado, que la ausencia de duchas en las instalaciones aumentó sustancialmente el riesgo de aparición de la enfermedad, y en este tipo de casos no existe diferencia entre aumentar sustancialmente el riesgo y contribuir materialmente al daño.

¿Qué tipo de caso es este en el que el demandante no necesita probar la conexión causal entre el daño y el incumplimiento del deber? Sugiero que el contorno distintivo de este caso es que el empleador creó el riesgo de dermatitis mediante la operación de sus hornos de ladrillos y falló en no mitigar ese riesgo al no proveer duchas en las instalaciones. La creación del riesgo fue lícita (operar un horno de ladrillos no es en sí mismo una actividad negligente), mientras que la falla en aliviar ese riesgo fue el incumplimiento de un deber de cuidado. El argumento del empleador, de que la indagación causal debe centrarse exclusivamente en esto último, trata la conducta del empleador como si se compusiera de dos episodios separados, cada uno con su propio carácter jurídico, en vez de tratarlos como una sola curva de creación de riesgo. La creación inicial de riesgo, al ser lícita, está fuera del alcance de la responsabilidad por culpa. Lo que está sujeto a responsabilidad es la falla del empleador al no mitigar ese riesgo. Sin embargo, la eficacia causal de dicha falla debe evaluarse frente a la posibilidad de que el demandante ya pudiera haber contraído dermatitis desde la exposición al riesgo inicial, creado lícitamente. Así, el argumento del empleador divide la creación del riesgo del demandado en dos riesgos separados, el riesgo lícito inicial de dermatitis por la operación de los hornos por parte del empleador y el subsecuente riesgo culpable de dermatitis por la omisión del empleador de mitigar el riesgo inicial, teniendo el demandante la carga de probar que la dermatitis que contrajo era de este último riesgo y no del primero. Lo considerado en juicio en contra del empleador, en efecto, rechaza esta segmentación artificial.

Que sea artificial, de hecho, es evidente desde otro contexto, el de la mera omisión. No puede defenderse que no mitigar un riesgo que lícitamente se ha creado es un caso de mera omisión por el que el creador del riesgo no puede ser considerado responsable. Por ejemplo, supongamos que por la noche alguien cae en un agujero que no vio porque quien lo excavó no lo iluminó⁴⁷. El excavador difícilmente puede argumentar que, si la excavación del agujero no fue mal intencionada, la falta de iluminación es simplemente una omisión. Cavar el hoyo y no tomar las medidas apropiadas para evitar que otras personas resulten lesionadas, en conjunto, constituye una negligencia. La excavación inicial, lícita en ese momento, sigue siéndolo solo si quien excavó iluminó el lugar. Como Erle observó cuando confrontó estos hechos: “aquí la causa de la demanda es hacer

47 Reino Unido. Tribunal Superior de Justicia, División del Banco de la Reina, *Newton v Ellis* [1855] 5 El & Bl 115, 119 ER 424).

un hoyo, aunado a la no instalación de una luz... Cuando estos se combinan... los dos constituyen una actuación⁴⁸.

McGhee y casos como este ofrecen causas análogas para el argumento de la mera omisión. El empleador en *McGhee* pretende, no que él estuviese sujeto a un deber (como propone el argumento de la mera omisión), sino que el empleado tenga que probar que la conducta del empleador habría sido efectiva para reducir el riesgo de la operación del horno. El hilo común en la mera omisión y los contextos de causalidad es que el demandado no ve el segmento no-injusto del proceso de creación de riesgo como algo que normativamente lo diferencie del resto del mundo. Lejos de reconocer una relación particular con, y responsabilidad por, el peligro causado por cavar un hoyo o por el funcionamiento de los hornos, el demandado reclama que su responsabilidad comienza solamente con la falla en omitir mitigar el riesgo. Su creación inicial del riesgo, siendo lícita por sí sola, es únicamente el antecedente respecto del cual su subsiguiente falla en mitigar el riesgo es juzgada. En el ejemplo de la excavación, el demandado haría que la Corte crea que simplemente no confirió el beneficio de la iluminación a una persona que podría, por alguna razón normativamente desconectada del demandado, caer en el agujero que cavó. En el ejemplo de la dermatitis, el empleador sugiere que el riesgo que lícitamente produjo y que falló en minimizar no es diferente de los riesgos existentes independientemente de su agencia, respecto de esa falla. De allí, sostiene que la posibilidad de que el empleador pudiera haber causado la dermatitis lícitamente a través de la operación de sus hornos impone al demandante la carga de probar que la verdadera causa de la dermatitis era la ausencia culpable de duchas en las instalaciones, cuya disposición era obligatoria debido al riesgo que suponen esos hornos.

El rechazo del derecho a este argumento en ambos contextos descansa en una premisa compartida. Tanto el riesgo creado lícitamente como la omisión en aliviarlo forman una única secuencia, cuya totalidad es imputable a la agencia del demandado. Un actor cuya conducta anterior, a pesar de no ser ilícita en ese momento, crea un tipo de riesgo que surge característicamente de esa conducta, tiene el deber de ejercer el cuidado razonable para evitar que este se materialice en un daño, o de mitigar ese daño si ocurre. Puesto que la creación misma del riesgo obliga a su creador a seguir con las precauciones adecuadas, el demandado, a diferencia del resto del mundo, en ningún momento es ajeno a las implicaciones normativas de su propia actividad. El segmento de creación de riesgo de la actividad del demandado permanece lícita solo cuando va acompañada de medidas de mitigación del riesgo. Por lo tanto, no se puede segregar la licitud de la creación del riesgo de la culpabilidad de no mitigarlo.

Esta es la razón por la cual la falta de mitigación del riesgo que uno ha creado no cuenta como una mera omisión que exima de responsabilidad. El fracaso en

48 *Ibid.*, 124, 428.

emprender tales medidas significa que el demandado se conduce ilícitamente en su actividad, como un todo, incluso si segmentos de ella se realizan lícitamente. Por lo tanto, lo que hace que la excavación de un agujero no sea negligente en sí misma es la posibilidad de que el excavador tome medidas para evitar que otros caigan en él. De manera similar, hacer que los empleados trabajen en medio del polvo de los hornos de ladrillos no es negligente si el empleador proporciona instalaciones para lavarse el polvo. La misma precaución que el demandado omitió tomar es la que legitima la conducta creadora del riesgo, observada como un todo.

La consecuencia de esto en el tratamiento de la incertidumbre causal es la siguiente. La posición predeterminada no puede ser (como afirmó implícitamente el empleador en *McGhee*) que, con el propósito de demostrar la eficacia causal de la falta de mitigación del riesgo, el creador del riesgo se encuentre en las mismas condiciones que el resto del mundo. Dada la responsabilidad del demandado por la creación del riesgo que comenzó, el demandante no tiene que demostrar que el daño no fue causado por el segmento lícito de la actividad del demandado. El segmento lícito no es verdaderamente lícito a menos que el demandado proceda a adoptar las precauciones que lo conservan así. En ausencia de pruebas más específicas sobre la eficacia causal de los diversos segmentos de la conducta del acusado, la causalidad del daño se puede atribuir a la conducta negligente del demandado por la creación del riesgo en su conjunto.

En términos probatorios, la falla negligente del creador del riesgo en mitigarlo permite una inferencia sobre la causalidad. En la situación de *McGhee*, ducharse es parte integral de la operación segura de las fábricas de ladrillos del empleador, porque los empleados que se bañan después del trabajo no suelen contraer dermatitis. En consecuencia, cuando un empleado que no tuvo la oportunidad de ducharse contrae dermatitis, no es irrazonable suponer que la causa fue la omisión negligente de la precaución del empleador que normalmente evita este riesgo laboral en particular. La culpa del demandado en mitigar un riesgo creado por su propia conducta permite la inferencia de que, considerada en su totalidad, la actividad negligentemente ejecutada del demandado ha causado el daño dentro de ese riesgo. Esta inferencia refleja lo que ordinariamente sucede. Ello puede, por supuesto, ser desvirtuado por pruebas específicas de que las circunstancias particulares del caso se desviaron de lo ordinario. No obstante, la inferencia inicial es suficiente para evitar requerir que el demandante presente pruebas para demostrar que una precaución normalmente eficaz también tendría que haber sido eficaz en su situación particular.

Así, en *McGhee*, a falta de pruebas con respecto a los roles causales de los dos segmentos de la actividad del empleador, se puede decir que la dermatitis fue causada por la operación del empleador como un todo, que fue negligentemente llevada a cabo en virtud de la omisión de proporcionar servicios de ducha. En la terminología de la Cámara de los Loes, un aumento sustancial en el riesgo es correctamente equiparado con una contribución material al daño cuando el aumento del riesgo consiste en una falla negligente en mitigar el riesgo que la

propia actividad del demandado creó. En tales circunstancias, el riesgo incrementado se subsume bajo la actividad más inclusiva del demandado, dentro de la cual su contribución causal no puede ser desarticulada. Por supuesto, podría probarse ante el tribunal de que el demandante tendría (o ya tenía) dermatitis antes de que se hubiera duchado, entonces la inferencia inicial no puede mantenerse. Sin embargo, la parte que hace esta afirmación, es decir, el demandado, debería aportar la prueba que desplace la inferencia inicial.

McGhee, entonces, ejemplifica un patrón de hechos en el que la incertidumbre sobre la ilicitud del daño no evita la inferencia para que el requisito de la causalidad quede, a pesar de todo, satisfecho. Este tratamiento de la causalidad es apropiado, comoquiera que la incertidumbre concierne a si las precauciones que el demandado debía haber tomado habrían impedido que el demandante fuera lesionado por el riesgo que el demandado creó sin ilicitud.

Otros casos destacados en diferentes jurisdicciones muestran el mismo patrón. En *Reynolds v Texas and Pacific Railway*⁴⁹, la demandante se lesionó cayendo de las escaleras de la estación de tren del demandado. Ella alegó que el demandado falló en proporcionar la iluminación adecuada. En respuesta, el demandado señaló, sin éxito, que la demandante era una persona robusta que estaba siendo urgida por sus amigos, y que podría haber caído incluso con una mejor iluminación. De manera similar, en *Haft v Lone Pine*⁵⁰, un motel fue hallado responsable de no proporcionar un salvavidas en la piscina donde dos de sus huéspedes se ahogaron, a pesar de la falta total de prueba directa sobre las circunstancias de su muerte. Otro ejemplo es *Zuchowicz v United States*⁵¹. A una paciente se le prescribió negligentemente el doble de la dosis máxima aprobada de un medicamento, que tuvo el efecto secundario de producirle una enfermedad pulmonar mortal. La indemnización fue otorgada aun sin prueba de que el efecto secundario fue el resultado de la sobredosis y no de la mera exposición a la droga. En cada uno de estos casos los demandados crearon un peligro –los escalones, la piscina, los posibles efectos secundarios– que fallaron en mitigar adecuadamente.

Lo mismo puede decirse de un caso canadiense que ha generado perplejidad. En *Walker Estate v York Finch General Hospital*⁵², la Canadian Red Cross Society fue demandada por su culpa en la muerte de una persona que había contraído Sida como resultado de una transfusión de sangre. La culpa alegada consistió en que el demandado usaba un cuestionario que evaluaba inadecuadamente a los donantes

49 Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de Louisiana, *Reynolds v Texas and Pacific Railway*, 37 La Ann 694 (1885).

50 Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de California, *Haft v Lone Pine*, 478 P 2d 465 (1970 CA).

51 Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, *Zuchowicz v United States*, 140 F 3d 381 (1998 2d Cir., juez Calabresi); véase Abraham, K., “Self-Proving Causation”, *Virginia Law Review*, vol. 99, 2013, 1811.

52 Canadá. Corte Suprema, *Walker Estate v York Finch General Hospital*, [2001] 1 SCR 647.

de sangre. La demandada argumentó que el donante habría podido donar incluso si hubiese sido evaluado con un mejor cuestionario. La Corte concluyó que la causalidad como *conditio sine qua non** estaba demostrada en los hechos, pero enigmáticamente observó que la causalidad como *conditio sine qua non* podría no ser requerida. A la luz de lo que se ha dicho en esta sección, el caso pierde su misterio. Al estar operando el sistema canadiense de donaciones de sangre, la Canadian Red Cross Society estaba creando el riesgo de exponer a los receptores de sangre a contraer Sida, un riesgo mitigable por el examen apropiado de los donantes. No debería corresponder al destinatario probar que el cuestionario habría sido efectivo en su caso. Más bien, uno podría inferir legítimamente, siempre que el demandado no pruebe que la evaluación adecuada no habría hecho ninguna diferencia en el caso, que la lesión fue el resultado de un sistema de transfusiones de sangre operado negligentemente.

Por lo tanto, la noción de mitigación del riesgo está enraizada en la creación inicial, aunque lícita, del riesgo por parte del demandado. La propia actividad del demandado implica el deber de tomar precauciones en aras de disminuir el riesgo asociado a esa actividad. La falla del demandado en hacer lo que exige el deber genera incertidumbre acerca de si el segmento lícito de su actividad o el incumplimiento de su deber causaron el daño al demandante. Ambos factores causales posibles son aspectos de la actividad del demandado como un todo, por la cual es responsable. Relevar al demandante de la necesidad de probar el efecto específico de la violación del deber impide que el demandado se aproveche de una incertidumbre que es totalmente el producto de la interacción de los componentes de su propia actividad.

VI. Pérdida de oportunidad

Finalmente, paso al otro escenario de incertidumbre respecto de la ilicitud del daño del demandante. La sección anterior trató de las consecuencias causales de un deber que requiere que el demandado cumpla apropiadamente respecto de su creación inicial de riesgo. Esta sección considera un deber ocasionado por un riesgo que existe independientemente de cualquier actividad del demandado.

El ejemplo paradigmático de este escenario es la negligencia médica que reduce o elimina la oportunidad de sobrevivir o recuperarse de una enfermedad grave, a la cual el demandante probablemente no habría sobrevivido o de la cual no se habría recuperado en ningún caso. A menudo, los casos involucran el diagnóstico negligente del cáncer, con la consecuencia de que el retraso resultante en

* Nota del trad.: en el texto original, la expresión usada por el autor es “*but-for causation*”. Para efectos de una mejor comprensión, en nuestro ámbito de derecho continental se ha traducido según la expresión latina equivalente a la teoría según la cual se toma como causa aquella que, de ser suprimida mentalmente, evitaría el resultado dañoso.

el tratamiento adecuado afecta negativamente la posibilidad de recuperación⁵³. La dificultad de estos casos radica en la probabilidad de que el paciente no hubiese sobrevivido aun con un tratamiento oportuno. De ahí el enigma: por un lado, el demandado ha incumplido un deber de diligencia debido al demandante. Por el otro, en virtud de la *conditio sine qua non*, la culpa del demandado no parece haber sido la causa fáctica del daño último sufrido por el demandante.

Claramente, las consideraciones mencionadas en la sección anterior no son aplicables aquí. Es más, la culpa del demandado consiste en no mitigar el riesgo al que está expuesto el demandante. Este riesgo, sin embargo, no es creación del demandado. La responsabilidad, en consecuencia, no puede basarse en una falla por seguir adelante con los riesgos creados por una conducta propia. Se necesita un principio diferente.

Una propuesta popular e intuitivamente plausible para tratar esta situación, adoptada en algunas jurisdicciones y rechazada en otras, es responsabilizar al demandado por la pérdida de oportunidad de recuperación⁵⁴. Bajo esta propuesta, al demandante se le asignará una indemnización en proporción al grado en que la culpa del demandado disminuyó la probabilidad de supervivencia o recuperación del demandante. Por ejemplo, un demandante a quien la culpa del demandado le ha privado de un 30 por ciento de posibilidades de recuperación, recibiría el 30 por ciento de la indemnización que se le habría otorgado por el daño último, de haber sido la causa fáctica demostrable. Esto refleja la desafortunada realidad de que, aunque la atención médica adecuada probablemente no habría conducido a un resultado favorable, la culpa del demandado disminuyó las posibilidades de resultado favorable que el demandante tenía. La asignación compensa la pérdida de esa oportunidad. Por lo tanto, le da al derecho una forma de lidiar con la culpa que reduce la ya escasa posibilidad de que el demandante se recupere de una condición médica grave.

¿Tiene sentido esta propuesta dentro de la estructura de la responsabilidad por culpa, que generalmente basa la responsabilidad en la ocurrencia de un daño perceptible, en vez de en la posibilidad de su ocurrencia? La respuesta a esta pregunta depende de cómo uno conceptualice la relación entre la compensación por la oportunidad perdida y el derecho subyacente cuya infracción está siendo compensada. Dos posibilidades se muestran evidentes. Bajo la primera posibilidad,

53 Estados Unidos. Corte Suprema de Washington, *Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound* 664 P 2d 474 (1983 WA); *Laferrière v Lawson*, cit.; Reino Unido. Cámara de los Lores, *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2, [2005] AC 176.

54 *Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound* (juicio concurrente del juez Pearson), cit.; *Gregg v Scott* (juez Nicholls disidente), cit. La literatura académica es voluminosa; véase, por ejemplo, Jansen, N., "The Idea of a Lost Chance", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, 271-296; Porat, A. y Stein, A., *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001, 120-125; Khoury, L., "Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France", *LQR*, vol. 124, 2008, 103; Nolan, D., "Causation and the Goals of Tort Law", en Robertson, A. y Hang Wu, T. (eds.), *The Goals of Private Law*, Oxford, Hart, 2009, 165, 179-187.

la pérdida de oportunidad es la violación de un derecho que es independiente del derecho al disfrute de esa oportunidad. Bajo la segunda posibilidad (en mi opinión, más plausible), la pérdida de la oportunidad constituye la lesión del derecho del demandante a percibir el acto del demandado de una manera particular. Ahora quiero dar cuerpo a esta distinción aparentemente enigmática entre el derecho al disfrute de una oportunidad y el derecho a un modo de conducta tal que la pérdida de la oportunidad constituya lesión a ese derecho.

A. La oportunidad es un derecho independiente

La primera posibilidad trata la oportunidad perdida en sí misma como la base de la causa del demandante. La presuposición subyacente es que uno tiene un derecho no solo a la integridad física, con el cual otros no pueden interferir injustamente, sino también a la posibilidad de mantener o restaurar la integridad física, posibilidad que otros no pueden reducir o eliminar injustamente. Estos dos derechos son independientes, pero el deber del demandado de diagnosticar correctamente al demandante es correlativo a ambos. En consecuencia, la imposibilidad de vislumbrar la causalidad fáctica con respecto al derecho a la integridad física no afecta la responsabilidad del demandado con respecto al derecho a la oportunidad del demandante.

Sin embargo, la relación entre estos dos derechos es problemática. Mediante el requisito de la causalidad fáctica, el derecho de daños parece proteger el derecho a la integridad física de una manera que excluye el derecho a la oportunidad. Por supuesto, dada la aparente injusticia en que el demandado incumpla su deber y quede impune, es tentador postular la existencia de otro derecho que llena la aparente laguna en su responsabilidad. Pero si esta tesis es más que un juego de palabras, las bases normativas sobre las cuales pueden coexistir sistemáticamente los dos derechos tienen que ser explicadas. Dada la obvia diferencia entre la responsabilidad por un resultado (en esta situación, muerte por cáncer) y la responsabilidad por disminuir la probabilidad de evitar el resultado, ¿cómo puede el derecho de daños acomodar ambas?

La noción de un derecho a una oportunidad presenta problemas con respecto al alcance del derecho, su carácter recíproco y su independencia. El problema con respecto al alcance del derecho es si una oportunidad perdida puede ser distinguida de la evitación de un riesgo mayor. Puede ser que hablemos de oportunidad como la posibilidad de un bien y de riesgo como la posibilidad de un mal⁵⁵, pero esta distinción verbal es consistente con considerar la pérdida de un bien y la exposición a un mal como equivalentes conceptual y normativamente⁵⁶. El bien disminuido

55 Jansen, N., “The Idea of a Lost Chance”, cit., 279.

56 Perry, S., “Risk, Harm, Interests, and Rights”, en Lewens, T. (ed.), *Risk: Philosophical Perspectives*, Routledge, 2007, 190, 206.

de la oportunidad perdida y el mal aumentado de la exposición al riesgo parecen ser simplemente los registros negativos y positivos de contingencias indeseadas en un libro contable; presentan una diferencia cuantitativa, no cualitativa. Si es así, el derecho no tiene ningún motivo para tratar uno diferente del otro. Pero el derecho de daños claramente no adopta integralmente, y de hecho no puede, la noción de responsabilidad por incremento del riesgo, porque eso eliminaría o transformaría la idea misma de causalidad fáctica⁵⁷.

La cuestión con respecto al carácter recíproco del derecho es que el derecho no puede operar a favor del demandante sin operar a favor del demandado también. Dado que “casi cualquier reclamo por la pérdida de un resultado puede ser reformulado como un reclamo por la pérdida de la oportunidad de un resultado”⁵⁸, la idea de la pérdida de oportunidad parece aplicarse siempre que la causalidad fáctica sea conocida en grado menor a la certeza completa. Esto significa, no solamente que el demandante recuperaría una proporción de su pérdida cuando la probabilidad de causación por el demandado fuera menor del 50 por ciento, sino también que el demandante no recuperaría la totalidad de su pérdida cuando la probabilidad de causación por el demandado esté entre el 50 y el 100 por ciento. Al trastocar el requisito de que el demandante demuestre la causalidad en el balance de probabilidades, la responsabilidad por la pérdida de oportunidad también socava el derecho del demandante al recobro total cuando el requisito puede ser cumplido.

El problema respecto a la independencia del derecho es que uno esperaría que el demandado incurra en responsabilidad incluso si el resultado adverso no ocurre. Si jurídicamente se considera que la oportunidad misma es el derecho con el cual el demandado interfirió negligentemente, entonces la causa del demandante se completó independientemente de si el demandante* sufre la lesión real. La idea de que el derecho consiste en la oportunidad misma, no obstante, raramente se lleva a esta conclusión lógica⁵⁹.

El problema subyacente es que el derecho a la oportunidad de evitar un resultado dañoso es difícil de alinear con el derecho estándar del demandante a estar libre del resultado ilícito en sí mismo. El derecho a la oportunidad de evitar un daño y el derecho a estar libre de la lesión definitiva son, ambos, derechos contra

57 Esta es la base de la observación del vicepresidente Rivlin de la Corte Suprema de Israel, en el sentido de que la pérdida de oportunidad y un mayor riesgo comparten una lógica interna que hace que sea inconsistente adoptar el primero si se rechaza el último. Véase el caso *Carmel-Haija Hospital v Malul*, cit., párr. 14.

58 *Gregg v Scott*, cit., 224 (Baronesa Hale).

* Nota del trad.: la palabra utilizada en el texto original es “*defendant*”, que significa acusado o demandado. No obstante, el autor confirmó que se trató de una errata en la que debería aparecer la palabra “*plaintiff*” (demandante), lo cual es más consecuente con el argumento que expone.

59 Sobre la controversia de la independencia del efecto sobre la oportunidad como un elemento del daño, véase Khoury, L., “Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France”, cit., 125-126.

lesiones que son simplemente etapas diferentes de la maduración del mismo riesgo irracional. El derecho no puede reconocer la existencia independiente de estos dos derechos. Y dado que el derecho de daños ya ha elegido preocuparse por los daños últimos, la creación de un derecho a la oportunidad de evitar daños crea tensiones intolerables. La culpa del demandado con respecto a la integridad física del demandante, cuando se combina con la imposibilidad de probar que la culpa causó el resultado físico adverso, parece crear una brecha, que el planteamiento de un nuevo derecho a una oportunidad se supone que llena. Sin embargo, tal como lo muestran las dificultades sobre su alcance, su carácter recíproco y su independencia, este derecho se ubica incómodamente dentro del marco del derecho de la responsabilidad por culpa tomado como un todo.

B. La pérdida de oportunidad constituye el daño al derecho del demandante a obtener del demandado una actuación de manera particular

La segunda posibilidad es más compleja, pero evita las dificultades que acabo de mencionar. Esta posibilidad concibe la oportunidad, no como un derecho independiente, sino como un aspecto del derecho a que el demandado se comprometa con determinada forma de comportamiento. Como explicaré a continuación, en la situación de diagnóstico erróneo, el demandante tiene derecho a una forma de conducta que consiste en recibir atención médica competente por parte del demandado. La oportunidad de recuperarse de la condición médica es un episodio de tal derecho. La pérdida de la oportunidad es, entonces, una concreción de cómo este derecho se lesionó cuando la conducta del demandado no se ajustó a él; la pérdida de la oportunidad también se convierte en una posible medida de compensación por el daño a la cual tiene derecho el demandante. Debido a que la oportunidad se puede expresar como una probabilidad, esa probabilidad también puede figurar en el cálculo de la indemnización.

El funcionamiento de esta forma de la pérdida de la oportunidad es familiar al derecho contractual. Considérese el bien conocido caso *Chaplin v Hicks*⁶⁰. A la demandante, una concursante en un concurso de belleza, el organizador le impidió, en violación del contrato, participar en una de las etapas de selección. La Corte rechazó el argumento de que ella solo tenía derecho a una indemnización por daños nominales. En este caso “el objeto y el alcance mismo del contrato eran dar a la demandante la oportunidad de ser seleccionada como ganadora del premio, y la negativa de esa oportunidad es el denunciado incumplimiento del contrato, respecto del cual se reclama una indemnización como compensación”⁶¹. Dado el número de concursantes, ella tenía aproximadamente una de cuatro posibilidades

60 Reino Unido. Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, *Chaplin v Hicks*, [1911] 2 KB 786 (CA).

61 *Ibid.*, 795 (Fletcher Moulton).

de estar entre las ganadoras. En consecuencia, se le otorgó una considerable indemnización por daños, que tuvo en cuenta su oportunidad perdida. Al excluir a la demandante del concurso, el demandado no se comportó de acuerdo con su derecho contractual. La pérdida de la oportunidad fue la especificación del daño al derecho y la base para la compensación resultante.

Uno podría pensar que un caso como *Chaplin* es irrelevante para el caso del diagnóstico erróneo. En el contrato, el derecho del demandante y su infracción son identificables independientemente de la pérdida por la cual se valora la indemnización. Debido a que el contrato en *Chaplin* le da derecho al demandante a competir, otorgar el valor de la oportunidad perdida por habersele evitado competir es la manera más satisfactoria de darle a la demandante aquello a lo que tiene derecho. La situación de diagnóstico negligente sería distinta. Allí no hay ninguna pérdida a la que la indemnización pueda responder hasta que se pueda identificar la lesión del derecho que se supone debe reparar la indemnización. Esta lesión, a su vez, debe estar conectada a la culpa a través de la corroboración de la causalidad fáctica, que es precisamente lo que produce la dificultad desde el comienzo. Si el único derecho en juego es el derecho a la seguridad física, que no puede demostrarse que el demandado ha infringido, *Chaplin* no ofrece ningún paralelo. De esto surge la opinión, alguna vez considerada ortodoxa⁶², de que la pérdida de oportunidad tiene un estatus en el derecho contractual que no puede tener en situaciones de incertidumbre causal en la responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, quiero afirmar que *Chaplin*, no obstante, ejemplifica un tipo de derecho relacionado con la situación de diagnóstico erróneo. Para observar cómo ocurre esto, se debe considerar brevemente la taxonomía de los derechos del derecho privado.

Para los efectos de la presente discusión, deben distinguirse dos tipos de derechos⁶³. Un tipo se compone de los derechos a la integridad personal y a la propiedad que las personas traen consigo a sus transacciones. Estos derechos preexisten a la interacción de una persona con cualquier otra, y tal interacción toma lugar dentro del marco jurídico provisto por estos derechos. Estos derechos son válidos contra todo el mundo, siendo ejemplificados en la propiedad como derechos *in rem*. Gran parte del derecho de daños se refiere a la interferencia injusta con estos derechos. El otro tipo se compone de derechos que surgen en, y a través de, las interacciones con las personas. Tales derechos son *in personam*: en general, solo se mantienen entre las partes cuya interacción los creó. Ejemplo paradigmático de este tipo de derecho es el derecho a la ejecución del contrato, que existe únicamente a través de la interacción entre el promitente y el prometido.

62 Para referencias, véase Reece, H., "Losses of Chances in the Law", *MLR*, 1996, vol. 59, 188, 189.

63 Para una versión más completa, véase Weinrib, E., *Corrective Justice*, cit., 222-226. Dejo de lado los derechos dentro de la relación fiduciaria, los cuales son irrelevantes para el asunto de turno.

En contraste con el derecho real, el derecho *in personam* es un derecho, no a una cosa, sino a una conducta, es decir, a la conducta de la otra parte de la manera particular que requiere el derecho. En *Chaplin*, por ejemplo, la ejecución exigida por el contrato incluía permitir a la demandante competir.

El derecho a la ejecución contractual no es el único ejemplo de derechos formados a través de la interacción de las partes. Otro ejemplo es el derecho que surge en conexión con la defraudación de la confianza razonable⁶⁴. Se considera que un demandado que, mediante palabras o hechos, invita a otra persona a confiar, asume la responsabilidad por las pérdidas ocasionadas por la confianza depositada. La inducción a la confianza crea, en la persona que confía, un derecho a que la conducta no se ejecute negligentemente. Este derecho surge a través de la transacción entre las partes, que las vincula en lo que los tribunales llaman una “relación especial”⁶⁵. Es decir, el derecho surge por medio de la invitación expresa o implícita del demandado a confiar en un propósito particular, y de la aceptación y actuación del demandante de esta invitación como confiable, de acuerdo con el propósito para el cual fue hecha. En estas circunstancias, el demandado no debe actuar de una manera que previsiblemente cause una pérdida a la persona cuya confianza ha incitado. El efecto de la invitación y de su aceptación es que la relación de las partes se rige por el derecho del demandante a un tipo particular de actuación por parte del demandado. En consecuencia, el demandado puede ser considerado responsable por la pérdida causada cuando esta actuación es inadecuada. La pérdida causada por la defraudación de la confianza constituye la lesión del derecho del demandante a que el demandado actúe de una manera particular. Por ejemplo, cuando la pérdida económica resulta de una representación negligente, la relación especial entre las partes permite al demandante reclamar, aunque no tenga un derecho independiente al bienestar económico propio.

La misma idea se aplica a la situación de diagnóstico erróneo. Al emprender el tratamiento del demandante, el demandado le ha incitado a confiar en la competencia del tratamiento; el demandante ha aceptado la invitación a confiar, al renunciar a la oportunidad de recibir tratamiento competente de otro médico⁶⁶. La relación entre las partes le da al demandante el derecho a que el demandado actúe de una manera particular, es decir, que brinde atención médica competente. Como se dijo en *Chaplin*, “el objeto y el alcance” de la actividad era dar al demandante la oportunidad, sea la que fuere, de evitar el resultado adverso. Esta oportunidad

64 *Ibid.*, 53-55.

65 Reino Unido. Cámara de los Lores, *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465 (HL).

66 La sugerencia de que la situación de diagnóstico erróneo debe entenderse como una actividad que causó detrimento de la confianza fue propuesta hace décadas por Stephen Perry, pero no ha recibido la atención que merece. Véase Perry, S., “Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence”, *UTLJ*, vol. 42, 1992, 247; Perry, S., “Risk, Harm and Responsibility”, en Owen, D. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 321. Y véase, también, Stevens, R., *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 50.

se perdió por la culpa del demandado. La materialización del resultado sin que el demandante obtuviese el beneficio de la oportunidad constituye la lesión de su derecho; una lesión no afectada por la incapacidad del demandante para demostrar que el tratamiento probablemente le habría evitado el resultado final. Debido a que la lesión del derecho del demandante no fue el resultado final en sí mismo, sino el sufrimiento del demandante de dicho resultado sin el beneficio de la oportunidad, la oportunidad puede servir como base de la compensación resultante.

Al trazar el paralelo entre la situación de diagnóstico erróneo y *Chaplin* no estoy afirmando que la responsabilidad en la situación de diagnóstico erróneo se base en el contrato en lugar de la responsabilidad extracontractual. El punto no es que los pacientes con enfermedades graves deberían hacerles pasar malos ratos a sus médicos. Más bien, lo que muestra esta aproximación es que la distinción entre la responsabilidad extracontractual y la contractual no tiene una relevancia fundamental en este contexto. Es decir, en el contrato el derecho surge a través de la interacción de las partes. Lo mismo es cierto, no obstante, de algunos casos de responsabilidad, como la responsabilidad por actividades dañosas confiadas a otros, que convencionalmente se clasifican como sometidas al derecho de la responsabilidad extracontractual. En otras palabras, la distinción entre los derechos con los que uno entra en las transacciones y los derechos que surgen a través de las transacciones va en contra de las clasificaciones jurídicas convencionales. Tanto el derecho a la ejecución de un contrato como el derecho a la ejecución no negligente de una actividad confiada surgen mediante la interacción de las partes. Ambos permiten la compensación por oportunidades perdidas, y por la misma razón.

En suma: la pérdida de la oportunidad es resarcible, no porque el demandante tenga un derecho independiente a la oportunidad, tal como lo tiene a su integridad física. Más bien, el derecho que tiene es a la conducta no negligente del demandado en la ejecución de una actividad en la cual el demandante, por la invitación del demandado, está confiando. El propósito de la labor del demandado es permitir que el demandante tenga la oportunidad, sea la que sea, de sobrevivir o recuperarse de la enfermedad. El demandante tiene derecho a comportarse de acuerdo con ese propósito. La pérdida de la oportunidad es la concreción del daño a este derecho del demandante. La probabilidad de que la oportunidad se materialice es la medida de la compensación del demandado por su pérdida.

Debido a que la responsabilidad proporcional está ligada a una actividad confiada a otro, este enfoque de la pérdida de oportunidad evita las dificultades que acompañan al derecho aparentemente independiente. La cuestión sobre el alcance del derecho no surge. En este contexto, el mayor riesgo de daño y la oportunidad perdida de evitar el resultado adverso de la enfermedad no están en el mismo marco conceptual. El demandante ha accedido a la invitación del demandado a confiar. Todo lo que concierne al derecho es lo que han perdido con esta confianza. De manera similar, la pérdida de oportunidad no es general para todas las incertidumbres causales, sino que es únicamente la consecuencia de la dependencia perjudicial inducida por el acusado. En consecuencia, no hay

ninguna base para otorgar al demandado el beneficio recíproco de reducir la responsabilidad total a la responsabilidad proporcional cuando el demandante puede demostrar la causalidad fáctica en el balance de probabilidades. Además, incluso en las circunstancias de confianza perjudicial, el demandante no está limitado a percibir una indemnización solo por la oportunidad perdida; si una lesión a su integridad física es la consecuencia probable de la confianza, el demandante puede ser indemnizado completamente por ese daño. Finalmente, se puede entender por qué el demandado no necesita compensar al demandante por la oportunidad perdida si el resultado adverso no ocurre. La responsabilidad no es simplemente el resultado de la pérdida de la oportunidad, sino también de la confianza perjudicial puesta por el demandante en la empresa del demandado. En ausencia del resultado adverso, el demandante no ha sufrido el perjuicio que un diagnóstico adecuado pudo haberle evitado.

Conclusiones

Este artículo ha tratado la incertidumbre causal en el derecho de la responsabilidad por culpa desde el punto de vista de la justicia correctiva. Este punto de vista se enfoca en dos ideas que son convergentes con la coherencia del derecho privado: la relación directa entre el demandante y el demandado como el que sufre y el que hace el daño, respectivamente, y la interpretación de esa relación a través del derecho del demandante y la obligación correlativa del demandado. El desafío para la justicia correctiva es que la incertidumbre causal cuestiona precisamente el vínculo entre el hacer y el sufrir. Sin embargo, como he tratado de demostrar, el enfoque de la justicia correctiva puede, al tiempo que refleja la estructura general del derecho, abordar las dificultades que crea la incertidumbre causal. En el caso de los cazadores, lo hace relacionando lo que el demandante ha sufrido con el aspecto remediador del derecho que es continuación del derecho sustantivo lesionado. En casos como *McGhee*, la justicia correctiva centra la atención en lo que ha hecho el demandado, es decir, en el rol del demandado en la creación del riesgo que posteriormente falló en mitigar. Y en el escenario de diagnóstico erróneo, la justicia correctiva sitúa la oportunidad perdida dentro de la estructura normativa de los comportamientos que incitaron a la confianza.

En lo que respecta al derecho, lo que surge de esto es que la incertidumbre causal no es un problema homogéneo. Los problemas que plantea y las soluciones que arroja varían según el tipo de escenario en el que surgen. El hilo que unifica estos diferentes escenarios no reposa en la promulgación de un conjunto único de reglas aplicables a todos ellos, sino en su ejemplificación, cada una a su manera, de cómo funciona la justicia correctiva cuando la causalidad es incierta.

Referencias

- Abraham, Kenneth, "Self-Proving Causation", *Virginia Law Review*, vol. 99, 2013, 1811-1853.
- American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Torts*, St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965.
- American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2005.
- Bernstein, Anita, "Hymowitz v Eli Lilly and Co: Markets of Mothers", en Rabin, Robert L. y Sugarman, Stephen D. (eds.), *Tort Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2003, 151-178.
- Brown, Russell, "The Possibility of Inference Causation: Inferring Cause-in-Fact and the Nature of Legal Fact-Finding", *McGill Law Journal*, vol. 1, n.º 55, 2010, 1-45.
- Fischer, David, "Products Liability – An Analysis of Market Share Liability", *Vanderbilt Law Review*, vol. 34, 1981, 1623-1662.
- Goldberg, John y Zipursky, Benjamin, *The Oxford Introductions to US Law: Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Hand, Learned, "Restitution or Unjust Enrichment", *Harvard Law Review*, vol. 11, 1897, 240-256.
- Hoffmann, Lord, "Fairchild and After", en Burrows, Andrew; Johnston, David y Zimmermann, Reinhard (eds.), *Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 63-70.
- Jansen, Nils, "The Idea of a Lost Chance", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, 271-296.
- Kant, Immanuel, *Metaphysics of Morals*, Gregor, Mary J. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- Khoury, Lara, "Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France", *Law Quarterly Review*, vol. 124, 2008, 103-131.
- Nolan, Donal, "Causation and the Goals of Tort Law", en Robertson, Andrew y Hang Wu, Tang (eds.), *The Goals of Private Law*, Oxford, Hart, 2009, 165-190.
- Perry, Stephen, "Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence", *University of Toronto Law Journal*, vol. 42, 1992, 247-317.
- Perry, Stephen, "Risk, Harm and Responsibility", en Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 321-346.
- Perry, Stephen, "Risk, Harm, Interests, and Rights", en Lewens, Tim (ed.), *Risk: Philosophical Perspectives*, Abingdon, Routledge, 2007, 190-210.
- Porat, Ariel y Stein, Alex, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Reece, Helen, "Losses of Chances in the Law", *Modern Law Review*, vol. 59, 1996, 188-206.
- Ripstein, Arthur y Zipursky, Benjamin, "Corrective Justice in the Age of Mass Torts", en Postema, Gerald J. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 214-249.

- Stevens, Robert, *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Twersky, Aaron, “Market Share – A Tale of Two Centuries”, *Brooklyn Law Review*, vol. 55, 1989, 869-882.
- Weinrib, Ernst, *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Weinrib, Ernst, *The Idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Williams, Glanville, “Case Comment on *Cook v Lewis*”, *Canadian Bar Review*, vol. 31, 1953, 315-317.
- Wright, Cecil A., *Cases on the Law of Torts*, 4.^a ed., Toronto, Butterworth, 1967.
- Wright, Cecil A., “The Law of Torts 1923-1947”, *Canadian Bar Review*, n.º 26, 1948, 46-58.
- Wright, Richard, “Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 20, 2008, 1295-1344.

Decisiones judiciales

- Canadá. Corte Suprema, *Cook v Lewis*, 1951, SCR 830.
- Canadá. Corte Suprema, *Joseph Brant Memorial Hospital v Koziol* [1978] 1 SCR 491.
- Canadá. Corte Suprema, *Laferrrière v Lawson* [1991] 1 SCR 541.
- Canadá. Corte Suprema, *Hollis v Dow Corning Corp* [1995] 4 SCR 634.
- Canadá. Corte Suprema, *Walker Estate v York Finch Hospital* [2001] SCR 647.
- Canadá. Corte Suprema, *Walker Estate v York Finch General Hospital*, [2001] 1 SCR 647.
- Canadá. Corte Suprema, *Resurfice v Hanke* [2007] 1 SCR 333.
- Canadá. Corte Suprema, *Clements v Clements* [2012] 2 SCR 181.
- Canadá. Tribunal de Apelaciones de Alberta, *McDougall v Black & Decker of Canada* [2008] 302 DLR (4th) 661 (ABCA);
- Canadá. Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Spasic Estate v Imperial Tobacco* [2000] 188 DLR (4th) 577 (OCA).
- Canadá. Tribunal de Apelaciones de Quebec, *Saint-Pierre v McCarthy* [1957] Que. Rep. 421 (BR).
- Estados Unidos. Corte Suprema de California, *Summers v Tice* 199 P 2d 1 (1948 CA).
- Estados Unidos. Corte Suprema de California, *Sindell v Abbott Laboratories* 26 Cal 3d 588 (CA 1980).
- Estados Unidos. Corte Suprema de Florida, *Conley v Boyle Drug Co* 570 So 2d 275 (1990 FL) 284.
- Estados Unidos. Corte Suprema de Illinois, *Smith v Eli Lilly & Co* 137 Ill 2d 222 (IL 1990).
- Estados Unidos. Corte Suprema de Michigan, *Abel v Eli Lilly* 343 NW2d 164 (1984 MI).
- Estados Unidos. Corte Suprema de Mississippi, *Oliver v Miles* 110 So 666 (1927 MS).
- Estados Unidos. Corte Suprema de Washington, *Herskovits v Group Health Cooperative of Puget Sound* 664 P 2d 474 (1983 WA).
- Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de California, *Haft v Lone Pine*, 478 P 2d 465 (1970 CA).

- Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, *Zuchowicz v United States*, 140 F 3d 381 (1998) 2d Cir.
- Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de Louisiana, *Reynolds v Texas and Pacific Railway*, 37 La Ann 694 (1885).
- Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *Palsgraf v Long Island Railroad* 162 NE 99 (1928 NYCA).
- Estados Unidos. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *Hymowitz v Eli Lilly & Co* 73 NY 2d 487 (CA 1989).
- Israel. Corte Suprema, *Carmel-Haifa Hospital v Malul* FH 4693/05 (29 de agosto de 2010).
- Reino Unido. Cámara de los Lores, *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465 (HL).
- Reino Unido. Cámara de los Lores, *McGhee v National Coal Board* [1973] 1 WLR 1 (HL).
- Reino Unido. Cámara de los Lores, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32.
- Reino Unido. Cámara de los Lores, *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2, [2005] AC 176.
- Reino Unido. Cámara de los Lores, *Barker v Corus* [2006] UKHL 20, 2 AC 572.
- Reino Unido. Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, *Chaplin v Hicks*, [1911] 2 KB 786 (CA).
- Reino Unido. Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, *Wright v Cambridge Medical Group EWCA*, Civ 669, 2011, 496.
- Reino Unido. Tribunal Superior de Justicia, División del Banco de la Reina, *Newton v Ellis* [1855] 5 El & Bl 115, 119 ER 424.