



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL CONTAGIO DEL COVID-19

**DR. CRISTIAN OMAR WERLEN**

JUEZ DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL N° 1 DE SANTA FE



*El impacto colectivo e individual del COVID-19 no puede mensurarse y se traduce en una nueva ruptura con un pasado que considerábamos estable. Como sociedad navegamos en un prolongado estado de incertidumbre frente a un novedoso riesgo sanitario que compromete derechos fundamentales, como la vida, la salud y las libertades individuales. Por estos días, mientras se confirman más de 685.000 muertos y casi 18 millones de infectados en el mundo, el director general de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmó: «no tenemos una bala de plata en este momento y quizás nunca haya una cura». De este modo, el futuro se muestra como una gran incógnita y la ciencia parece que no puede ofrecer una respuesta –al menos, en el corto plazo– a esta incipiente pandemia.*

*Frente a ella, queda preguntarnos si el Derecho cuenta con los mecanismos necesarios para regular los conflictos heterogéneos que se suscitan a conse-*

*cuencia de la propagación de un virus que no reconoce fronteras espaciales ni temporales. En lo específico de la responsabilidad civil, la duda versa sobre la utilidad de sus funciones para enfrentar las más variadas situaciones lesivas que amenazan o se concretan en daños derivados de la transmisión de la enfermedad. A las dolorosas imágenes de ancianos y ancianas infectados con el virus en geriátricos, se suma la labor heroica del personal de salud de diferentes centros asistenciales que se encuentran expuestos como uno de los principales grupos de riesgos. La casuística resulta heterogénea, por lo que este comentario se limitará al análisis de la eventual responsabilidad de sujetos individuales como transmisores de la enfermedad, más allá de algunas referencias tangenciales a otros supuestos.*

### **1. Las transformaciones provocadas por una nueva «pandemia» cuyo origen permanece incierto y sus efectos adversos tampoco resultan previsibles**

La oms calificó al COVID-19 como un «pandemia», que es una expresión griega que significa –vaya paradoja– «reunión de un pueblo». En el caso, no hay dudas que esta epidemia –que además de aislarnos, se propagó por el planeta bañándolo de enfermedad y muerte– es un virus diferente, más agresivo y con un enorme efecto expansivo. Por ello y aun frente a la escasa información confiable que tenemos, se afirma –sin exagerar– que llegó para cambiar algunos de nuestros hábitos, para modificar «nuestra normalidad». En una reciente entrevista, el filósofo francés Étienne Balibar describió estos tiempos de pandemia, en los siguientes términos: «No habrá regreso al estado anterior. No lo tomo como una profecía, sino como la descripción de un estado de cosas. La crisis revela condiciones que se han vuelto incompatibles con la reproducción del régimen anterior»<sup>1</sup>.

Es cierto también que las tragedias existieron siempre, la historia de la humanidad muestra prolongados episodios de pestes, hambrunas y guerras, con miles de víctimas fatales. En *Madame Bovary*, Gustave Flaubert describe con su particular estilo las improvisadas extensiones que debieron efectuarse en los cementerios de los pueblos franceses ante muertes masivas. Era

#### CITAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>1</sup> *Clarín*, entrevista de Carolina Keve, publicada el 31 de julio de 2020.

<sup>2</sup> FLAUBERT, GUSTAVE, *Madame Bovary. Costumbres de Provincia*, traducción, introducción y notas de Jorge Fondebrider, pág. 140, nota 178, Eterna Cadencia Editora, Buenos Aires, 2014.

<sup>3</sup> CASTEL, ROBERT, *El ascenso de las incertidumbres*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2012, pág. 33.

<sup>4</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, Paidós, España, 1998; *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI editores, España, 2002; entre otras publicaciones del autor en las que desarrolla su tesis de la «sociología del riesgo».

necesario derrumbar muros y comprar varios acres de tierras linderas para recibir a los difuntos y darles sepultura. En las notas de esa obra cumbre de la literatura universal, el comentarista enumera tres grandes períodos de contagio del cólera que se produjeron en Francia durante el siglo XIX: el primero tuvo lugar entre 1832 y 1833 (es el que refiere la novela citada) y «dejó un saldo de 160.000 muertos y una marca profunda en la memoria popular. Hubo también otros dos momentos de epidemia en marzo de 1849 (16.000) y entre julio y septiembre de 1854 (99 muertos)»<sup>2</sup>.

Sin embargo, el «coronavirus» podría incluirse dentro de la categoría de los llamados «nuevos riesgos» –en este caso sanitario, pero que interactúa con otros, como los económicos–, caracterizados como peligros que amenazan a la sociedad moderna en su conjunto y además se encuentran «descontrolados», con proyecciones imprevisibles en el tiempo y espacio. Robert Castel en su obra titulada «El ascenso de las incertidumbres», alude a esta constelación de riesgos (la tercera, en su clasificación), entre los que incluye al efecto invernadero, el prion de la «vaca loca» y la exposición a productos tóxicos para la salud. Ellos son «las consecuencias nefastas que se producen como un efecto boomerang de los desarrollos de la ciencia y las tecnologías y de la explotación descontrolada de los recursos del planeta», que se multiplican y su gravedad es tal que «en adelante habría que pensar el porvenir de la civilización bajo el signo de la amenaza y no ya del progreso como en el tiempo de las ilusiones perdidas»<sup>3</sup>.

Estos peligros aparecen en un contexto de «incerteza científica», no solo en orden a los efectos del virus, sino porque el manto de dudas se extiende a sus orígenes, incluso en el seno de una comunidad científica que se muestra dividida y desconcertada. Se configura de este modo una vulnerabilidad antes desconocida para los individuos, una suerte de «*retorno a las catástrofes*», pero ya no provenientes de la naturaleza, sino de la misma actividad del ser humano. Si bien algunos autores proponen evitar una interpretación unilateral y paranoica, la mayoría reconoce la amenaza, la presencia de la «sociedad del riesgo» que describía Ulrich Beck en sus obras<sup>4</sup>, para quien estaríamos en este universo apoyados sobre una suerte de asiento eyectable, situación que nos conduce a una reflexión crítica sobre las dicotomías

fundacionales de la modernidad y la creencia de una ciencia infalible. A juicio de este autor, la globalización y proliferación de los «riesgos manufacturados» permite explicar el paso de un modelo social propio del siglo XIX y las primeras décadas de la pasada centuria, en el que el problema central era el de la distribución de la riqueza, al de los tiempos que nos toca transitar, cuyo eje de preocupación se ubica en el reparto de esos riesgos.

## 2. El Derecho de daños y el contagio de enfermedades

El COVID-19 afecta nuestras relaciones sociales, políticas, económicas y culturales, lo que determina un consecuente impacto sobre las diferentes ramas del Derecho. Resultaría suficiente pensar las adaptaciones que se deben realizar en materia contractual, laboral, concursal, para concluir en las necesarias implicancias jurídicas de esta pandemia.

En lo que atañe a la responsabilidad civil, los contagios masivos de enfermedades pueden constituir uno de «los grandes miedos» que enumera Martine Rémond-Gouilloud en el capítulo II de su libro «El derecho a destruir»<sup>5</sup>. Frente a ellos, este autor reconoce que «el Derecho tarda en adaptarse» y en general la materia termina por «sorprender a los juristas». Las dificultades en su abordaje resultan lógicas, en primer lugar porque «es difícil tener en cuenta en el Derecho un daño de envergadura planetaria», pero además nuestras decisiones se encuentran condicionadas por aquel contexto de *incertidumbre científica*, que en el caso de algunas enfermedades –el COVID-19 es una de ellas– persiste sobre sus causas y consecuencias. Aún con estas limitaciones, la existencia de un escenario de riesgos y daños –como el que atravesamos– constituye una problemática de interés jurídico, que justifica que la doctrina y jurisprudencia abordaran numerosos casos de responsabilidad civil por contagio de enfermedades, desde diferentes perspectivas.

A modo de simple referencia, pueden citarse algunas de las sentencias que se pronunciaron sobre la responsabilidad de los establecimientos médicos por transmisión de enfermedades a terceros, cuyos criterios resultarían

<sup>5</sup> REMOND-GOUILLOUD, MARTINE, *El derecho a destruir*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1994.

<sup>6</sup> PIZARRO, RAMÓN DANIEL, RCyS 2002, 450.

<sup>7</sup> SAGARNA, FERNANDO ALFREDO, LLBA 1998, 1321.

<sup>8</sup> SEGUÍ, ADELA, LL 1992-B, 1057.

aplicables (con adaptaciones) a las hipótesis de demandas contra centros asistenciales que incumplieron los protocolos de seguridad y aportaron la causa de contagios de COVID-19 al propio personal de salud, pero también a pacientes internados por otras patologías y personas allegadas a los mismos que contrajeran el virus por vía indirecta. La jurisprudencia nacional registra un interesante precedente de una enfermera que se contagió de tuberculosis en el hospital en el que trabajaba y derivó en un reclamo indemnizatorio de su nieta contra ese nosocomio, al contraer también la dolencia. La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la demanda de la niña y aunque tuvo por acreditado que fue su abuela (la enfermera) quien le transmitió la enfermedad, consideró que no medió nexo causal entre la conducta atribuida a los responsables del hospital demandado y el contagio de la enfermedad a su familiar. El fallo generó una profunda crítica de la doctrina. En efecto, el profesor Pizarro consideró que al encontrarse acreditado el incumplimiento del deber de seguridad que pesaba sobre el establecimiento sanitario de la demandada, la cadena causal no se agota en el daño sufrido por su empleada, sino que debe incluir –como una consecuencia mediata previsible– «el contagio de familiares de la víctima inmediata (la enfermera)»<sup>6</sup>.

El COVID-19 presenta también algunos puntos de coincidencia con los diferentes casos de responsabilidad por contagio del VIH. No sólo por los vaivenes que en las décadas de los 70 y 80 del pasado siglo se suscitaron respecto de los orígenes del SIDA, que frente al aumento en las cifras de portadores y fallecidos llevó a algunos juristas a denunciar que «la ciencia médica deja mucho que desear a la hora de encontrar una respuesta a la enfermedad»<sup>7</sup>; sino a partir de la conmoción que suscitó la enfermedad en las diferentes áreas del saber, lo que obligaba a «repensar el derecho en función de nuevas realidades»<sup>8</sup>. En efecto, las dificultades a las que nos enfrentamos los operadores jurídicos para el análisis del nexo de causalidad cuando se produce un contagio por transfusión y que se materializan al «intentar acreditarse en forma certera y determinante la relación causa-efecto entre la enfermedad que sufre el paciente y el evento dañoso», no difieren –en lo sustancial– de las que tendremos que evaluar los jueces cuando nos encontremos frente a una reclamo indemnizatorio por COVID-19. Es cier-

to que en los casos de las transfusiones de sangre infectadas con el virus del SIDA se suman otras complejidades, como el «período ventana» en los donantes durante el cual resulta imposible detectar la presencia de la enfermedad en sangre (son los casos de «VIH latentes») y también la circunstancia que el daño que sufren las personas contagiadas del SIDA suele manifestarse mucho tiempo después de efectuada la transfusión, lo que torna dificultoso construir la de por sí compleja relación causal en la función de «autoría», ante la lógica posibilidad que la enfermedad reconozca otros orígenes. Estos precedentes no deberían descartarse en su aplicación analógica a los reclamos indemnizatorios que puedan presentarse por violación de la obligación de seguridad contra centros médicos asistenciales en los que se transmitió el «coronavirus», patología que también aporta sus complejidades en el análisis de la responsabilidad civil, como es el caso de los portadores asintomáticos.

Tampoco puede soslayarse la importancia que tiene la tutela preventiva del daño en la situación actual de pandemia. La incorporación de esta función en el Código Civil y Comercial constituye uno de los hitos más trascendentes en la evolución del sistema de la responsabilidad civil. Debe pensarse para estos casos que analizamos, en los que se vislumbra un daño previsible producto de una acción u omisión antijurídica, en la viabilidad de una acción inhibitoria (cautelar, urgente u ordinaria) que permita evitar un perjuicio injustificado o no agravar el que ya se produjo (artículo 1710 Código Civil y Comercial). La amplitud con la que nuestra legislación receptó esta herramienta de corte inhibitorio, fortalecida por la impronta constitucional de la cuestión (bastaría, remitirnos a la interpretación que la Corte Federal realiza de principio de «no dañar» que emana del artículo 19 de la Constitución Nacional), permite su aplicación de oficio, con los límites que prevé el propio ordenamiento (artículos 1713, última parte, 3 y concordantes del Código Civil y Comercial).

Formuladas estas reseñas, pasaré a exponer el tema específico de este comentario: la eventual responsabilidad civil de la persona que contagia a otra el COVID-19, analizada a la luz de los presupuestos de la función resarcitoria.

### 3. Algunas particularidades del COVID-19 en orden a los requisitos de la responsabilidad civil cuando se demanda a otra persona imputándole el daño sufrido por el contagio

El COVID-19 puso en jaque las instituciones esenciales, paralizando el funcionamiento de los poderes del Estado, provocó el cierre de escuelas, templos, servicios de transportes, empresas y comercios. Nunca antes sentimos la extrema necesidad de pensar y actuar colectivamente, porque ya no resulta suficiente que adoptemos medidas preventivas (higiene, distanciamiento social, uso de tapabocas) si no lo hacen también mis vecinas y vecinos, mis compañeras y compañeros de trabajo. Nuestros hábitos más cotidianos, aquellas tradiciones que creímos incorporadas de manera vitalicia, de pronto cambiaron de un modo brusco y hasta irreversible. Las sucesivas renovaciones de la «cuarentena» no solo nos permitió descubrir talentos dormidos, comunicarnos por nuevas plataformas, sino que nos aisló de nuestros seres más cercanos.

El Estado limitó nuestras actividades esenciales con una sucesión de normas dictadas mientras observaba con atención el termómetro de las estadísticas de contagios y muertes. Frente a ello, las reacciones de las personas fueron de las más diversas, oscilando entre los extremos de un acatamiento estricto de las reglas impuestas por los diferentes gobiernos a peligrosas actitudes de desconocimiento respecto de las mínimas restricciones vigentes, lo que determinó la apertura de numerosos procesos penales y administrativos contra los infractores. En este escenario heterogéneo emerge el análisis sobre las perspectivas de procedencia de una demanda promovida contra la persona a la que se le imputa el contagio del COVID-19. En su caso, repasar los requisitos que deberán acreditarse, ponderando las eventuales adaptaciones de los presupuestos clásicos de la responsabilidad por daños. A ellos me abocaré a continuación.

La **antijuridicidad** en la conducta del agente se exhibe como el primer requisito para solicitar el pago de una indemnización por un daño sufrido. Ello es así, por una tradición nacional plasmada en el artículo 1066 del Código Civil, que contenía una clara sinonimia entre ilicitud y antijuridicidad. La doctrina

se esforzó durante décadas para flexibilizar esa norma que exigía la presencia de una prohibición expresa emanada de las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía. Era el reinado de la antijuridicidad formal. Pero el cursor se fue desplazando y se comenzó a aceptar tibiamente una antijuridicidad material, amplia, cuando la contradicción se verificaba entre la conducta y el ordenamiento jurídico en su totalidad, visión superadora de la ley como única fuente cuya transgresión habilitaba el resarcimiento. Así, nuevos paradigmas solidaristas y protectorios de las víctimas llevaron al ocaso de la conducta antijurídica y mutaron este elemento normativo por uno axiológico. De este modo y como lo analizaremos en los siguientes apartados, se otorgó prevalencia como requisito del resarcimiento a que el daño sea injustamente sufrido, antes que ilícitamente provocado.

En esta breve reseña de la evolución, podríamos llegar a reconocer la crisis del presupuesto de la antijuridicidad, como un cuestionamiento –al menos– de esa visión clásica y fundamentalmente desde el reconocimiento de supuestos de responsabilidad por actividad lícita, especialmente en la órbita estatal. Por ello, en estos tiempos se sostiene que la antijuridicidad ya no puede considerarse un requisito indispensable del resarcimiento<sup>9</sup>, expresión que no se limita a los autores nacionales, sino que se planteó en la jurisprudencia española, que en forma reiterada asumió que la responsabilidad civil puede surgir de hechos considerados en sí mismos como lícitos, porque «el problema no estriba en la calificación de la actividad inicial de la que el daño puede ser el resultado, respecto de la cual el calificativo de ilicitud no añade nada ... Por ello, la idea de ilicitud que a veces se utiliza más parece predicarse de los daños en sí mismos considerados»<sup>10</sup>.

En ese contexto, puede apreciarse un fenómeno interesante que se refleja en las modernas legislaciones. El calificativo «antijurídico» que acompañaba a la conducta desaparece como requisito para la procedencia de la indemnización. O mejor dicho, se traslada como adjetivo que integra otro presupuesto que constituye el resultado de esas acciones: el daño, que para ser indemnizable debe ser «injusto». El análisis se centra ahora en este requisito compuesto de la responsabilidad civil: el daño antijurídico, es decir, «no justificado». Por ello, el recorrido que realiza el citado calificativo regresa a

<sup>9</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, T. IV, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 317.

<sup>10</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 290.

<sup>11</sup> JALIL, JULIÁN EMIL, RCyS2020-V, 19.

<sup>12</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 293.

las causas que pueden justificar el daño y que se encuentran contempladas de modo expreso por la legislación. Coherente con ello, el artículo 1717 del Código Civil y Comercial dispone que «cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada», enumerando la norma que sigue a la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho, como las causales que precisamente pueden justificar un daño, borrando así la antijuridicidad.

Más allá del interesante debate que podría suscitarse en un caso de contagio de «coronavirus» respecto de la última de las causas enumeradas en el párrafo anterior y la invocación del ejercicio regular (no abusivo) de algún derecho, cuya materialización podría operar como causa de un contagio, no considero que existan mayores dificultades para «afirmar que quien transmite el COVID-19 en violación al mencionado decreto (297/2020) provoca un daño y viola la norma general del art. 1717 del Cód. Civ. y Com.»<sup>11</sup>. Puede sostenerse que la transgresión de las reglas dictadas en el marco de la pandemia constituye un incumplimiento objetivo y la antijuridicidad se encontraría configurada cuando se causa un daño injusto a una persona. Insisto, no creo que la acreditación de este presupuesto presente complicaciones.

Lo mismo ocurre con el **daño resarcible**. La legislación sustantiva vigente enuncia algunos de los intereses que son dignos de tutela (v. artículos 52, 53, 1758 del Código Civil y Comercial), pero para que se configure un daño no deviene –incluso– necesario la tipicidad de aquellos, resultando suficiente que opere la lesión de intereses «no reprobados» por el ordenamiento jurídico (artículo 1737 del Código Civil y Comercial). Entre ellos, se ubican en un sitio de especial protección la vida y la salud de las personas que pueden resultar afectadas ante el contagio de COVID-19 (artículos 1737, 1738 y concordantes del Código Civil y Comercial). A su vez, como nos enseña el profesor Diez Picazo, resulta «imposible establecer un catálogo completo y satisfactorio de los deberes que nos incumben y de las transmisiones que pueden ocasionar. Y sobre todo, constituye un procedimiento por completo artificial tejer primero una red obligatoria preconstituida y, después, presentar los delitos como incumplimientos de los mandatos del legislador»<sup>12</sup>. Esta afirmación no hace más que abonar la necesaria existencia de sistemas de protección de

intereses atípicos, que surgen por la aparición de nuevos derechos dignos de tutela que ponen «en crisis la teoría liberar del acto ilícito elaborado en base a la tipificación de bienes protegidos por el derecho objetivo»<sup>13</sup>. Por ello, la tutela resarcitoria funciona también para derechos e intereses innominados, por lo que la pretendida víctima «debe reclamar a partir de la lesión de un derecho, tomando esta palabra en su sentido más comprensivo y aplicándola no solamente a los derechos típicos nominados y definidos por la ley, sino también a otros que se presentan como más vagos y genéricos»<sup>14</sup>.

No puede menos que reconocerse que la salud psicofísica y la vida de las personas afectadas por COVID-19 constituyen intereses jurídicamente protegidos (con mayor precisión y acorde a la legislación nacional analizada, serían los «no reprobados por el ordenamiento jurídico»), que integran el núcleo de la tutela y que la lesión de esos derechos fundamentales genera un daño. Ahora bien, esta afectación implicaría (en los términos autores italianos como Cesare Salvi, 1985:48) un «daño-evento», pero deja abierta la posibilidad que puedan producirse esas lesiones y no necesariamente configurarse un perjuicio indemnizable. A esta conclusión se llega desde la doctrina que considera que el «daño resarcible» no se identifica con esa lesión (que sí le sirve de antecedente) sino que conceptualmente aparece asociado a la idea de «daño-consecuencia». La adhesión a esta tesis no nos permite soslayar que las nociones de daño como lesión a un interés y resultado indemnizable se encuentran íntimamente vinculadas, observándose «la homogeneidad entre el daño y su consecuencia. Si el interés minorado es patrimonial la consecuencia ha de ser de igual índole, y si el interés que se conculca es espiritual lo propio ocurrirá con la secuela»<sup>15</sup>.

En síntesis, estas categorías conceptuales (lesión al interés y consecuencia) aparecen integradas en el sistema del Código Civil y Comercial, lo que evidencia que pueden coexistir sin negarse a sí mismas ni contradecirse. El concepto de daño que desarrolla el artículo 1737 del citado cuerpo normativo aparece asociado a la primera idea de lesión a intereses (sea que tengan por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva), pero la cuestión de daño resarcible se vincula con la de resultado (v. el epígrafe del artículo 1741 para las consecuencias no patrimoniales). Por ello,

<sup>13</sup> DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 47 y siguientes.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 294.

<sup>15</sup> BUERES, ALBERTO, *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la síque, a la vida de relación y a la persona en general*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1 «Daños a la persona», Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, ps. 237/238, 244.

<sup>16</sup> TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. – LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 637.

comprobada la lesión de intereses derivados de un contagio de COVID-19, deberá analizarse si producen consecuencias patrimoniales o personales resarcibles, lo que –indudablemente– ocurrirá en la mayoría de los casos. Entre las primeras, ubicamos los perjuicios emergentes de gastos de atención médica y farmacéutica, como también los derivados de secuelas incapacitantes que pueden provocar la enfermedad (artículo 1746 del Código Civil y Comercial). Entre las extrapatrimoniales, corresponde afirmar que las propias características del COVID-19, un virus lesivo de la integridad personal y de la salud psicofísica (artículo 1738 del Código Civil y Comercial), determinarán consecuencias personales resarcibles, cuya entidad emanará de las particularidades del caso y se cuantificarán en base a las indemnizaciones sustitutivas y placeres compensatorios (artículo 1741 del Código Civil y Comercial). Cuando el resultado del contagio sea letal, se habilitarán los legitimados activos indirectos que contempla esta última norma, quienes además podrán reclamar la reparación de los daños previstos en el artículo 1745 del Código Civil y Comercial.

La cuestión se torna más compleja con los **factores de atribución**, no porque existan dudas que cuando hablamos de contagio de enfermedades entre personas prevalecen los de tinte subjetivo, sino por los alcances y la valoración que debe realizarse de la culpa en el caso de contagios de COVID-19. Nos parece importante comenzar por recordar que este presupuesto está impregnado de un tinte axiológico, derivado de las las razones o motivos que justifican que el daño sufrido por una persona, una clase de ellas o un bien colectivo, sea reparado por un sujeto diferente. Los factores de imputación de responsabilidad habilitan el tránsito económico del perjuicio por un motivo de justicia y en ese desplazamiento aportan el fundamento del mecanismo del Derecho de daños. Esa justicia –como valor– subyace en el funcionamiento del sistema y así resultan precisas las palabras de Kemelmajer de Carlucci y Parellada, citadas en una obra cumbre de la literatura jurídica nacional<sup>16</sup>, cuando explican que el hecho dañoso provoca la lesión a un sujeto y frente a este fenómeno, el Derecho se pregunta si es justo que el daño quede a cargo de quien de hecho lo ha sufrido, o si por el contrario, deben desplazarse sus consecuencias económicas a otras personas. Si no es justo, impone la obligación de responder y la razón por la cual produce tal

desplazamiento es lo que denominamos factor de atribución.

A partir de esta noción, la clasificación más difundida de este presupuesto de la responsabilidad civil, es la que distingue entre los subjetivos y objetivos. La denominación de los primeros deriva del reproche que emana de la conducta del agente y al comprobarse su negligencia, impericia, imprudencia o intención de dañar, se tiene por acreditado el motivo por el que se lo transforma en deudor de la indemnización. Ambas subespecies (culpa y dolo) están arraigadas en la tradición jurídica nacional desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield y fueron desarrolladas en el nuevo Código Civil y Comercial, que incluso enumera las distintas manifestaciones de culpa que ya eran reconocidas por los autores argentinos (artículo 1724).

Pero antes de ingresar a las diferentes categorías, puede resultar pertinente citar al maestro Llambías, quien afirmaba que «la culpa» alude un «comportamiento reprochable pero exento de malicia»<sup>17</sup>, caracterizándola por dos elementos, ambos de contenido negativo: una omisión de la diligencia apropiada y la ausencia de mala intención. Sumado a lo expuesto y como lo anticipaba, el sistema actual reproduce –en lo esencial– la sabia definición del artículo 512 del Código Civil y enumeran los «rostros» de la culpa, entre los que encontramos las categorías clásicas: negligencia, imprudencia e impericia. La otra especie de factor subjetivo es el «dolo» en la que sí se advierte una innovación conceptual que puede resultar interesante para el análisis del caso de los contagios de enfermedades, ya que se configura no sólo por la producción de un daño de manera intencional (en este punto, puede identificarse con el anterior artículo 1072 del Código Civil), sino también con «manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (artículo 1724 del Código Civil y Comercial), valioso agregado que le impone a la dogmática jurídica la necesidad de precisar sus alcances y límites conceptuales.

Aceptando esta disgregación conceptual, coincidimos en que el sistema argentino no presenta diferencias prácticas sustanciales entre las consecuencias derivadas de un acto culposo y doloso. Requiere la presencia de un factor de atribución (en el caso, de corte subjetivo) pero no derivan efectos distintivos a una u otra especie. Acorde con ello, la doctrina española que

<sup>17</sup> LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, ps. 188 y 194.

<sup>18</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 352.

citamos afirma que «no presenta especial interés en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual establecer diferencias como hacen los penalistas entre el dolo directo y el eventual, la preintencionalidad, la imprudencia grave y la imprudencia leve ... en la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido»<sup>18</sup>. En la actualidad y como quedó expuesto, quedaron plasmadas zonas grises en la legislación privada, como aquella configuración del dolo operada por la indiferencia manifiesta por los intereses ajenos.

A partir del incumplimiento de las normas nacionales de prevención de contagio de COVID-19, como también de los diferentes protocolos que regulan el funcionamiento de las actividades, puede sostenerse que el infractor incurre en alguna modalidad de imputación de responsabilidad subjetiva. Parecería excepcional la existencia de una intención directa de contagiar el virus y con ello causar un daño, pero no resultan tan extrañas las conductas positivas u omisivas de algunas personas que revelan un notorio desinterés por los derechos del otro, como también se configuran comportamientos imprudentes y negligentes que habilitan la presencia de este presupuesto subjetivo de la responsabilidad civil. Su apreciación, puede realizarse en abstracto, comparando «la actuación del deudor con la que habría cumplido el ente de razón que se tiene como cartabón en mente», o bien con un criterio concreto y circunstancial, considerando «la propia persona del deudor, tomando en cuenta sus aptitudes y flaquezas y lo que le era exigible en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», que es el criterio que sigue el autor analizado y quedó plasmado en el Código Civil y Comercial a partir de las prescripciones contenidas en los artículos 1724 y siguientes. En orden a esos parámetros, nos parece que el hecho que la persona a quien se le imputa la responsabilidad en el contagio de COVID-19 no tenga confirmado un resultado positivo porque no se realizó algunos de los test de rutina, no lo exime de responsabilidad cuando presenta síntomas, pertenece a algunos de los grupos de riesgo (viajó a una zona de contagio comunitario o tiene un allegado con un diagnóstico confirmado) y omite adoptar las medidas de prevención exigidas, causando así el contagio.

Por último, no tengo dudas que el presupuesto más complejo y difícil de acreditar es el de la **relación de causalidad**. Este obstáculo no es exclusivo del área de la responsabilidad civil por contagio de enfermedades, sino que constituye un lugar común a diferentes ámbitos del Derecho de daños (resultaría suficiente repasar los valiosos trabajos escritos en materia de Derecho ambiental o daños a los consumidores). No hay dudas que es una de las cuestiones más arduas en el campo del Derecho, al punto que Ripert no vaciló en considerarla indisoluble, como nos recuerda el profesor Goldemberg en una obra maestra sobre este tema<sup>19</sup>. El enlace material que debe probarse entre un antecedente fáctico –que opera como causa– y el daño –que es el resultado disvalioso– debe someterse al prisma jurídico. La otra cuestión es recordar las funciones que tiene este presupuesto cuando es sometido al tamiz del ordenamiento positivo, cuales son las de indagar la «autoría» como instancia previa a la individualización del sujeto responsable y posteriormente «calibrar la extensión del resarcimiento», es decir, delimitar «si el daño debe ser resarcido y con qué alcance corresponde determinarlo»<sup>20</sup>.

En el caso, la dificultad se observa en la prueba de la primera de las funciones del nexo causal, la que permite fijar el origen de un determinado efecto (en el caso, la enfermedad del COVID-19) para así individualizar al responsable, que no será otro que el que aportó la fuente del contagio. Pero el tema no es tan simple, porque para que el Derecho se ocupe de establecer –con fundamentos– cuál es la causa jurídica de un resultado particular, debieron construirse numerosas teorías que intentan explicar la operatoria. Aquí sólo menciono que fue la de la *causalidad adecuada*, ratificada expresamente por nuestro Código Civil y Comercial (artículo 1726), en concordancia con su antecedente normativo (artículo 906 del Código Civil), la que logró mayor predicamento. Su aplicación impone al juez el análisis retrospectivo del *<iter causal>*, para descubrir la condición que puede elevarse a la categoría de causa adecuada y como contrapartida descartar aquellas periféricas que no revisten esa idoneidad.

La tesis expuesta es la dominante, no sólo en nuestra normativa de fondo, sino también en los sistemas del Derecho Comparado, y por lo demás, cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina nacional y extranjera. Funciona

<sup>19</sup> GOLDEMBERG, ISIDORO H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. XIII.

<sup>20</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, T. 4, «Presupuestos y funciones del Derecho de Daños», Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 251.

<sup>21</sup> BREBBIA, ROBERTO, *La relación de causalidad en derecho civil*, N° 31, nota 94, Juris. Rosario. 1973.

<sup>22</sup> GOLDEMBERG, ISIDORO H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 23.

desde un criterio de «regularidad» y sostiene que no todas las condiciones concurrentes en la producción de un hecho pueden equipararse, sino que debe distinguirse entre la «causa» y la «mera condición», encolumnándose dentro de las tesis individualizadoras. Así, según esta postura, «causa» es solamente aquella condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado y más aún, debe tratarse de una condición que regularmente provoque dichas consecuencias y que por eso se eleva a la categoría de «causa adecuada».

Esta «adecuación» deberá ser probada por la víctima del contagio (artículo 1736 del Código Civil y Comercial), sin perjuicio de las facultades judiciales habilitadas de modo expreso por la norma inmediata anterior (artículo 1735 del Código Civil y Comercial). Pero lo cierto es que esta prueba con la que carga como regla el damnificado, si no es imposible es al menos difícil, ya que deberá demostrar que el demandado, al que imputa el contagio, aportó la causa idónea para la transmisión del COVID-19. Ello implica, en la tesis mencionada, regularidad, en el sentido de lo que habitualmente acostumbra a suceder. Compartimos por ello las ideas del profesor Brebbia que, aún cuando estuvieran expuestas para el modelo anterior, resultan aplicables al sistema vigente y concluyen que «lo que califica el nexo de causalidad adecuado es la normalidad del proceso que conduce del hecho a la consecuencia»<sup>21</sup>.

Para ello, los jueces tendremos que considerar no sólo las pruebas periciales, sino también los indicios y las presunciones, para así lograr recorrer ese camino denominado «*prognosis póstuma*». Este sendero exige acreditar «la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria»<sup>22</sup>. Lejos estará de resultar una faena sencilla, porque estaremos en tierras en las que –como quedó expuesto– reinan *la incerteza* y *la controversia*, con una gran influencia en el marco de una causalidad, a la que le resulta esquivos los aportes de datos reales y regularidades, debido a la falta de información que sustente el funcionamiento de la estadística. ■