

Voces: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - RELACIÓN DE CAUSALIDAD - DAÑOS Y PERJUICIOS - PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - OBRAR DILIGENTE - CULPA CIVIL - DOLO CIVIL - RESPONSABILIDAD OBJETIVA - EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Título: Requisitos de la responsabilidad civil, suficiencia o insuficiencia, y pruebas en el nuevo Código

Autor: Frúgoli, Martín A.

Fecha: 3-oct-2016

Cita: MJ-DOC-10317-AR | MJD10317

Producto: STF,MJ

Sumario: *I. Introducción. II. Diferencias que subsisten entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. III. Elementos de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. IV. Los requisitos de la responsabilidad civil en la ciencia y la tecnología de nuestros días. V. La prueba y la carga de la prueba de los requisitos de la responsabilidad civil. VI. Conclusiones.*

Por Martín A. Frúgoli (*)

I. INTRODUCCIÓN

Analizaremos muy brevemente en el presente trabajo, los elementos de la responsabilidad civil, la suficiencia o insuficiencia ante los nuevos avances tecnológicos y científicos de aquellos elementos y, finalmente, las pruebas de los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial argentino (CCivCom), aclarando antes, las diferencias que subsisten entre la responsabilidad contractual y extracontractual en la actual legislación.

II. DIFERENCIAS QUE SUBSISTEN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL

Unificar la responsabilidad civil contractual con la extracontractual no significa que no exista diferencia alguna entre una u otra, pues el origen es distinto. En un ámbito de responsabilidad existe un deber convencional preexistente de responder entre sujetos específicos determinados o determinables desde el nacimiento de la relación obligacional (responsabilidad contractual),

en tanto que en el otro, tal deber convencional preexistente entre sujetos específicos determinados o determinables, no existe (responsabilidad extracontractual).

En esto han sido claros los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto expresamente afirmaron lo siguiente: «La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten».

Entre las diferencias de mayor relevancia práctica que no han sido discutidas a la fecha, aunque sin pretender agotar aquí la enumeración (1), podemos enunciar -al menos- las siguientes.

1. La edad en la que se adquiere discernimiento. Se mantiene la distinción del Código Civil anterior (CCiv): para los actos lícitos el discernimiento se adquiere a los 13 años, en tanto que para los ilícitos a los 10 años (art. 261 del CCivCom).

2. En la responsabilidad por el hecho del tercero: en materia extracontractual requiere relación de dependencia entre el principal y el tercero. En el incumplimiento obligacional, el deudor responde por el hecho del tercero que introduce en el cumplimiento del débito, sin importar que sea o no dependiente (art. 732 y 1753 del CCivCom) (2).

3. Se marcan otras diferencias que hasta la fecha tampoco han sido discutidas; la determinación de la legislación aplicable en el ámbito internacional (3). Y, en algunos fueros, la distinción en la competencia (por ej., en la ciudad de Rosario).

Por lo demás y como en tantos otros temas que hacen a nuestra materia, el Código Civil y Comercial ha receptado la opinión mayoritaria en torno a la conveniencia de unificar legislativamente el fenómeno de la ilicitud, en congruencia con otros proyectos legislativos que existían hasta el momento previo al Anteproyecto del año 2011/2012. Así, la derogación más patente del anterior art. 1107 del CCiv, podríamos decir que quedó patentada con el actual art. 1716 del CCivCom, que dice así: «Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código».

III. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Ya no es posible dudar de los cuatro requisitos que se deben reunir para concluir en la existencia de responsabilidad civil (antijuridicidad -art. 1717 del CCivCom-; daño -art. 1737 del CCivCom-, factor de atribución -art. 1721 del CCivCom-, y relación de causalidad -art. 1726 del CCivCom-). Ahora bien, se pueden plantear, sí, algunas dudas en torno a la suficiencia o insuficiencia de tales requisitos en el estado actual de la ciencia y tecnología, así como también en torno al modo de aplicarlos e interpretarlos ante el enorme avance de estas. Y, por último, también se pueden plantear más dudas en torno a quién/es debe/n o puede/n acreditar los presupuestos del deber de resarcir. Antes de emitir una opinión en torno a estas dudas, describiremos brevemente estos requisitos.

1. Antijuridicidad

La «antijuridicidad» puede definirse objetivamente (4) como un 'hecho contrario a derecho en sentido global, comprensivo de ley, principios, moral y buenas costumbres'. Entendemos que

este concepto toma en cuenta un ordenamiento positivo determinado, pero no se limita solo a él. En este último sentido, no podemos olvidar -al tratar este tema- la enseñanza de aquella fórmula que se atribuye a Gustav Radbruch: «La injusticia extrema no es derecho» (5). Al decir de Bueres, la antijuridicidad «es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad» (6).

Para analizar este presupuesto, basta con observar que un hecho sea contrario a derecho, sin importar aquí si el hecho es culposo, doloso, etc. Se analiza la conducta objetivamente.

«La ilicitud o antijuridicidad resulta necesariamente de actos realizados "contra legem", debiendo entenderse por tal "lato sensu" al orden jurídico considerado en su plenitud, o sea aprehendiendo unitariamente al derecho positivo en su totalidad (7). La antijuridicidad es el carácter que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo considerado en su totalidad» (8).

Ahora bien, ante las disposiciones del Código Civil y Comercial, puede creerse que la antijuridicidad parte del daño, es decir que todo daño es antijurídico, pero ello no es así. El daño puede ser perfectamente lícito o jurídico por encontrarse en alguna causal de justificación; por ej., el daño causado en legítima defensa. Del mismo modo debe entenderse el incumplimiento obligacional, en donde puede ocurrir que se trate de un incumplimiento justificado, lo que tampoco podrá entenderse como antijurídico. No es otra entonces la interpretación que cabe otorgar a estas nuevas disposiciones:

Art. 1716: «Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código».

Art. 1717: «Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada».

Coincidimos entonces con la mayoría de la doctrina que considera que, operando una causa de justificación, la conducta que causó un daño es lícita desde su inicio, o sea la justificación no es que convierta o borre la ilicitud, sino que esta (la ilicitud) nunca se configuró (9).

A su turno, el citado art. 1717 del CCivCom elimina las dudas anteriores en torno a la antijuridicidad formal y material (conf. al art. 1066 del CCiv). Pues ya no se puede discutir que la antijuridicidad en el nuevo Código puede ser formal; esto es, cuando existe una prohibición expresa en alguna norma del ordenamiento jurídico (por ejemplo, no talar árboles en una reserva natural), o material, es decir, cuando se desprende la antijuridicidad de la interpretación armónica del ordenamiento jurídico aun cuando no haya una norma expresa que así lo diga (por ejemplo, no dañar a otro en forma no justificada, a pesar de que en un caso particular no exista una norma expresa que así lo diga respecto de tal conducta y tal daño particular). Esta norma es plausible, pues anteriormente era muy frecuente pretender desligar a un agente de responsabilidad, alegando que su omisión dañosa no tenía una norma expresa que lo obligara a evitar o reparar el daño (antijuridicidad material por omisión). Hoy a partir del nuevo Código Civil y Comercial, la «omisión de "reparar" un daño o "prevenirlo", puede ser antijurídica aun cuando no exista una norma expresa que obligue puntualmente a realizar tal o cual actividad» (10).

Contrariamente, respecto de la «acción preventiva», el doctor Vázquez Ferreyra sostiene que

sería necesaria una antijuridicidad formal y no meramente material. El autor entiende que no sería admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño, aun cuando ese eventual daño puede configurar una violación al deber general de no dañar («neminem lædere»); dice que es la conducta potencialmente dañosa y considerada en sí misma la que debe ser contraria a una norma del ordenamiento jurídico. Una conducta potencialmente dañosa, pero lícita no viabiliza la acción preventiva. Conducir un automotor, por más que pueda ser potencialmente causa de algún perjuicio, no justifica una acción preventiva (11). El ejemplo que da el reconocido autor resulta convincente, pero no coincidimos con tal postura. Pues, entendemos que «el análisis de la relación de causalidad proyectado hacia la cesación o impedimento del daño es el que permitiría detectar cuándo se podría ejercer -o no- una acción preventiva ante una conducta antijurídica». Será este análisis el que nos permitirá descubrir si es posible o no ejercer una acción preventiva o medida preventiva, pero para ello no es necesario que haya una norma expresa que lo requiera. Es decir, puede tratarse de una antijuridicidad formal o meramente material. No importa tal diferenciación para iniciar una acción preventiva, sino el análisis proyectado de la relación de causalidad con el daño o eventual daño. De hecho, el art. 1710 dice así: «toda persona en cuanto de ello dependa», y «en cuanto de ello dependa» puede haber tanto una obligación legal expresa como no, y si no hay una obligación legal expresa, la obligación puede ser tácita, e incluso las circunstancias de las personas, tiempo y lugar harían que determinada persona ante determinado hecho se encuentre obligada a prevenir tal conducta (los Fundamentos del Anteproyecto aluden a «la esfera de control» de la persona).

Siguiendo con nuestra idea, pensemos, por ejemplo: una persona común y corriente ve que un chico va a caer a un precipicio y, sin riesgo para sí, decide no ayudarlo pudiendo haberlo hecho. En este caso, a pesar de no haber ninguna norma expresa que obligue a que corra y extienda su brazo para salvarlo, creemos que no puede limitarse la acción preventiva a una conducta antijurídica formal, ni tampoco es relevante la antijuridicidad si efectivamente se analizó la relación de causalidad adecuada entre el daño y el hecho que lo puede ocasionar según el curso natural y ordinario de las cosas. Ello sin que se nos escape que el daño no justificado, en sí, generará la calidad de «antijurídica» de la conducta. Otro ejemplo podría pensarse en el área tecnológica, en donde en un caso se logra demostrar que a pesar de no existir una conducta formalmente ilícita (por carencia normológica), se va a ocasionar, según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727, 1728 del CCivCom), uno o más daños. Entonces, una vez más, «se podría ejercer la acción preventiva -si se reúnen todos sus requisitos-, a pesar de no encontrarse con una antijuridicidad formal».

En sentido similar, resulta sólida la idea expresada por López Herrera cuando dice lo siguiente: «Solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde exista un deber de actuación, impuesto por la ley, reglamento o tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva» (12).

Quizás, muchas de las opiniones encontradas en torno a la «función preventiva» se encuentran en la mirada unilateral del instituto; es decir, en creer que es en favor de la víctima o del actor, y no de ambos. Por ello, como hemos manifestado en otros trabajos, «la prevención es bilateral y puede beneficiar tanto a una parte como a otra, todos tienen el deber y el derecho de ejercerla». Por ejemplo, una persona sufre un daño a su salud y puede realizar actividades tendientes a una mejora o pronta recuperación («disminuir su magnitud», dice el art. 1710, inc. b); a su vez, el dañador puede realizar acciones tendientes a evitar nuevos daños o disminuir

también la magnitud de los daños del reclamante. Infinitos son los ejemplos que se pueden imaginar cuando empezamos a pensar en la prevención como «un bien para todos», como un bien para todos los ejes; como son los reclamantes, los reclamados y ambos a la vez (13).

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial consagra en su mismo cuerpo las causales de justificación y los efectos de estas (arts. 1718 a 1720 del CCivCom). Indubitablemente, el criterio ha sido acertado. Así, la conducta estará justificada si se reúnen los requisitos de la legítima defensa (propia o de un tercero), si se actúa en estado de necesidad, si se ejercita regularmente un derecho, o si presta consentimiento libre e informado conforme a los requisitos que el mismo Código se encarga de precisar.

También menciona el Código Civil y Comercial a la «asunción de riesgos», pero no como causal autónoma de eximición de responsabilidad, sino -tal como hemos expresado en nuestra ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) y que fue una de las conclusiones mayoritarias de la comisión-, como eventual influencia en otros elementos de la responsabilidad civil. El Código precisamente alude a la relación de causalidad en el art. 1719. No obstante, como expusimos en aquella ponencia: la «asunción de riesgos» existe como tal, pero no como causal autónoma de exclusión de responsabilidad civil, mas sí como conducta que puede tener influencia en otros elementos de la responsabilidad civil (como en una causal de justificación como cuando se actúa en ejercicio regular de un derecho, en el factor de atribución, cuando se obra en forma culposa, en la relación de causalidad, por ejemplo cuando se interrumpe el nexo causal por el hecho de la víctima, o incluso en el elemento daño, cuando se potencia o agrava el daño por haber asumido el propio dañado un riesgo puntual decidiendo no tratarse o atenderse médicamente, cuando debía haberlo hecho).

En definitiva, la antijuridicidad (material o formal) es un requisito necesario de la responsabilidad civil (resarcitoria y / o preventiva), y se presenta ya sea ante conductas positivas (acción) o negativas (omisión), voluntarias o involuntarias (lícitas o ilícitas). Pues solo se puede afirmar que hay o no hay antijuridicidad si se analiza todo el ordenamiento jurídico considerado objetivamente.

2. Daño

El «daño» es otro requisito indispensable de la responsabilidad civil reparatoria. Pero dentro de la función preventiva, por supuesto, el daño no es un requisito, ya que puede estar o no estar. Así, en una acción preventiva tendiente al cese de un daño o a la disminución de su magnitud o agravamiento, el daño lógicamente se encuentra presente y hace más fácilmente viable la «acción preventiva». En cambio, puede ocurrir también que el daño no esté presente, pero que se pretenda evitarlo por medio de una acción preventiva que reúna los requisitos de tal.

El nuevo Código también alude en forma expresa a este elemento indispensable, con algunas novedades. Así, prescribe el art. 1737: «Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva».

La novedad más importante en el nuevo concepto de daño es lo referente al daño a un derecho de incidencia colectiva, que algunos denominan «daño colectivo». Ergo, si bien ya la jurisprudencia lo venía reconociendo (en especial, en materia de daño ambiental), no existía hasta ahora un concepto o referencia directa en un Código Civil como el que ahora tenemos.

Ahora bien, respecto de las concepciones del daño existentes hasta la entrada en vigencia del nuevo Código, el Código Civil y Comercial sin expedirse puntualmente sobre las diversas teorías existentes (daño como lesión a un derecho subjetivo, daño como lesión a un interés simple, legítimo o no ilícito, o daño como consecuencia), distingue entre «daño» e «indemnización»:

«Hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende; a. el interés individual legitimado sobre su persona o su patrimonio; b. el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva» (14).

Y, respecto de la indemnización, se encarga puntualmente de enumerar, en el art. 1738, qué es lo que ella comprende, y dice así: «La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida».

Por lo demás, tanto la clasificación (15) del daño como los requisitos (cierto, subsistente, etc.) no requieren mayores precisiones que las que ya con el anterior Código se venían discutiendo. Por supuesto, con nuevas dudas y matices con las que trabajará la doctrina y jurisprudencia en interpretación de este nuevo Código Civil y Comercial. Entre estas últimas, se requerirán, al menos, mayores esfuerzos en torno a la legitimación activa del daño no patrimonial, los requisitos, legitimación y procedencia de los daños colectivos, y la reparación y cuantificación de los daños (individuales y colectivos).

3. El factor de atribución

Otro requisito indispensable para la responsabilidad civil reparatoria, es el «factor de atribución». Mas no para la «preventiva», que expresamente lo descarta en el art. 1711 «in fine», aunque en definitiva no podemos negar que se terminará analizando la diligencia debida, al menos para saber cuál era la «esfera de control» o «conducta debida» para evitar o prevenir daños. Pues, ¿cómo conocer que se ha omitido una conducta debida tendiente a evitar o no agravar un daño si no se analizó la diligencia debida? Creemos que la diligencia y previsibilidad debe analizarse en toda la faz preventiva de la responsabilidad civil. No obstante, la norma es correcta, y con muy buen tino excluyó un requisito que tornaría en muchos casos dificultosa o imposible la prueba de los factores de atribución, y además desvirtuaría la verdadera esencia de la función preventiva. Dicho en otras palabras, si bien es innecesaria la prueba del factor de atribución en la faz preventiva, ello no implica que no se pueda analizar la diligencia en una acción preventiva. El factor de atribución es la razón que tendrá la norma para imponer responsabilidad a una conducta antijurídica en relación de causalidad adecuada a un daño.

«Al hablar de los factores de atribución, se hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde. Se trata de esa razón especial que determina en definitiva quién debe soportar los efectos del daño. Por ello, el factor de atribución es equivalente al fundamento del deber de reparar» (16).

Ahora bien, ¿cuáles son los factores de atribución en el Código Civil y Comercial? ¿Hay prevalencia entre uno u otro?

Los factores de atribución, al igual que en el Código Civil derogado, aunque ahora de manera expresa se reconocen en el Código Civil y Comercial como elementos necesarios para la responsabilidad «civil reparatoria», son subjetivos u objetivos. Por su lado, si bien ante el principio marcado por el art. 1721 es la culpa («Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa»), pensamos que ello no implica encender nuevamente el debate en torno a qué factor de atribución o fundamento prevalece sobre el otro. Ya que si bien se mira la cuestión, ninguno prevalece sobre el otro y nunca puede ser tan fácilmente diferenciable uno del otro. Piénsese por ejemplo en el factor de atribución riesgo o seguridad, y tarde o temprano se puede afirmar que se termina analizando también la diligencia que se pudo haber utilizado para evitar el daño (e incluso para verificar si existió o no un «hecho ajeno» que pueda interrumpir o no el nexo causal, el hecho y el daño). Entonces, ¿el factor de atribución es siempre la culpa o puede haber otro objetivo? Sin dudar, entendemos que si se repasan los fundamentos históricos del factor de atribución objetivo (17), desarrollado luego de la Revolución Industrial, se logra detectar que el sentido de justicia pasa por una razón de «carga probatoria». Es decir, en invertir la carga de la prueba de la víctima al victimario para no hacer imposible una prueba de negligencia, imprudencia o impericia.

Por consiguiente, la existencia de los factores objetivos de atribución no borra ni suprime la coexistencia de los factores subjetivos. Simplemente que, en los factores objetivos de atribución, se prescinde de la subjetividad o voluntariedad del sindicado como responsable. Pero, insistimos, ello no quiere decir que, además, no exista culpa o dolo, sino que simplemente el ordenamiento normativo prescinde de su consideración para atribuir un hecho a un sujeto responsable.

El Código Civil y Comercial deja a todas luces clara la coexistencia entre los factores de atribución objetivos y subjetivos; por ello, se aclaró en los Fundamentos que «no hay jerarquía legalmente ordenada entre ellos». Así se establece en los artículos que se transcriben a continuación:

Art. 1722: «Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario».

Art. 1723: «Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva».

Art. 1724: «Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos».

En el Código Civil y Comercial, entonces, los factores de atribución subjetivos son la culpa y el dolo, asimilando los efectos del dolo eventual al dolo propiamente dicho. Y, los factores objetivos de atribución en materia extracontractual se definen de acuerdo a la irrelevancia de la culpa del agente para atribuir responsabilidad (por ej., riesgo, equidad, garantía, etc.), en tanto

que en materia contractual será el factor objetivo cuando la obligación es de resultados, en tanto que en la obligación de medios será subjetivo. Como vemos, no existen factores objetivos que se encuentren enumerados en forma cerrada o taxativa, por el contrario, pueden nacer nuevos factores objetivos de atribución y esta conclusión del nuevo Código también es acertada y supera la discusión doctrinaria en torno a la enumeración y clasificación de estos (aunque, por supuesto, no del todo, ya que en el futuro pueden nacer nuevas incorporaciones de factores de atribución objetivos que los autores puedan discutir o sugerir).

En cuanto a las eximentes, resultan claras, pues, tratándose de factores objetivos se tendrá que analizar la teoría de la imputabilidad de primer grado, es decir verificar si el agente ha obrado en forma voluntaria (discernimiento, intención y libertad -hoy, art.260 del CCivCom-), y la imputabilidad de segundo grado, esto es, si el agente ha obrado con diligencia, prudencia o pericia, o bien con indiferencia o dolo.

Por su lado, las eximentes de los factores de atribución objetivos estarán dadas sobre su existencia o inexistencia -del factor objetivo de atribución- (por ejemplo; en materia extracontractual, se podrá discutir en un caso concreto si existe o no existe el factor objetivo que se pretende endilgar, y en materia contractual, se podrá discutir si se trató de una obligación de medios o de resultado), y sobre la «causa ajena» al factor objetivo de atribución (por ejemplo, demostrando que existió un hecho ajeno -de un tercero, de la víctima o un caso fortuito- que es ajeno a la propia actividad o cosa riesgosa) que interrumpa el nexo causal -total o parcialmente- entre el factor objetivo y el daño concreto.

En cuanto a la prueba del factor de atribución, debe acreditarlo quien lo alega, y del mismo modo quien alega la eximente, salvo disposición legal en contrario o facultades judiciales en torno a la carga probatoria dinámica (conf. arts. 1734 y 1735 del CCivCom), tema sobre el que volveremos más adelante en este trabajo.

4. Relación de causalidad

La relación de causalidad es otro elemento clave para la responsabilidad civil «reparatoria» (y también «preventiva y punitiva»). Básicamente este presupuesto responde a dos preguntas: ¿quién es el autor material de un hecho? y ¿cuál es la extensión del resarcimiento?

En el campo de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función: por un lado, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso; por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias (18).

La relación de causalidad es aquella relación material entre el hecho y el daño; es decir, la imputación material del hecho. Es sumamente importante evaluar la relación de causalidad entre el hecho y el daño o los daños que se pretenden (19), pues puede ocurrir que ciertas conductas antijurídicas e incluso culpables no tengan nada que ver con interferencia alguna en la relación causal entre el daño que se reclama y el hecho. El siguiente caso es un claro ejemplo de esta afirmación:

«El conductor del rodado que circulaba en contramano a una alta velocidad debe responder por los daños ocasionados al vehículo que embistió, sin que obste a ello el hecho de que la víctima carecía de carnet habilitante y verificación técnica, en tanto no hubo relación de causalidad entre la trasgresión administrativa y el hecho dañoso». (CCiv. y Com., Dolores, 19/11/2008 -

«Ibalo Graciela M. y Frugoni Oscar c/ Ibáñez Héctor Fernando y Ot.»).

Sin hesitaciones, podemos afirmar que este es uno de los requisitos más complejos que existen en el derecho de daños, su desarrollo es infinito y se debe relacionar con las funciones del derecho de daños (20).

Al igual que el Código Civil derogado, el actual Código Civil y Comercial toma partido, al menos como regla, por la teoría de la causalidad adecuada (conf. arts. 1726 y 1727 del CCivCom) (21), aunque habla de «nexo adecuado de causalidad» y en otros supuestos «abandona el modelo de la causalidad adecuada para adoptar otras teorías causales, lo cual se infiere al utilizar paradigmas y cánones extraños a la primera, tales como son la Equivalencia de las Condiciones en el caso de los artículos 118 , 160, 1753 y 1763 CCC; y la Causa Próxima en los supuestos de los artículos 2656 inc. b, y 2657 CCC» (22).

A su turno, las consecuencias reparables son, tanto en materia contractual como extracontractual, las inmediatas y mediatas previsibles (art.1726 del CCivCom). La novedad agregada es que el Código Civil y Comercial aclara que la «previsibilidad contractual» se toma en cuenta al momento de la celebración del contrato, salvo dolo, en cuyo caso se toman en cuenta las consecuencias también al momento del incumplimiento (art. 1728 del CCivCom).

En cuanto a las eximentes en materia de relación de causalidad, podríamos decir, como regla, que todos se resumen en la prueba de la «causa ajena», total o parcialmente. Ajena a la relación de causalidad adecuada entre el hecho imputado al sindicado como responsable y el resultado dañoso concreto. Ello por cuanto, también como regla, tanto el hecho de la víctima, como el hecho de un tercero ajeno, como el caso fortuito o fuerza mayor y la imposibilidad de cumplimiento, deben reunir los caracteres de imprevisibles, inevitables, ajenos al sindicado como responsable, actuales y sobrevenidos (23). No obstante, si se comienzan a precisar las eximentes, se pueden presentar varias excepciones o morigeraciones a tal regla (ejemplos; arts. 1729 «in fine», 1732, 1733, etc., del CCivCom).

IV. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA DE NUESTROS DÍAS

Como adelantamos arriba, resulta provechoso preguntarse si estos cuatro requisitos que se vienen exigiendo para concluir en la existencia o inexistencia de responsabilidad civil son suficientes para responder ante el estado actual de la ciencia y la tecnología. Piénsese por ejemplo, en daños producidos por las nuevas tecnologías, tales como aquellos que pueden ocasionarse a largo plazo por medio de las exposiciones permanentes a campos electrónicos provenientes de «wifi», «laptops», «iPads», teléfonos celulares, daños tales como cánceres, tumores, diabetes, autismo, fatiga crónica, depresión, déficit hipersensible de atención deficitaria, esclerosis múltiple, infertilidad, síndromes de trastornos del sueño, etc.(24). También podemos pensar en las múltiples nuevas formas de generación de daños que producen algunos «hackers» (25), o hasta incluso, ¿por qué no?, en algunos daños «no tan fácilmente jurídicos» como pueden ser aquellos que disminuyen la capacidad de aprendizaje por el abuso de tecnologías (26) o por el negligente uso de ellas (27) generando daños a la salud. Si nos adentramos en cada uno de estos específicos temas y comenzamos a investigar con extremada precisión, nos preguntamos; ¿son suficientes los requisitos de la responsabilidad hasta ahora exigidos (antijuridicidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución)?

A su turno, dentro de los últimos descubrimientos y avances científicos (28), también nace la misma pregunta: ¿son suficientes los requisitos hasta ahora exigidos para decidir cuándo existe o cuándo no existe responsabilidad civil?

Sin mencionar el principio precautorio sobre el que ya nos hemos expedido (29), no parece haber una respuesta única y sencilla a la pregunta precedente, pues basta con pensar en la teoría de la causalidad adecuada adoptada para la función preventiva y reparatoria, como regla, en nuestro Código Civil y Comercial. No obstante, la adaptabilidad y flexibilidad de los requisitos de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial, nos permite al menos hasta hoy, continuar con su necesidad y aplicación, aunque habrá que estar atentos a otras posibilidades ante los impensables avances científicos y tecnológicos contemporáneos o, al menos, atentos a verificar el alcance e interpretación que se les puede otorgar a ellos en el amplio mundo del derecho de daños.

V.LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Se deben probar los hechos que no están controvertidos (30), ahora bien, ¿quién debe probar en los requisitos de la responsabilidad civil?

Antes de avanzar en ello, vale decir que ya no es posible discutir que un «código civil», al igual que cualquier «ley nacional», pueda contener disposiciones procesales (31). Dicho ello, sigamos con el desarrollo, en efecto, la pregunta parece ser respondida por los siguientes artículos del Código Civil y Comercial:

Art. 1734: «Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega».

Art. 1735: «Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa».

Art. 1736: «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».

Sin embargo, esto no resulta tan claro, pues por ejemplo, ¿cómo va a ser interpretada la teoría de las cargas probatorias dinámicas del art. 1735 del CCivCom? Al respecto, no podemos dejar de mencionar y coincidir casi en su totalidad, en la clara y brillante interpretación que realizaron los juristas Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala sobre este artículo en la citada obra (32).

Ocurre que, tal como dicen los citados juristas, la teoría de las cargas probatorias dinámicas no es novedosa ni excepcional ni tampoco «colaborativa». Es más, pensamos que desde una interpretación constitucional (en el Preámbulo de la Constitución Nacional, «afianzar la justicia», y arts. 18, 19, 75, inc. 22, de la CN, entre otros), ni siquiera es necesario recurrir a la

teoría de las cargas probatorias dinámicas para obligar o considerar quién debe probar. Veamos:

Un antiguo precepto solía decir que la prueba «incumbe al que dice y no al que niega» (33). Si partimos de ese precepto superado, tendríamos que recurrir sí a la teoría de las cargas probatorias dinámicas e interpretarlas conforme lo hicieron los mencionados juristas cordobeses para ordenar con equidad los procesos y sus decisiones. Pero nos parece que ello es una regla aun cuando nada se hubiese dicho. En sentido congruente, dice con razón Couture, lo siguiente: «... tanto el actor como el reo prueban sus respectivas afirmaciones. La carga de la prueba se reparte entonces entre ambos litigantes, porque ambos deben deparar al magistrado la convicción de la verdad de cuanto dicen. Ninguna regla jurídica ni lógica releva al litigante de producir la prueba de sus negaciones (...) ninguna razón lógica ni jurídica hace que el silencio debe interpretarse como relevo de la prueba respectiva (...) los hechos negativos, tanto como los expresados en forma afirmativa, son objeto de prueba» (34). Observemos entonces lo siguiente:

Una persona alega y prueba que sufrió un daño por una falta técnica que excedió los riesgos normales dentro de determinada actividad deportiva, y que por lo tanto existió una conducta antijurídica. El demandado alega y prueba que si bien existió un golpe, se produjo dentro de los riesgos propios del deporte y además fue involuntario; como resultado, no se presentaría la «antijuridicidad». En ese mismo caso, el actor alega y prueba que según el curso ordinario y natural de las cosas existió relación de causalidad entre la conducta del demandado y sus daños. El demandado alega y prueba que el nexo de causalidad fue interrumpido, total o parcialmente, por el hecho de la víctima, y que además existen concausas científicamente acreditadas que podrían llevar a conclusiones diferentes, de modo que no existiría este presupuesto. El mismo actor alega y prueba su «daño», a su vez el mismo demandado, alega y prueba que dicho daño no existe, porque era preexistente, o porque no existió rigor científico en las pericias médicas que se realizaron y un nimio golpe en determinado deporte no reúne los requisitos del «daño resarcible». Un ejemplo muy sencillo y burdo que, por razones de tiempo, esgrimimos, sirve para demostrar que «si una de las partes se escuda detrás de una supuesta innecesaria de acreditación probatoria, pudiendo haberla producido, no parece ser una derivación justa del derecho vigente» (arg. en el Preámbulo de la Constitución Nacional, «afianzar la justicia», y los arts. 18, 19, 31, 33, 75, inc. 22, entre otros, y arts. 2, 9, 10, 11, y cctes. del CCivCom).

Entonces, «no hace falta recurrir a la teoría de las cargas probatorias dinámicas para afirmar que los requisitos del deber de resarcir y prevenir en su faz positiva (existencia) o negativa (eximentes), deben probarse por todos (pudiendo hacerlo)». Finalmente, hacemos eco de lo dicho por los eminentes juristas citados:

«Los abogados no deben ocultar elementos de convicción. Este silenciamiento genera serios riesgos de un resultado desfavorable; y entraña una técnica más peligrosa que la de mostrarlos, desbrozando caminos que avalen su pertinencia y eficacia en el sentido más beneficioso para quien trae las pruebas en lugar de dejarlas recónditas» (Zavala de González-Zavala) (35).

VI. CONCLUSIONES

- Los requisitos del deber de resarcir y prevenir siguen vigentes, aunque se deba adaptarlos y flexibilizarlos, o estar atentos a otros, ante los avances científicos y tecnológicos anteriormente

impensados.

- La antijuridicidad (formal y material) y la relación de causalidad, son elementos necesarios de la responsabilidad civil «preventiva» y «reparatoria». El daño y el factor de atribución también lo son respecto de la faz «reparatoria», mas no así respecto de la faz preventiva, en la que el daño puede o no estar, y el factor de atribución no es necesario demostrarlo, sin perjuicio de que será útil verificar la diligencia debida, a fin de evaluar tanto la relación de causalidad como así también las posibilidades concretas de prevención.

- Todos tienen el deber de acreditar, en la medida de sus posibilidades objetivamente evaluadas, los requisitos -en su faz negativa o positiva- del deber de reparar y / o prevenir.

(1) Para una visión extensa se pueden ver los siguientes textos. PICASSO, Sebastián: «La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación», en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.): Suplemento Especial Código Civil y Comercial, en LL, noviembre de 2014. MÁRQUEZ, José F.: «La unificación de las normas de la responsabilidad civil», en MÁRQUEZ, José F. (dir): Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires, Zavalía, 2015, t. 1, p. 7 y ss.

(2) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.: «Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código», en LL, 14/10/2015, 1, La Ley 2015-E, 1155. Cita «online»: AR/DOC/3475/2015. Conf. SÁENZ, Luis R. J.: «La unificación de las órbitas de responsabilidad», en BUERES, Alberto J.(dir.), CALVO COSTA, Carlos A., y SÁENZ, Luis R. J.: Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 122.

(3) SÁENZ, op. cit., nota precedente.

(4) Atilio Aníbal Alterini fue uno de los primeros en demarcar en forma clara la ilicitud considerada en forma objetiva, en aquella obra clásica de la literatura argentina: ALTERINI, Atilio Aníbal: «El incumplimiento considerado en sí propio (Enfoque objetivo del ilícito civil)», Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1963.

(5) RADBRUCH, Gustav: Introducción a la Filosofía del Derecho, 10.a reimpr. México, Breviarios (col.), Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 43 y ss.

(6) BUERES, Alberto J.: «Comentario al art. 1066», en BUERES, Alberto J. (dir.), y HIGHTON, Elena I. (coord.): Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial», 1999, t. 3, p. 30.

(7) 1.^a Instancia Civ. y Com., Juzg. N.º 2, San Martín, consentida, 31/10/1986, «C., A. y V. de C., A.».

(8) C. Apel. CC San Martín, sala I, 24/4/1986, «Salomón de Noi, María E. c/ Gagliotti, Antonia y otros».

(9) CERUTTI, María del Carmen: «Antijuridicidad. Eximentes», en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial, Director José F. MÁRQUEZ, Buenos Aires, Zavalía, 2015, p. 93.

(10) Congr. BESTANI, Adriana: «Acción preventiva y omisión precautoria en el Código Civil y Comercial», en Revista Código Civil y Comercial, AbeledoPerrot, 2015, edición especial, p. 68.

(11) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.: «La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material», RCCyC 2016 (abril), 6/4/2016, 3, cita online: AR/DOC/852/2016.

(12) LÓPEZ HERRERA, Edgardo: en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, de RIVERA, Julio C., (dir.) y MEDINA, Graciela. LL Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, t. 4, p. 999.

(13) Una obra clásica que analiza los beneficios en materia de prevención de costos, puede verse en CALABRESI, Guido: «The costs of accidents. A Legal and Economic Analysis», Yale University Press, 1970.

(14) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

(15) Sobre la clasificación del daño en el nuevo Código Civil y Comercial, nos hemos expresado en un trabajo -actualmente en prensa- en la revista DPI Cuántico.

(16) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.: «Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial», en diario LL, 15/6/2016, p. 1 y ss.

(17) PIERRE, Philippe: «La place de la responsabilité objective: Notion et rôle de la faute en droit français», Professeur à l'Université de Rennes 1, Directeur de l'I.O.D.E. (UMR CNRS 6262). Resulta muy interesante el análisis del autor en torno al lugar de la responsabilidad objetiva y la noción y rol de la culpa en el derecho francés.

(18) SC Mendoza, sala I, 26/3/1992, «Buel c/ Compañía de Perforaciones Río Colorado».

(19) Mientras que para nosotros y los franceses (entre otros), esto es un problema de relación de causalidad, para otros (por ej., en los Países Bajos, Bélgica), es un problema de culpa o ilicitud (enseña STORME, Matthias E.: «Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances», Rapport présenté à la Belgisch-Nederlands Verzekeringsrechtelijk genootschap en 1990. Publié au Bulletin des assurances / Tijdschrift voor verzekeringen, 1990, 444-462).

(20) Un profundo trabajo sobre la temática puede verse en; ACCIARRI, Hugo A.: «La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños». Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. El autor también analiza, entre otras cuestiones, las relaciones no siempre coincidentes entre el sentido común y la relación de causalidad.

(21) Conf. SÁENZ, Luis R. J.: en «Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de Daños», 2, Alberto J. Bueres (dir.). Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 145; AZAR, Aldo M.: «Relación de causalidad», en MÁRQUEZ, José F.: Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial, op. cit., p. 106 y ss.

(22) AZAR, Aldo M.: op.cit., nota precedente, p. 107 y nota 5 de dicha obra.

(23) Arg. CSJN, 11/12/2014, «Maules, Cecilia Valeria c/ Unidad de Gestión Operativa de Emergencias S. A. s/ daños y perjuicios», MJJ90831, y art. 1731 del CCivCom.

(24). Véase el siguiente enlace web: http://www.naturalnews.com/033611_technology_health_effects.html. [Fecha de consulta: 21/9/2016].

(25) <http://www.bbc.com/news/technology-30575104>. [Fecha de consulta: 19/9/2016].

(26) V. <http://newsroom.ucla.edu/releases/is-technology-producing-a-decline-79127>. [Fecha de consulta: 18/9/2016].

(27) V. LAM, Yvonne: «Technophilia vs. Technophobia: A Preliminary Look at Why Second-Language Teachers do or do not use Technology in Their Classrooms», 2000, *The Canadian Modern Language Review/La Revue canadienne des langues vivantes*, 56, 3 (March/mars); CANCHU LIN, Louisa Ha: «Subcultures and Use of Communication Information Technology in Higher Education Institutions», en *The Journal of Higher Education*, vol. 80, N.º 5, septiembre-octubre de 2009, pp. 564-590; J. Med. & L. 55 (2005); HEIDE, Ingrid H.: «Negligence in the Creation of Healthy Babies: Negligent Infliction of Emotional Distress in Cases of Alternative Reproductive Technology Malpractice without Physical Injury», *J. Med. & L.* (2005), p. 55 y ss.; <http://www1.cs.columbia.edu/~unger/articles/reckless.html>. [Fecha de consulta: 21/9/2016].

(28) Véase, DEHAENE, Stanislas: «Reading in the brain: The new science of how we read», New York, Penguin Books, 2009; KLEIN, J. T., GROSSENBACHER-MANSUY, W.; HÄBERLI, R.; BILL, A.; SCHOLZ, R. W., y WELTI, M. (eds.) (2012): «Transdisciplinarity: joint problem solving among science, technology, and society: an effective way for managing complexity». Berlín, Birkhäuser, 2001; ROTHSTEIN, M. A. (1995): Preventing the discovery of plaintiff genetic profiles by defendants seeking to limit damages in personal injury litigation. *Ind. LJ*, 71, 877.

(29) FRÚGOLI, Martín A.: «Principio Precautorio vs. Principio de Prevención en el C.C.yC.», en *DPI Cuántico, Diario Ambiental* N.º 96, 10/12/2015, disponible en el siguiente enlace web https://dpicuántico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-i-diario-ambiental-nro-96-10-12-2015/.

(30) SADEK FAHMY: «Le fait pertinent et admissible», París, 1933, en COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 223.

(31) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ DE ZAVALA, Rodolfo: «Las cargas dinámicas en el Código Civil y Comercial», en MÁRQUEZ, José F. (dir.): *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Zavallía, 2015, t. 1, p. 342 y notas 5 y 6.

(32) V. nota precedente.

(33) COUTURE, Eduardo: op. cit., pp. 246 y ss.

(34) COUTURE, Eduardo: op. cit.

(35) Op. cit., p. 357.

(*) Profesor de Derecho Civil II (Obligaciones) y de Derecho Privado Parte General, UNR; y de Derecho de Daños, UCA. Especialista en Derechos de Daños, UCA. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales, UNR. Mediador UNR.