

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO I

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

DAÑOS CAUSADOS POR CONTAGIO POR CORONAVIRUS. LA CUESTIÓN DE LA CAUSALIDAD

JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ.¹

Sumario: I.El coronavirus y las incertezas científicas. II. Los presupuestos generales para la prevención y reparación del daño. La relación de causalidad. III. La relación de causalidad en la atribución material del resultado en la transmisión del coronavirus. IV. Algunos problemas vinculados con la existencia y prueba de la relación de causalidad. V. Reflexión final.

I. El coronavirus y las incertezas científicas

1. El origen

Al momento de escribir estas líneas, muchas de las cuestiones vinculadas al COVID-19, su génesis, transmisión, consecuencias y curación, son motivos de discusiones y continuas revisiones.

Una tesis, bastante generalizada, sitúa a la primera expresión del virus en la ciudad china de Wuhan, y a su agente etiológico en la población de pangolín malayo del sur de China². En un artículo publicado en el periódico argentino La Nación³ se cita al estudio del virólogo evolutivo

¹ Profesor Titular de la Cátedra de Daños Integrados en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Vice Director del Instituto de la Empresa de la misma.

² La Organización Mundial de la Salud (OMS) sitúa el primer caso de enfermedad por coronavirus (COVID-19) en Wuhan, el 31 de diciembre de 2019.

³ Edición digital del sábado 28 de marzo de 2020, disponible en [//lanacion.com.ar/salud/coronavirus-es-pangolin-origen-pandemia-nid2348014](https://lanacion.com.ar/salud/coronavirus-es-pangolin-origen-pandemia-nid2348014)

profesor Edward Holmes⁴, quien apunta como “*al pagolin probable origen de la pandemia del coronavirus*”. Edward remarca, que a la fecha, no es posible afirmar cómo el virus que habría estado alojado en ese animal, se transmitió a la humanidad, aspecto que permitirá no sólo luchar contra la actual pandemia, sino también identificar “*futuras amenazas de otros coronavirus en otras especies*”⁵.

Sigue la cita de La Nación: “*El profesor Holmes explica: “El papel que juegan los pangolines en la aparición del SARS-CoV-2 (la causa del COVID-19) aún no está claro. Sin embargo, es sorprendente que los virus de pangolín contengan algunas regiones genómicas que están muy relacionadas para el virus humano. El más importante de estos es el dominio de unión al receptor que dicta cómo el virus puede unirse e infectar células humanas”. El documento identifica a los pangolines como posibles huéspedes intermedios para el nuevo virus humano que ha surgido. Los autores piden que estos animales y otros sean retirados de los mercados para evitar la transmisión zoonótica a los humanos*”.

La nota da cuenta que estos científicos descartan que el nuevo coronavirus sea un agente biológico fabricado; no es un agente de laboratorio o un virus manipulado de enfermedades anteriores.

En otro estudio del mismo infectólogo, también citado por La Nación, publicado en la revista *Cell* en conjunto con el profesor Yong-Zhen Zhang, del Centro Clínico de Salud Pública de Shanghai y la Facultad de Ciencias de la Vida de la Universidad de Fudan, en Shanghai, corroboran que la

⁴ De acuerdo a la publicación que citamos, Holmes “...ocupa un puesto conjunto con la Facultad de Ciencias de la Vida y el Medio Ambiente y la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Sydney y ha estado trabajando estrechamente con científicos de China y de todo el mundo para desbloquear el código genético del SARS-CoV-2, que es el virus que causa el covid-19, para comprender sus orígenes y ayudar en la carrera en la que participan otros científicos para encontrar una vacuna efectiva”.

⁵ Igual teoría sustenta el estomatólogo Josep Ferré, en opinión vertida en el periódico *La Vanguardia*, de España (disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20200326/48103758469/coronavirus-covid-19-escola-pejoan-josep-ferre-ques-origen-sintomas-transmision-proteccion.html>), quien expresa: “*Hoy por hoy, el virus tiene un origen desconocido, aunque existe la posibilidad de que la fuente inicial pueda ser algún animal, ya que los primeros casos se detectaron en personas que trabajaban en un mercado donde se vendían animales salvajes. Muy probablemente es una zoonosis, la transmisión de un virus que pasa de un animal a un ser humano. En estos casos, suele haber un reservorio animal original (podrían ser los murciélagos) y un posible huésped intermediario que todavía no se ha identificado (se dijo que podía ser un pangolín)*”.

primera aparición del virus habrían aparecido en Wuhan, pues se tomaron muestras del mercado de esa ciudad y expresan que se han obtenido “*secuencias genómicas de muestras ambientales del mercado y el análisis filogenético revela que están muy estrechamente relacionadas con los virus muestreados de los primeros pacientes de Wuhan*”. Sin embargo, cita nuestra fuente, “*...el profesor Holmes y el profesor Zhang se apresuran a señalar que como “no todos los primeros casos estaban asociados al mercado, es posible que la historia de emergencia sea más complicada de lo que se sospechaba”*”.

El documento dice que el virus SARS-CoV-2 probablemente se convierta en el quinto coronavirus endémico en la población humana. Concluye que “*los coronavirus claramente tienen la capacidad de saltar los límites de las especies y adaptarse a los nuevos huéspedes, lo que hace que sea fácil predecir que surgirán más en el futuro*”.

2. La propagación y el contagio del virus

En nota publicada por el periódico argentino INFOBAE, en su edición digital de 28 de marzo de 2020⁶, cita a las conclusiones a las que llegó la Organización Mundial de la Salud acerca de los modos en que una persona puede infectarse con el COVID-19: “*Una persona puede contraer la COVID-19 por contacto con otra que esté infectada por el virus. La enfermedad puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala. Estas gotículas caen sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, de modo que otras personas pueden contraer la COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca. También pueden contagiarse si inhalan las gotículas que haya esparcido una persona con COVID-19 al toser o exhalar. Por eso es importante mantenerse a más de 1 metro (3 pies) de distancia de una persona que se encuentre enferma*”. Sin embargo, el informe citado por el periódico, expresa que se trata de conclusiones provisionarias”.

Al preguntarse si “*¿Puede transmitirse a través del aire el virus causante de la COVID-19? (responde): Los estudios realizados hasta la fecha*

⁶ <https://www.infobae.com/america/tendencias-america/2020/03/26/preguntas-y-respuestas-de-la-oms-sobre-la-pandemia-del-coronavirus/>

apuntan a que el virus causante de la COVID-19 se transmite principalmente por contacto con gotículas respiratorias, más que por el aire”

Y al responder “.. si es posible contagiarse de COVID-19 por contacto con una persona que no presente ningún síntoma? (expresa) *La principal forma de propagación de la enfermedad es a través de las gotículas respiratorias expelidas por alguien al toser. El riesgo de contraer la COVID-19 de alguien que no presente ningún síntoma es muy bajo. Sin embargo, muchas personas que contraen la COVID-19 solo presentan síntomas leves..”*

Por último INFOBAE reproduce la respuesta de la OMS acerca de si *¿Es posible contagiarse de COVID-19 por contacto con las heces de una persona que padezca la enfermedad?. Y cita “..El riesgo de contraer la COVID-19 por contacto con las heces de una persona infectada parece ser bajo. Aunque las investigaciones iniciales apuntan a que el virus puede estar presente en algunos casos en las heces, la propagación por esta vía no es uno de los rasgos característicos del brote. ..No obstante, se trata de un riesgo y por lo tanto es una razón más para lavarse las manos con frecuencia, después de ir al baño y antes de comer. Por lo tanto, es posible contagiarse de alguien que, por ejemplo, solamente tenga una tos leve y no se sienta enfermo”.*

En todos los casos, la OMS previene: “*La OMS está estudiando las investigaciones en curso sobre el periodo de transmisión de la COVID-19 y seguirá informando sobre los resultados actualizados”.*

Esto es, las conclusiones son provisionarias, por lo que, en el futuro, puede ser que se concluya que virus no estaba alojado en animales, sino en que su etiología es otra, o que los modos de transmisión eran otros a los indicados en estos primeros estudios.

3. Las enfermedades que produce y sus métodos de curación

Según da cuenta la página web de organización América Economía-Cluster Salud⁷: “*El coronavirus es oficialmente una infección respiratoria, lo que significa que afecta los pulmones y las vías respiratorias. Los síntomas típicos son tos, dificultad para respirar y fiebre. Todavía hay muchas cosas que no sabemos sobre el nuevo coronavirus que ya ha enfermado a habitantes de unos 65 países en el mundo. Sin embargo, lo que está tan*

⁷ <https://clustersalud.americaeconomia.com/sector-publico/asi-ataca-el-coronavirus-al-cuerpo-humano>

claro es que, en casos graves, el virus puede tener un efecto devastador en el cuerpo, y no solo en los pulmones. Esto es lo que saben los especialistas hasta ahora sobre cómo el nuevo coronavirus afecta al organismo. Al igual que con otras enfermedades del tipo coronavirus, incluido el SARS, el MERS y el resfriado común, el COVID-19 es una enfermedad respiratoria, por lo que los pulmones generalmente se ven afectados primero. Los primeros síntomas incluyen fiebre, tos y dificultad para respirar. Estos pueden aparecer tan pronto como 2 días, o hasta 14 días, después de la exposición al virus. La gravedad de COVID-19 varía desde síntomas leves o sin síntomas hasta enfermedades graves o, en ocasiones, mortales”.

En relación a los métodos de prevención, se han generalizado diversas conductas a realizar⁸, que sintetizaremos. A modo general, se impone “*distanciamiento social, lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón o alcohol en gel, toser o estornudar sobre el pliegue del codo o utilizar pañuelos descartables, no llevarse las manos a la cara, ventilar bien los ambientes de la casa y del lugar de trabajo, desinfectar bien los objetos que se usan con frecuencia, no automedicarse, en caso de presentar síntomas, aunque sean leves, consultar inmediatamente al sistema de salud, siguiendo las recomendaciones locales, para saber cómo hacer correctamente la consulta”.*

Luego, sobre algunas medidas para prevenir la propagación, se han dictado normas especiales, Así, v.g., diversos estamentos gubernamentales nacionales, provinciales o municipales, han dictado regulaciones para asegurar dicho distanciamiento social.

A la fecha de este documento, en el mundo se han infectado 2.465.459, de las cuales fallecieron personas, se han recuperado 131.978 u fallecieron 27.599⁹.

La recuperación se habría producido por el desarrollo del virus sin complicaciones que llevaran a la muerte.

Aún no se ha reportado que existieren antibióticos capaces de curar la enfermedad, ni vacunas para evitarla.

⁸ <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus/poblacion/prevencion>

⁹ Datos al 21/04/ 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060>

4. La provisoriedad de las conclusiones científicas

Las citas sobre evidencias acerca de la etiología de la pandemia, sus consecuencias, métodos de prevención y curación, son provisorias.

Mas son los datos con los que contamos para abordar el tema en estudio.

Por lo tanto, todas nuestras reflexiones serán también provisorias. Y son realizadas como un modo de ir creando foros de debates sobre los problemas jurídicos que, más temprano o más tarde, el sistema deberá resolver.

II. Los presupuestos generales para la prevención y reparación del daño

Al sólo fin de su análisis posterior en relación al tema propuesto, haremos un breve análisis de los presupuestos necesarios para obtener medidas de prevención del daño y su reparación.

1. La prevención del daño

Hace tiempo que las reglas que regulan las situaciones lesivas con consecuencias dañosas, patrimoniales o extrapatrimoniales, han venido ampliando sus horizontes. Entre nosotros, se ha aceptado que las reglas jurídicas no sólo se enfrentan al daño ya producido (dirigidas a la reparación), sino también a la prevención de daños probables (normas de la prevención) y sanciones aplicables ante daños notoriamente injustos (normas sancionatorias disuasivas).

Aún antes de que el Código Civil y Comercial incorporara normas de prevención expresas, doctrina y la jurisprudencia argentinas habían aceptado la facultad de los jueces de disponer medidas tendientes a evitar un daño probable, aún no consumado.

La punta de lanza en el ámbito legislativo se situó en el ámbito del derecho ambiental, cuya norma madre, la Ley General de Ambiente N° 25.675, adoptó, ya en 2002, los principios de prevención y precaución. El artículo 2, al determinar cuáles son los objetivos que deberá cumplir la política ambiental nacional, dispone: “...g) *Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo...k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental*”.

Su artículo 4, en tanto, expresa: *“La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”*

No tenemos dudas que las reglas del derecho ambiental son plenamente aplicables ante la pandemia, pues la noción de ambiente se ha ampliado dogmáticamente a límites inicialmente insospechados, y no dudamos que la población, en conjunto e individualmente, es ambiente y, por ello, se encuentran en el ámbito de protección de estas normas.

El Código Civil y Comercial ha dado emplazamiento central a la prevención del daño. El Título IV del Libro Tercero, que contiene disposiciones atinentes a “Otras fuentes de las obligaciones”. Capítulo I (denominado “Responsabilidad civil”) dispone normas destinadas tanto a la reparación como a la prevención.

Así el artículo 1708, que dispone *“Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”*, emplazando a la prevención como función de las reglas de la responsabilidad.

Y otorga una Sección, la 2^a. un lugar preponderante las reglas sobre prevención.

Son tres los artículos que forman el núcleo de protección preventiva del daño. Los transcribiremos:

ARTICULO 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

ARTICULO 1711. Acción preventiva. La acción, preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

ARTICULO 1712. Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

ARTICULO 1713. Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

El artículo 1710 contiene tres reglas. Una, la incluida en su inciso a), es un principio general del derecho, no una regla específica dirigida a una persona o grupo de personas en particular. El deber de no dañar a otro trasciende el Código, y constituye una regla de convivencia en sociedad, aplicable desde tiempos inmemoriales.

Más interesantes, a los fines de determinar reglas, son los otros dos incisos del artículo 1710.

El inciso b, desde nuestro punto de vista, regula la situación de la persona que, sin ser la causante originaria del daño, puede, a través de una conducta positiva o negativa, evitar o mitigar el daño causado por otro. Es la transpolación modificada del artículo 1074 del Código de Vélez, el que rezaba: *“Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*.

El Código de Vélez determinaba un principio estricto en relación al deber de evitar el daño causado por terceros: sólo era necesario actuar, si una norma así lo declaraba. La doctrina interpretó y amplió el deber, manifestando que debía interpretarse que los principios de buena fe y solidaridad imponían actuar, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño.

En ámbitos de responsabilidad del Estado, en donde la responsabilidad por omisión pura tuvo y tiene mayor amplitud de aplicación, la doctrina amplia no fue receptada.

Con la nueva redacción, se abre un amplísimo abanico de posibilidades de interpretaciones ante cada caso concreto, pues se deberá evaluar si quien omitió actuar estaba, según los parámetros de la “*buenafé y las circunstancias*” en condiciones de realizar alguna conducta evitativa o paliativa.

Por último, el inciso c) del artículo 1710, es un mandato dirigido al damnificado. Se sienta la regla del deber de evitar o disminuir el daño propio, en tanto esté dentro de sus posibilidades. La propia víctima no puede desentenderse del daño al cual se puede ver expuesto, previéndolo, haciéndolo cesar o disminuyendo las consecuencias. Posibilidad de la víctima que también deberá ser juzgada en los límites de actuar de buena fe y con diligencia.

Y el esquema se completa con la habilitación de procedimientos adecuados para hacer efectivo el derecho preventivo, con normas amplias y, en cierto modo, indeterminadas, pues:

- Se habilita a pedir medidas preventivas a cualquier persona que acredite un “interés razonable”.
- Ante cualquier acción u omisión que pueda producir daños, continuarlos o agravarlos.

No es éste el lugar para discutir sobre la noción de acción (en su faz positiva o negativa –omisión–), y si los hechos de la naturaleza o de incapaces pueden ser catalogados como “actos”. Sólo nos basta afirmar que estos “hechos”, no voluntarios, también habilitan la promoción de acciones preventivas.

- Siempre que sea “razonable” que la producción, continuación o agravamiento del daño se produzcan

Será siempre más difícil trabajar ante el supuesto en que el daño aún no ha comenzado su curso, esto es ante el peligro de daño, pues la incerteza será mayor. Si el daño está en curso de producción, es menos dificultoso prever y decidir medidas para hacerlo cesar o disminuir sus consecuencias.

Para el pedido y adopción de medidas preventivas, no es necesario alegar ni probar que el hecho o el acto es atribuible subjetiva u objetivamente a alguien. Se debe realizar un análisis objetivo de la situación para decidir su procedencia.

Se conceden al juez amplias facultades de decisión, facultándolo a ordenar, a petición de parte o de oficio (no rige el principio de congruencia procesal), medidas definitivas (v.g. el decomiso de materiales peligrosos)

o provisorias (la suspensión de alguna actividad riesgosa), imponiendo obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Mas la tarea del juez no es fácil, porque deberá realizar una tarea de ponderación importante, cotejando que la medida restrinja la actividad o imponga obligaciones en la menor medida posible (pues se trata de situaciones aún *in fieri*) a través de los medios más adecuados para obtener la finalidad de prevención perseguida.

En cualquier caso, quien decida el mandato anticipatorio, deberá decidir si existe algún vínculo material constatable, entre la actividad riesgosa y el daño que se pretende prevenir, esto es si existe, aunque sea en grado de probabilidad, un nexo causal.

2. La reparación del daño

La reparación del daño fue, inveteradamente, la función central de las normas del derecho de daños.

Desde los primeros códigos civiles (si tomamos a este hito como un punto de referencia) las normas de la responsabilidad determinaron los requisitos o elementos para que el daño sufrido por una persona deba ser asumido por otra, sea al autor o alguien vinculado con el autor.

Sin embargo, los requisitos requeridos, o su misma configuración, han ido variando, según las distintas épocas y situaciones.

A la actualidad, la doctrina identifica cuatro elementos necesarios: el daño antijuridicidad del hecho al que se atribuye la causación del daño, la relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño, y un factor o causa que justifique la atribución del daño (y su deber de repararlo) a quien o quiénes, en definitiva, deban afrontar su reparación.

Nos concentraremos sólo en el vínculo causal.

3. La relación de causalidad¹⁰

Si se persigue la reparación de un daño ya causado, el estado actual de la doctrina –autoral y judicial- exige que haya prueba sobre la relación

¹⁰ Para el estudio de este elemento, en la Argentina es ineludible el estudio exhaustivo de ACCIARRI, Hugo C, LA RELACION DE CAUSALIDAD Y LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS. Reparación, prevención, minimización de costos sociales, Abeledo Perrot, Bs.As., 2009.

material entre el hecho o actividad a los cuales se atribuye el riesgo o el daño, y el perjuicio que se persigue prevenir o reparar.

3.1. La conducta o el hecho a la que se atribuye el daño debe tener una conexión material con el daño cuya reparación se pretende. Se trata de determinar la causa del daño, el hecho o conducta que materialmente lo produjo.

Muchas veces, la determinación de esta causa es simple. Si sólo un hecho o acto precede a la producción del daño, seguramente éstos han sido su causa, salvo que haya existido una causa ajena productora del perjuicio (el propio damnificado, un tercero por quien no se debe responder o un caso fortuito).

El problema se complejiza cuando han existido varios hechos o actos que se vincularon con el resultado y todos podrían haberlo causado.

Se parte de la base de que todas las circunstancias relacionadas con el hecho (condiciones), se puede y debe elegir una, como condición idónea para producir el daño, que es la causa

Se ensayaron distintas teorías para determinar cuál es la causa: desde aquella que indica que, en realidad, todos los antecedentes son causas (teoría no individualizadora), a aquellas que determinan diversos procedimientos para singularizar el origen (teorías individualizadoras). Las más difundidas, de la causa próxima, de la causa eficiente, cuantitativa o cualitativa y de la causa adecuada.

3.2. El Código Civil y Comercial argentino adoptó como criterio, que las consecuencias reparables son aquellas “que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño...” (artículo 1726).

La teoría de la causalidad adecuada, originada en las ciencias naturales (Von Kries), se asienta sobre las siguientes reglas: entre las condiciones necesarias selecciona a la que tiene aptitud para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia; el juez formula un juicio retrospectivo de probabilidad: se pregunta si una determinada condición (el suceso en juzgamiento) poseía poder suficiente para producir la consecuencia que se examina y para ello se basa en criterios de normalidad, por lo que requiere tipicidad y habitualidad del hecho.

Además, de acuerdo al Código Civil y Comercial, no todas las consecuencias son reparables: sólo aquellas previsibles. También las reglas de la relación de causalidad sirven para la determinación de las consecuencias indemnizables: siempre las inmediatas (pues se consideran que son siempre consecuencia del hecho determinado como causa y, por ello, son previsibles) y las mediatas (en ese caso sólo si son previsibles, con parámetro objetivo general de previsibilidad).

3.3. Las causales de exoneración a nivel causal

Determinada la relación entre una determinada condición –considerada causa- con el daño (y si existe un factor de atribución que lo amerite), el sindicado causal será responsable.

Pero el sindicado como autor (a nivel causal), puede eximirse probando que, en realidad, la condición que generó el daño fue otra (y, por ende, debe ser considerada causa). Es la llamada “causa ajena”, y que puede patentizarse en tres situaciones: hecho de un tercero por quien no se debe responder, hecho del propio damnificado y caso fortuito.

Consideramos que este aspecto sólo es importante cuando hay presunciones de causa (v.g. en el supuesto del artículo 1757 Código Civil y Comercial argentino)¹¹, pues, en los demás casos, siempre el damnificado deberá probar la causa (artículo 1734 Código Civil y Comercial), por lo que el sindicado como responsable puede no probar el hecho eximente. Si el damnificado no prueba la causa, no procederá la pretensión.

a) El hecho del tercero por quien no se debe responder.

El sindicado como responsable puede probar que el daño no fue causado por el hecho o acto por el cual se lo sindicó, sino por un hecho o acto de un tercero, ajeno a su ámbito de incumbencia (tercero por quien no se debe responder).

El primer paso es determinar si hubo hecho de un tercero que puede ser considerado causa, en el sentido ya expuesto. Pero, además, el sindicado deberá probar que ese tercero no es una persona por quien deba responder.

¹¹ El artículo regula los daños causados por cosas o actividades riesgosas o peligrosas. La doctrina es conteste en afirmar que la norma crea una presunción de causalidad entre el hecho de las cosas o actividades peligrosas, bastando probar la configuración del supuesto.

Pizarro y Vallespinos¹² listan algunos supuestos en que el sindicado como responsable no podrá alegar el hecho del tercero, al no presentarse la mencionada ajenidad: “ 1) *Los daños causados por dependientes en ejercicio o en ocasión de sus funciones, respecto del principal.* 2) *Los producidos por ciertas personas que, sin llegar a ser dependientes, entran en contacto con la cosa que causa el daño, por voluntad expresa o presunta del dueño o guardián (amigos, parientes a quien se facilita ocasionalmente el automóvil) Se incluye dentro de este supuesto, el uso del vehículo por un mecánico, siempre que se trate de realizar las pruebas necesarias para la correcta ejecución de la tarea encomendada o para devolverlo al domicilio de su dueño; o el uso del automotor por el garajista, cuando el mismo fue dejado con las llaves y en la medida en que su utilización se limite a pequeños desplazamientos en el interior del local donde está guardado.* 3) *El uso del automóvil por el intermediario o el agenciero, a quien se entrega el vehículo en consignación o el efectuado por la persona a la cual se le entrega el automóvil para que lo pruebe.*

4) *El fabricante de un producto elaborado no es un tercero por quien el dueño o guardián no deban responder, cuando el detrimento se produce a raíz de un vicio de fabricación (argum. art.40, ley de defensa del consumidor y 1757 Cód. Civil.).* 5) *El guardián de la cosa (art.1758 Cód.Civ. Com.), como regla , no es un tercero por quien no deba responder el dueño . Es una solución que surge del carácter concurrente que asume, en nuestra legislación, la responsabilidad del dueño y del guardián. Por lo tanto, el adquirente que recibe la cosa voluntariamente de su dueño, convirtiéndose en guardián, jamás puede ser tratado como un tercero extraño por quien el titular registral no deba responder...6) Aquellas personas por cuyo hecho se debe legalmente responder (v.g., los niños menores de edad respecto de los padres y tutores, arts. 1754 a 1756 Cód.Civ.Com.).* 7) *Los auxiliares introducidos por el deudor para ejecutar la obligación (art. 732 Cód.Civ.Com)....”*

Además, el hecho del tercero, por quien no debe responder el sindicado como responsable, debe haber sido imprevisible e inevitable. Así lo dispone el artículo 1731 del Código Civil y Comercial: “*Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito*”.

¹² PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, T. 1, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2017, § 153.

b) También el sindicato puede excluir su responsabilidad si se prueba que fue el propio damnificado quien generó su daño.

Así lo dispone el artículo 1729: *“Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”*.

Es el damnificado, quien, a través de un hecho o un acto propios, han causado, de manera total o parcial, su propio daño, lo que liberará, total o parcialmente, la responsabilidad del sindicato. Este es el principio.

Puede que, para obtener la liberación, se exija que el hecho del damnificado reúna características especiales: que hay actuado con culpa o dolo, o que haya actuado de alguna manera especial. Pero dicha conducta especial liberatoria del sindicato debe haber sido fijada previamente por la ley.

c) La última causal de exoneración a nivel causal es el caso fortuito.

El Código Civil y Comercial lo define en el artículo 1730: *“Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos”*.

La noción es idéntica a la que incluía el Código de 1871, en su artículo 514, que reza: *“Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”*.

Picasso y Sáenz¹³ enseñan que: *“El caso fortuito o fuerza mayor es un hecho que, por resultar imprevisible o inevitable, fractura totalmente la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima. En tanto se reúnan esos caracteres, poco importa que se trate de un hecho natural (terremotos, maremotos, etc.) o de acciones humanas ajenas al demandado y que este no puede impedir (hechos del príncipe—de la autoridad pública—, acciones violentas de terceros, hecho de la propia víctima, etc.)”*.

Dos son las características que la doctrina tradicional requería para que el hecho o el acto invocado por el sindicato como responsable sea

¹³ PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J., TRATADO DE DERECHO DE DAÑOS, 1a ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 368.

eximitorio de responsabilidad: que sea imprevisible y que sea inevitable. A estas propiedades, más modernamente, se suma la externalidad del hecho

Bien se ha dicho que la imprevisibilidad “...debe asociarse con la teoría de la causalidad adecuada adoptada por los arts. 1726 y 1727 del CCC”... pues “... para evaluar la existencia de un vínculo causal adecuado entre un hecho y un resultado es preciso indagar si este último era previsible objetivamente para un hombre medio que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso. Pues bien, en la caracterización del caso fortuito reaparece esta nota relacionada con la previsibilidad, porque se trata de un hecho que no habría podido ser previsto en los términos que se acaban de mencionar, y es precisamente por eso que rompe el nexo causal adecuado entre el obrar del agente y el daño...”¹⁴. Y que “...la previsibilidad o imprevisibilidad debe ser apreciada objetivamente en base a parámetros de razonabilidad, atendiendo en abstracto a lo que ordinariamente sucede desde una perspectiva causal, ex post facto, sin que ello importe, por cierto, exigir una dosis adivinatoria al sujeto”¹⁵

Sobre la inevitabilidad, Picasso y Sáenz entienden, en postura que compartimos, que “Se trata del carácter más importante de esta eximente dado que, en puridad, también la imprevisibilidad desemboca en él: un hecho que no ha podido preverse tampoco ha podido, lógicamente, evitarse. E incluso si aquel hubiera sido previsto constituirá un caso fortuito si, pese a eso, no ha podido ser evitado. Es preciso, entonces, que el hecho constituya un obstáculo invencible, que el agente no puede vencer o superar en modo alguno”¹⁶.

Por último, se requiere que el hecho o acto alegado como caso fortuito sea ajeno “...a la esfera económica del agente o a su esfera de actuación, es decir, a sus actividades, su empresa o las cosas de su propiedad”¹⁷. Es el carácter de externalidad del caso fortuito.

¹⁴ PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R., Op. cit., pág. 369.

¹⁵ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Op. cit., loc. cit.

¹⁶ Idem, Op. cit, loc. cit.. En el mismo sentido PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Op. cit., loc. Cit.

¹⁷ Idem, Op. cit., pág. 371.

III. La relación de causalidad en la atribución material del resultado en la trasmisión del coronavirus

1. El origen de la infección. La responsabilidad del Estado chino por ausencia de medidas para su difusión.

Damos por cierto que el virus tiene un origen animal (cualquiera sea la especie que lo porte), y se habría transmitido a la especie humana por su contacto con dichos animales. Damos por cierto, también, que la primera difusión a los humanos se produjo en la ciudad de Whuan, en China.

Hemos leído en estos días que en los Estados Unidos de América se ha promovido una acción de clase en contra del gobierno chino tendiente a la reparación de los daños producidos por la difusión del virus y las enfermedades y muertes que ha causado este hecho.

Reproduciremos textualmente cómo se ha difundido la noticia, la que tomamos, también por exacta en cuanto a la manera en que se ha promovido la demanda¹⁸:

“Un reconocido bufete de abogados de Florida, Estados Unidos, presentó una demanda colectiva contra el régimen chino conducido por Xi Jinping por hacerlo responsable de la pandemia del coronavirus COVID-19 que está causando estragos en la población mundial. Beijing “sabía que el COVID-19 era peligroso y capaz de causar una pandemia, pero actuó lentamente, proverbialmente metieron la cabeza en la arena y/o la taparon por su propio interés económico”, dice el documento presentado por la firma The Berman Law Group ante una corte de aquel estado norteamericano. “The Berman Law Group anunció que ha presentado una demanda colectiva federal contra la República Popular de China, la provincia de Hubei, la ciudad de Wuhan y varios ministerios del gobierno chino, en nombre de los residentes y las empresas en los Estados Unidos y el estado de Florida”, dice el comunicado de prensa al que tuvo acceso Infobae. “La demanda fue presentada en el Distrito Sur de Florida y busca miles de millones de dólares en daños compensatorios para aquellos que han sufrido lesiones personales, muertes por negligencia, daños a la propiedad y otros daños debido a la falta de China de contener el virus COVID-19, a pesar de su capacidad de contener el virus en sus primeras

¹⁸ <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/03/23/un-bufete-de-abogados-lanzo-una-demanda-colectiva-contr-el-regimen-chino-por-causar-la-pandemia-del-covid-19/>, leído el 30 de marzo de 2020.

etapas de propagación”. Matthew Moore, abogado del bufete indicó: “Como hemos alegado en nuestra queja, los funcionarios chinos sabían antes del 3 de enero que el COVID-19 se transmitió de humano a humano y los pacientes comenzaron a morir unos días después. Sin embargo, seguían diciéndole a la gente de Wuhan y al mundo en general que todo estaba bien, incluso celebrando una cena pública en Wuhan para más de 40,000 familias el 18 de enero”. El brote ya se había iniciado, incluso, mucho antes. A partir de noviembre el virus ya circulaba por la populosa ciudad china sin que el régimen hiciera algo para controlar el brote. Por el contrario, ante las primeras denuncias de médicos, Beijing ordenó su censura y castigo. “Esto podría haberse contenido mientras que los funcionarios chinos intentaron en cambio presentar una narrativa positiva sobre la epidemia que se desarrolla para el propio interés económico de China”, continuó el ex senador estatal de Florida Joseph Abruzzo, director de relaciones gubernamentales de la empresa. “Cuando leas sobre el aumento del número de víctimas mortales y veas la detención casi completa de la vida y los viajes normales, recuerda que China esperó diecisiete días críticos antes de compartir la secuencia del genoma COVID-19 con otras naciones, como lo deja en claro la queja”. Por su parte, Russell Berman, cofundador de la firma señaló que la demanda “es una queja ambiciosa contra una superpotencia mundial. Pero, como hemos alegado, China ha desatado una pandemia en el mundo, y el daño ahora se multiplica exponencialmente todos los días aquí en los Estados Unidos y Florida. Nuestra firma no tiene miedo de enfrentarlos y obtener la justicia que se merece. Es el gobierno chino el que debería pagar los daños por estímulo económico a Estados Unidos, no el pueblo estadounidense”..”.

De acuerdo a esta noticia, la demanda le endilga a varios organismos chinos, en la terminología que utilizamos en nuestro derecho, defecto de servicio, al no haber tomado las medidas necesarias para evitar la difusión del virus. También da a entender que habría habido conductas dolosas de ocultamiento de información. Pero centraremos la hipótesis en que el Estado chino no hubiere tomado las medidas adecuadas para evitar la pandemia.

Esta es, hasta hoy, la única causa posible de determinación causal del primer contagio, pues no existe ninguna otra hipótesis de difusión primaria.

Si esta fuese la hipótesis comprobable, estaríamos en presencia de responsabilidad civil del Estado por omisión, y existiría relación de causalidad entre la no conducta del Estado y la difusión primaria de la pandemia.

2. Responsabilidad individual por transmisión del virus

En nuestro país, a los fines sanitarios, se han creado tres categorías de personas que han adquirido el virus: quienes lo adquirieron en un país que visitaron, en el que ya se había difundido el virus, quienes se infectaron por contacto estrecho con ellos, o quienes lo adquirieron sin haber tenido contacto alguno personas de alguna de las categorías anteriores (infectado autóctono o por transmisión comunitaria).

Estas categorías nos servirán para analizar posibles atribuciones causales por la transmisión del virus. No abordaremos, en esta oportunidad, bajo qué factores de atribución deberían ser juzgadas cada una de las conductas.

Trabajaremos sobre la hipótesis de que de que la única causa de transmisión fue el contacto con una persona enferma. Más adelante problematizaremos sobre la posibilidad de que existieran otras causas de transmisión.

En la primera fase de difusión del virus, el contagio se produjo por el contacto de una persona que lo contrajo en el exterior y se puso en contacto con otras personas de nuestro país.

Si es probado que quien ingresó estaba infectado, y no existen otras causas probables de contagio, la cuestión no se compleja.

Causalmente está identificado el autor del daño.

En igual situación de análisis causal estaremos para determinar la causa en el supuesto aquella persona contagiada por contacto con un viajero, y que luego contagia, por contacto, a terceros.

Repetimos, no hacemos aquí una análisis de si estas personas deben responder por el contagio sólo porque causalmente produjeron el contagio¹⁹

3. El papel del damnificado en el contagio

Hemos recordado que una de las causales de exoneración de responsabilidad para el sindicado como responsable, a nivel causal, es que el resultado sea consecuencia de un hecho o acto del propio damnificado.

Si en los supuestos antes analizados el damnificado (contagiado) se hubiere expuesto voluntariamente (esto es como una decisión propia, libre

¹⁹ Desde nuestro punto de vista, los causantes sólo responderán si actuaron con dolo o culpa, según los parámetros de conductas previstos por los artículos 1724 y 1725 Código Civil y Comercial argentino.

de vicios –artículos 260 y siguientes Código Civil y Comercial) al contacto con un infectado, no dudamos que no podrá endilgarse responsabilidad a quien transmitió el virus.

4. La transmisión comunitaria. El papel del Estado como causante

En la etapa de transmisión comunitaria, puede que no sea posible identificar al individuo a a quien pueda atribuírsele causalmente el contagio.

Se plantea, entonces, el papel de los organismos estatales en la disposición y ejecución de medidas que traten de mitigar el contagio y si se puede atribuir al Estado la causación del daño, por defectos en la prestación del servicio o por omisión pura.

Cualquiera sea la situación, deberá probarse la relación material entre la prestación deficiente o la omisión, y el daño alegado.

Sin embargo, en materia de daños por omisión, es doctrina judicial sentada que sólo se puede exigir una conducta determinada al Estado, si existe una norma que así lo disponga. Esto es, sólo podrá atribuírsele responsabilidad, si existía una norma expresa que le impusiera la conducta.

Las numerosas disposiciones dictadas desde la declaración de emergencia sanitaria y reconocimiento de la pandemia, han puesto sobre el Estado gran cantidad de medidas de prevención y saneamiento de la situación, por lo que es posible, de incumplirse, atribuir responsabilidad al Estado por el contagio.

Sin embargo, el análisis de los parámetros de atribución se debe realizar en un contexto de situación de emergencia, sanitaria y económica, sin precedentes y de incierto pronóstico.

Por lo que, al menos en esta etapa, consideramos que la responsabilidad civil del Estado sólo podría justificarse en supuestos de notorios y graves incumplimientos a sus deberes de preservación de la salud y el bienestar públicos²⁰.

En este contexto, sólo un notorio y grave apartamiento de las obligaciones inherentes a la actividad estatal, en cualquiera de sus ámbitos –administrativo, legislativo o judicial- y con un riguroso análisis de los

²⁰ En esta línea GONZALEZ FREIRE, “La valoración de la conducta hacia la configuración de la responsabilidad civil frente a la toma de medidas de emergencia nacional sanitaria (“covid-19, coronavirus””, elDial.com - DC29AD.

presupuestos marcados por la jurisprudencia, podrían justificar una condena al Estado.

IV. Algunos problemas vinculados con la existencia y prueba de la relación de causalidad

1. Quien imputa causalmente un resultado a un hecho o un acto, debe probar este extremo

El artículo 1736 del Código Civil y Comercial así lo determina:

“Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

Expresamos antes que situamos al supuesto de contagio interpersonal dentro de la responsabilidad subjetiva, por lo que no es aplicable la presunción de causalidad derivada de la aplicación de los artículos 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial.

2. Un primer problema puede plantearse a la hora de determinar cuál ha sido la causa de contagio del virus, si es posible que hayan sido varios los posibles autores.

Si todos los transmisores actuaron culposamente en conjunto, o proviene de cosas o hechos riesgosos, la obligación será individual y solidaria entre todos los partícipes, sin perjuicio de las responsabilidades concurrentes de quienes deban responder por el hecho o acto de los obligados principales (artículo 1751 Código Civil y Comercial).

Una segunda hipótesis es que el contagiado hubiese estado en contacto con varias personas infectadas en el período en el que aún no se han presentado los síntomas, y no pueda determinarse quién ha sido el que transmitió el virus.

El Código Civil y Comercial regula el daño causado colectivamente en la Sección 8^a. del Capítulo correspondiente a la responsabilidad civil.

Si los distintos posibles agentes causales no conocían su infección, no dudamos que la solución vendrá dada por el artículo 1761: *“Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificados de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción”.*

En cambio, si los miembros del grupo conocían de su infección, o podían conocerlo, actuando diligentemente, se constituye en un grupo peligroso, y le es aplicable el artículo 1762: “*Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. La causal entre el contagio con el virus y las enfermedades asociadas...*”

3. Distinta, y más compleja, es la situación de determinar si las posibles causas de contagio hayan sido el contacto con otra persona o la transmisión comunitaria; v.g. una persona que ha tenido contacto con un infectado, pero también ha circulado por estar autorizado para ello²¹.

Según el curso normal y ordinario de las cosas, cualquiera de ambas condiciones puede ser catalogada como causa, por lo que el criterio de la causalidad adecuada no sería suficiente para determinarla.

Se podría recurrir a otros criterios.

El de causalidad próxima: sería causa aquella que primero se presentó en el tiempo. “*Concebida por Francis Bacon en el siglo XVI, sostiene que para determinar cuál de todas las posibles condiciones que han producido el resultado debe ser elevada a la categoría de causa generadora, debe estarse a un criterio de orden cronológico: revista tal calidad la condición que se presenta como más próxima en el orden temporal al resultado dañoso*”²². De este modo, si en el período normal de incubación no estuvo con otra persona infectada, entonces debe considerarse que se contagió a través del contacto de otra persona desconocida. Sin embargo, la doctrina ha marcado bien los riesgos de la utilización de ese criterio.

Se puede recurrir a los criterios marcados por las teorías de la condición preponderante y de la condición eficiente. “*La teoría de la condición preponderante sostiene que la causa del daño es aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores considerados favorables y adversos para su producción, influyendo de manera preponderante en el resultado...*, en tanto la teoría de la causa eficiente afirma que “*..es causa del*

²¹ Según la información más reciente, a la época de redacción de esta ponencia, el virus no se transmite por el aire, sino, principalmente, a través de las gotitas de la tos o estornudos de una persona infectada: <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/30/la-oms-concluye-que-el-coronavirus-no-se-transmite-por-el-aire-y-no-es-necesario-utilizar-mascarillas-en-espacios-publicos>, leído el 31 de marzo de 2020.

²² PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Op. cit., § 115.

daño aquella condición que tenga mayor poder intrínseco de causación del fenómeno..”²³, sea con un criterio cuantitativo o con uno cualitativo.

4. Cualquiera sea el criterio que se adopte, la indudable, desde nuestra posición, es que la construcción de la causa de trasmisión no puede ser meramente jurídica-normativa, sino que tiene que tener bases en la realidad, comprobadas científicamente.

En este sentido, es bueno recordar algunas enseñanzas que provienen de otros países y diferentes supuestos, pero que lidiaron con iguales problemas.

Recordemos brevemente el difundido caso de intoxicación por ingesta de aceite de colza modificado con anilina (lo que lo tornó tóxico), a los fines de ser vendido para el consumo personal bajo la apariencia de que se trataba de aceites aptos para el consumo. Fueron muchos los muertos y muchos más los lesionados, y las secuelas de la ingesta aún hoy se mantienen en los damnificados.

A los fines que nos interesa, la cuestión pasaba porque no había prueba científica concluyente sobre la relación causal entre la ingesta y las lesiones.

El Tribunal Supremo Español²⁴ finalmente confirmó la sentencia penal y condena civil dispuesta por la Audiencia Provincial, y a fin de fundar la existencia de relación causal desandó argumentos contundentes, algunos de los cuales recodaré. Creemos que su difusión puede ser útil para la situación en análisis, pero también para otras en las que existe duda científica sobre la causa.

Al hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia, el Supremos dijo: *“La Audiencia entendió asimismo que: “a) la ciencia mas adecuada para llegar a conclusiones sobre la causalidad en el síndrome tóxico es la epidemiología, porque esa enfermedad es una epidemia: b) a través de la multiplicidad de estudios epidemiológicos se ha demostrado científicamente la asociación causal entre el consumo de los aceite referidos y el síndrome tóxico; c) los también múltiples estudios realizados desde otras perspectivas científicas no han confirmado hasta ahora rotundamente la conclusión epidemiológica, pero en modo alguno la han descartado, ni es racionalmente previsible que vayan a hacerlo”*.

²³ Idem, Op. cit., loc. cit.

²⁴ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Sentencia de 23/4/1992, Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater, Secretaría de Sala: Sra. Oliver Sánchez, disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/-265520218>.

La Audiencia funda su conclusión en la ciencia que considera más adecuada para determinar la causa, aunque otras perspectivas científicas no hayan llegado a la misma conclusión.

“La Doctrina y la jurisprudencia coinciden ampliamente en la actualidad en establecer que la relación de causalidad se debe admitir sólo si se ha comprobado una ley causal natural y el hecho concreto se puede subsumir bajo esta ley causal natural. No falta en este sentido un difundido punto de vista según el cual los delitos de resultado comportan una especie de “leyes penales en blanco” que se deben completar con otra “ley”, la natural de causalidad. Por tanto, la comprobación de una ley natural de esta clase sería presupuesto de la aplicación de la ley penal”.

El Tribunal descarta la posibilidad de que el derecho determine relaciones causales sin sustento en la comprobación de causalidades naturales.

“Cualquiera que sea el punto de vista que se profese sobre el significado dogmático de la exigencia de la causalidad, lo cierto es que tanto la Doctrina como la jurisprudencia en Europa se han tenido que plantear la cuestión de las condiciones bajo las cuales los Tribunales pueden tener por aprobada la relación de causalidad. En particular, el tema adquiere especial significación en los casos en los cuales la existencia de una ley causal natural no es aceptada de una manera general por los científicos. Dicho con palabras de uno de los autores de mayor peso en esta materia: “¿Conduce el non liquet de las ciencias naturales a la libertad del Juez para afirmar o negar la existencia de una ley natural?”

La cuestión se plantea cuando las ciencias naturales no brindan conclusiones incuestionables

“Las respuestas a esta cuestión son diversas.

a) Por un lado, se sostiene que la certeza subjetiva del Juez no puede reemplazar el reconocimiento general de la que carece una determinada proposición científica entre los especialistas. Por tanto, las proposiciones generales de las ciencias naturales sólo pueden fundamentar una decisión cuando gozan de un reconocimiento general entre los especialistas. Una distinción entre “prueba jurídico-penal” y “prueba científico-natural” de la causalidad no sería procedente según este punto de vista. En consecuencia la formación de la convicción de los Jueces se debería limitar a la cuestión del reconocimiento de afirmaciones empírico -científicas. Desde esta perspectiva, la “causación” resulta ser un elemento típico que integra en la norma jurídica las leyes causales, razón por la cual éstas pertenecen, en el silogismo clásico de la subsunción, a la premisa mayor; bajo la cual

se debe subsumir; elemento por elemento, el hecho concreto, es decir, la premisa menor. De allí se deduce que la existencia de la Ley causal natural debe ser “objetivamente segura”, dado que de lo contrario nada se podría subsumir bajo la misma. Consecuentemente, en este contexto non liquet significa que no existe una ley causal reconocida bajo la que se pueda practicar la subsunción. En opinión de quienes defienden este criterio, de todos modos, son aplicables las “leyes causales incompletas”, entendiendo por tales aquellas en las que está experimentalmente demostrado que un determinado factor produce una determinada consecuencia bajo ciertas circunstancias, pero éstas no son conocidas en su totalidad. Sin embargo, se postula que la estadística no constituye una prueba suficiente de una ley causal abstracta. En todo caso, el resultado último de estas consideraciones, “la ley natural atemporal, se sustrae a la formación de la convicción judicial”.

El Supremo ratifica su postura de que el juez se debe apoyar en conclusiones científicas, aunque esta no sean completas.

cc) La tesis, que postula una limitación de la decisión judicial sobre los hechos cuando existen discrepancias entre los peritos sobre la existencia de una ley general de causalidad, ha sido contestada en los últimos tiempos desde distintas perspectivas, tanto teóricas, como práctica. Por un lado, se ha sostenido que “el apartamiento de la opinión de unos peritos y la aceptación de otros depende de que el Tribunal haya tenido razones plausibles para no tomar en cuenta a ciertos especialistas”, aunque se estima difícil que tales razones puedan aparecer en el “ámbito nuclear de las ciencias naturales”.

El juez podrá, en definitiva, apoyarse en algunas conclusiones científicas, siempre que tenga fundamentos razonables.

Consecuentemente, si el Tribunal no tiene dudas será libre de aceptar la causalidad, sobre la que los peritos no han logrado aunar sus opiniones, en la medida en que ello no implique apartarse de conocimientos científicos o principios generales de la experiencia. Naturalmente que si no existe una tesis reconocida como válida por los especialistas será indudable que el Juez que admita la causalidad en el caso concreto no habrá ignorado conocimientos científicos reconocidos ni principios generales de la experiencia. La aceptación de la causalidad dependerá, en realidad, de la mayor o menor capacidad explicativa que tengan las diferentes propuestas de los especialistas, es decir, de estándares que pueden diferir en las ciencias naturales y en el proceso penal, aun cuando, de todos modos, no

se considera adecuada una distinción entre “prueba científico-natural” y “conocimiento de las ciencias del espíritu”.

El Supremo rechaza la posibilidad de una dicotomía entre las conclusiones científicas (derivadas de la prueba científico-natural) y las del derecho (conocimiento de las ciencias del espíritu).

La diferenciación de una prueba científico-natural y una prueba jurídico-penal, sin embargo, chocó con un rechazo generalizado de parte de la Doctrina. En la actualidad esta fundamentación no resulta apoyada por el consenso científico, pero ello no ha significado la puesta en duda de la tesis fundamental en referencia a lo innecesario de aclarar el mecanismo causal preciso. En este sentido, el Tribunal Supremo alemán (BGH), ha sostenido en una reciente Sentencia de 6 de julio de 1990, confirmatoria en este aspecto de una decisión del Landgericht Mainz (Tribunal de Maguncia) (caso Erdal” o “Lederspray”), que “si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto-aunque no sea posible una mayor aclaración-es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según un análisis y los conocimientos científico-naturales, el fundamento último de esa causalidad”. Sin embargo, se ha exigido que, en el caso en el que la causalidad no se pueda determinar de esta manera, o sea, de acuerdo con métodos y conocimientos científico-naturales, el desarrollo del mecanismo causal, los Tribunales “tendrán que haber podido excluir toda otra causa del daño que entre en consideración mediante una ponderación de la prueba jurídicamente inobjetable”.

La Sentencia reconoce que la postura seguida no es unánime, pero da cabida a un recurso que, luego, será utilizado para su conclusión: aunque no haya conclusión determinante, si se prueba que ninguna otra condición puede ser considerada causa, entonces puede haber aserción de causa.

“Desde esta perspectiva “el nexo causal entre la composición de un producto y el daño a la salud de sus consumidores se debe considerar comprobado de manera jurídicamente inobjetable, aunque quede abierta la cuestión de cuál es la sustancia que ha desencadenado los daños, siempre y cuando quepa excluir otras causas de éstos que entren en consideración”.

La Sentencia reconoce, entonces, la validez del uso de esta técnica: conclusiones científicas no terminantes pueden considerarse válidas a los fines de determinar la causa, si no hay prueba concluyente de que otra podría haber sido la causa.

5. Sepa el lector disculpar el abuso de transcripciones, pero, en este momento de indagaciones, entendí útil que podamos reflexionar sobre modos de pensar sobre la prueba de la causa, ante un problema que, seguramente, pondrá a prueba los métodos a los que estamos habituados.

V. Reflexión final

El mundo se encuentra ante una crisis inédita para quienes vivimos estas épocas.

El contagio con el COVID-19, las enfermedades que está provocando y las que provocará, las muertes que ha provocado y provocará, y las desastrosas consecuencias personales y patrimoniales que serán su consecuencia, hacen que cualquier pronóstico, aún a corto plazo, pueda ser absolutamente infundado.

Aceptamos la invitación para para esbozar algunas primeras ideas acerca de cómo este fenómeno puede repercutir en el derecho de daños, y cómo el derecho de daños puede (y debe) repercutir en la pandemia, bajo la premisa de que las ideas y conclusiones que pudiésemos exponer muchas veces serán superficiales²⁵ y provisorias.

La relación de causalidad, como presupuesto necesario para el dictado de medidas preventivas o mandatos condenatorios, genera problemas complejos de determinación.

La búsqueda de soluciones razonables y adecuadas será el desafío.

²⁵ Sólo el tiempo de reflexión profunda nos ayudará a crear reglas claras y más rigurosamente fundadas. Probablemente un tiempo con más calma nos permitirá tal cometido.