



## **El Derecho a la Salud a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación.**

Por Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso

**Sumario:** el autor evalúa el derecho a la salud desde la óptica de la constitucionalización del derecho privado y el nuevo Código Civil y Comercial, para luego analizar la responsabilidad médica desde esa óptica, así como la carga de la prueba y la función preventiva en estos supuestos.

### **I.-Introducción:**

El derecho a la salud, es un derecho humano fundamental mediante el que se ejercen diversos derechos como a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica, y se relaciona con otros derechos como a la alimentación, la vivienda adecuada, al trabajo, la educación, acceso a la información, etc.

El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que regula nuestro derecho privado a la luz de la Constitución Nacional, y en base a ello propongo en este trabajo analizar el derecho constitucional a la salud desde esta nueva mirada.

En primer lugar, voy a referirme al nuevo paradigma que nos propone el código Civil y Comercial de la Nación, al enfocar el derecho privado con una mirada del derecho constitucional, luego la regulación de la medicina en el Código Civil y Comercial de la Nación, para analizar luego el marco jurídico de la responsabilidad médica, y un aspecto procesal como es la carga de la prueba en estos casos, para finalizar con la introducción de la función preventiva de la responsabilidad.

Ello, sin perjuicio de mencionar la infinidad de enfoques que puede tener el derecho civil respecto al derecho a la salud.

## **II.- Constitucionalización del derecho privado:**

Tradicionalmente, tanto en nuestro sistema jurídico, como en la opinión de la doctrina especializada, el derecho privado era una rama del derecho y el derecho público otra rama totalmente diferenciada, tanto que no tenían puntos de conexión, adviértase que el Código Civil de Vélez Sársfield en ningún artículo mencionaba la Constitución Nacional o los tratados internacionales.

De allí que resulte un cambio de paradigma muy importante el enfoque dado al nuevo Código.

El artículo 1° del Código Civil y Comercial dispone en su primer párrafo que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en lo que la República sea parte”.

A continuación, se analizará el derecho a la salud a la luz de la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos en los que la República es parte, y luego el marco de las obras sociales y los derechos del paciente.

### **a) El Derecho a la Salud y la Constitución Nacional:**

En primer lugar, considero necesario hacer una breve referencia al Derecho a la Salud reconocido y garantizado por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, siguiendo los lineamientos expresados en la sentencia de la Sala "K" de la Cámara Civil del 21 de octubre de 2014, en los autos “F., K. E. y otro c/ Clínica Cruz Celeste SA y otros s/ daños y perjuicios”, (publicado en La Ley on-line, cita AR/JUR/79531/2014).

La actividad médica se encuentra íntimamente relacionada con derechos humanos reconocidos internacionalmente y en nuestro país a nivel constitucional, como el derecho a la salud. De allí que las instituciones médicas o en su caso el médico, son responsables no sólo por la prestación del servicio sino también porque éste debe ser prestado de manera tal que con la deficiencia de la prestación efectuada no se ocasione daño a la salud del paciente.

Se trata en definitiva que no se traspasen ciertos límites de la norma ética que vulnerando la condición del hombre como sujeto, se afecten sus derechos

humanos esenciales, como el derecho a la vida y especialmente en esta materia como derivación de aquél, el derecho a la salud, que se caracteriza como todo derecho humano por la universalidad, la indivisibilidad, la integridad, la imprescriptibilidad, la irrenunciabilidad, la inalienabilidad, la inviolabilidad y la progresividad (conf. Declaración y programa de Acción de Viena, aprobado en la conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993).

Tanta importancia ha adquirido la protección del derecho a la salud en nuestro tiempo que se encuentra garantizado por tratados internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su art. 25.1 se dice “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966) en su art. 12 prevé que los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y se obligan a tomar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho, entre las que se encuentra “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En este aspecto, se ha reconocido como contenido del derecho a la salud, entre otros, el acceso a la atención: 1) a la consulta inicial en el momento oportuno, 2) acceso a tratamiento, medicamentos e insumos requeridos en el momento oportuno; 3) información completa sobre la norma que rige la atención; información disponible para el procedimiento de queja; 4) trato adecuado y no discriminatorio.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), dispone en su art. XI que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a...la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) reconoce en su art. 4 el derecho a la vida y el art. 5 el derecho a la integridad personal, física, psíquica y moral.

En materia constitucional, siempre se reconoció el derecho a la salud como una derivación del derecho a la vida y como dice Morello a la “vida digna” (Morello, Augusto, El derecho fundamental a la vida digna, ED, 24 de noviembre de

2000), entre los derechos implícitos que surgían del art. 33. Actualmente con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos se ha definido en mayor medida su contenido y la obligación del estado de asumir acciones positivas en cuanto a la preservación de la salud como soporte del principio de la dignidad inherente a la persona humana.

Además, con la reforma de 1994, su reconocimiento emana también de varios artículos de la Constitución como los arts. 42 y 75 incs. 23.

En procura de la consecución de los mismos fines, el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, establece entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

De allí, que en el orden nacional los arts. 4, 5 y 6 de la ley 24.240 especialmente, se disponen medidas concretas de protección de salud e información del consumidor. La ley 23.661 que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud, la 25.673 referida al Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable, las leyes 24.193 y 25.281 de ablación e implantes de órganos y materiales anatómicos, la 24.754, la ley 17.132 sobre régimen legal de la medicina y su decreto reglamentario 6216/1967; ley 26.529 de derechos de los pacientes, son solo ejemplos del reconocimiento del Estado del derecho a la salud y de acciones tendientes a lograr la realización de ese derecho.

#### **b) Marco de las Obras Sociales:**

Las Obras Sociales son organizaciones constituidas mediante el aporte obligatorio de sus afiliados y empleadores, que tienen necesidad de inscripción en un registro especial, sujetas a contralor estatal e integradas en el sistema nacional de salud, cuyos fines son la prestación de servicios de salud y sociales a los afiliados (Mosset Iturraspe, Jorge-Lorenzetti, Ricardo L., Contratos Médicos, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, pág. 342).

La Corte Suprema ha señalado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de seguridad social, a la que el artículo 14 de la Constitución Nacional confiera un carácter integral, que obliga a

apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada. La función específica y la obligación primordial de la obra social consiste en la prestación médica y óptima. Para eso cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente tal servicio, y para ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, como así también el de toda infraestructura médica (CSJN, Fallos 306:187).

La Constitución Nacional en su artículo 42 consagra que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud”, encomendando en el párrafo segundo a las autoridades que provean, entre otros, “a la protección de esos derechos y a la educación del consumidor”.

El régimen legal de las obras sociales está básicamente constituido por las leyes 23.660 y 23.661; puesto que es un agente natural del Sistema Nacional del Seguro de Salud, su conducta está enmarcada, además, por el conjunto normativo complementario del tal sistema, emitido, interpretado y aplicado a la luz del principio constitucional que protege el derecho a la salud de usuarios y consumidores (art. 42, primer párrafo de la Constitución Nacional).

La protección constitucional se despliega en dos campos: el de los derechos patrimoniales –la seguridad de que el usuario o consumidor no sufra daño a sus intereses económicos y reciba un trato equitativo y digno; y el de los derechos personales- la seguridad de no sufrir menoscabo en la salud o en la vida (Silvia Cristina Ippolito, Tratado de Derecho a la Salud, Tº I, Dirección Ghersi-Weingarten, en pág. 621/622, Ed. La Ley).

### **c) Marco de los derechos del paciente:**

Respecto a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, la ley 26.529 (B.O. 20/11/2009) sobre los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, dispone que constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) asistencia; b) trato digno y respetuoso; c) intimidad; confidencialidad; autonomía de la voluntad; información sanitaria e interconsulta médica.

La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos, casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas, sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración Universal de derechos humanos (1948), que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones (conf. Derecho a la Información de la salud y habeas data específico. Derechos Esenciales del paciente, de Molina Quiroga, Eduardo, LL 2013-E, 609).

### **III- La medicina y el Código Civil y Comercial de la Nación:**

A lo largo de todo el articulado del Nuevo Código Civil y Comercial, puede advertirse que el derecho a la salud se encuentra presente en diversos artículos.

En el artículo 1 antes mencionado hace referencia al derecho a la salud, desde el tratamiento que hacen los tratados internacionales antes referidos:

En el artículo 17 se regulan los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, que no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

A su vez, el artículo 55 regula la disposición sobre derechos personalísimos, estableciendo que el consentimiento para la disposición es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

El artículo 56 regula los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el artículo 57 las prácticas prohibidas y el 58 las investigaciones en seres humanos.

El artículo 59, regula el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud y el artículo 60 las directivas médicas anticipadas.

#### **IV.- Marco jurídico de la responsabilidad profesional médica:**

En el nuevo artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, se regula la responsabilidad de los profesionales liberales.

Se establece como principio general la responsabilidad subjetiva, encuadrando la responsabilidad profesional en una obligación de hacer, salvo que se haya comprometido un resultado concreto que será objetiva.

Según el artículo 773, la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.

Por otra parte, el artículo 774 establece que la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.

El inciso a) es el aplicable a la responsabilidad profesional médica, en la medida en que generalmente a los profesionales se les encomienda a realizar cierta actividad, la que debe ser con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, estas son las obligaciones de medios. En cambio, si el profesional asegura el resultado, la responsabilidad será objetiva y resultará aplicable el inciso b) toda vez que el profesional ha asegurado cierto resultado concreto, estas serán las obligaciones de resultado.

A su vez, existe una clara tendencia a considerar al servicio médico como una relación de consumo, ubicada en las previsiones normativas de la ley 24.240 y normas modificatorias y complementarias.

Ello es así, ante todo, en tanto, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación –y lo ha ratificado el legislador mediante la sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y concs.)-, "es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida

cuenta que se trata de un contrato de adhesión y consumo" (CSJN, 3/13/2001, "E., R. E. c. Omint S.A. de Servicios, LA LEY, 2001-B, 687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación).

"Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella" (CNCiv. Sala, "A" 4/7/2005, "D. de R., S.E. c. Medicus S.A., ED, 215-23). Por otra parte, como es sabido, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que –en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa (Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; Idem., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114). En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que la ley 24.240 "...es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aun ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios" (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, "C. de A., O. R. c. Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros", L. n° 568.586, del 2/2/2012) CNCiv. Sala "A", T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux. • 11/05/2012, public en: LA LEY 27/09/2012, 5 con nota de Sebastián Dantur • LA LEY 2012-E , 546 con nota de Sebastián Dantur, Cita online: AR/JUR/25171/2012).

Las empresas prestadoras de servicios de salud, desarrollan de manera profesional actividades –entre otras- de prestación de servicios destinados a consumidores (art. 2).

Se establece así una relación de consumo (art. 3), vínculo jurídico que impone al proveedor el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (art. 53).

El contrato de consumo, es una categoría que fue regulada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 1092 a 1122.

Por otra parte, existe una imposición legal hacia los profesionales de la salud de dar respuesta ante una emergencia del tipo analizado en autos (art. 19 de la ley 17.132 sobre el ejercicio de la medicina).

La obligación consiste en brindar una atención diligente e idónea al enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, en procura de una curación, pero sin asegurar que dicho resultado perseguido se va a lograr (Bustamante Alsina, Responsabilidad Civil de los Médicos en el ejercicio de su profesión, La Ley, 1976-C, 65).

En definitiva, nos encontramos ante un microsistema de responsabilidad objetiva que resulta de aplicación obligatoria, como es el contrato de consumo de servicios médicos, categoría que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha sido receptado en sus arts. 1092 a 1122.

Conforme lo decidido por la Sala “L” de la Cámara Civil, en los autos “R., M., A. c/ Consolidar Salud S.A. por Absorción de Sanatorio STA s/ Daños y Perjuicios –resp. prof. médicos y aux-”, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XVIII, número 4, Abril de 2016, pág. 143, la responsabilidad puede ser de un sistema de atención médica y no de personas físicas individualizadas o identificable. Esto lleva a analizar si “el sistema” ha prestado el servicio en forma acorde a los criterios exigibles en orden a las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

Como dijera el entonces Procurador General en autos “Gonzalez Oronó de Leguizamón”, en dictamen que sentó doctrina citada por autores y tribunales acerca del criterio de apreciación del funcionamiento de un sistema de salud como un todo, no se agota éste en la simple conjunción de recursos humanos y materiales. Explicó, con respecto a las obras sociales, que “el adecuado funcionamiento de un sistema no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de esos agentes y medios, o con su presencia pasiva o uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente (dictamen del Procurador General de la Nación del 21/10/1983, Fallos: 306:183; La Ley 1984-B, 394).

Estas expresiones, resultan perfectamente aplicables al servicio médico prestado por cualquier institución, estatal o privada. Un acto fallido en

cualquiera de las partes del sistema, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente compromete la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor.

Al resultar aplicable lo dispuesto por el artículo 10 bis de la Ley de derechos del consumidor, que regula justamente, el incumplimiento por parte del proveedor de la prestación principal a su cargo, allí se establecen las opciones con que cuenta el consumidor ante el incumplimiento.

Dicha disposición consagra una obligación de resultado, en cabeza del proveedor por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. De esta manera, el proveedor responderá objetivamente por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, salvo que demuestre la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, no encontrándose habilitado para invocar su falta de culpa para eximirse de responder, con sustento en la disposición que expresamente prevé “el incumplimiento de la oferta y del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor... todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan (Picasso-Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada, pág. 637. Ed. La Ley).

Becqué, citado por Kemelmajer de Carlucci (“Daños causados por los dependientes”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, pág. 52), explica que, como en la órbita contractual, el deudor sólo se libera si prueba una causa extraña a su conducta; no puede excusarse si incumplió o cumplió defectuosamente mediante una persona que él puso, pues esa persona no es ajena o extraña.

Geneviève Viney simplifica la enunciación, con un criterio más abarcativo, diciendo que si el deudor no fuera responsable de los hechos de los sujetos que él mismo introduce, se lo estaría autorizando para desligarse unilateralmente de la obligación asumida, lo que es un contrasentido (loc. cit., pág. 53). En fin, en la órbita contractual se responde por el hecho de todas las personas de las que se vale el deudor para el cumplimiento de la obligación.

Dicha doctrina fue receptada incluso normativamente en la redacción del nuevo artículo 732 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que equipara el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación al derivado del propio hecho del obligado.

## **V. Carga de la Prueba:**

Uno de los inconvenientes que padece una persona que sufre una mala praxis médica, es la dificultad de demostrar la negligencia o imprudencia en el caso.

Adviértase que los profesionales de la medicina son los que poseen el conocimiento de la especialidad y son los que manejan la historia clínica.

De allí que el legislador haya comenzado a corregir las grandes diferencias entre los consumidores (usuarios del servicio de salud) y los proveedores de servicios de salud, regulando la inversión de la carga de la prueba.

El artículo 53 de la ley 24.240 (t.o. por ley 26.361), dispone que *“los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”*.

Por ende, pesa sobre la empresa proveedora del servicio aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder y sobre todo, acreditar un factor eximente de responsabilidad si considera que no es responsable.

La cuestión también ha sido abordada por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en su art. 1735 otorga facultades a los jueces para distribuir la carga de la prueba según la situación en que se encuentre el litigante para aportarla.

El nuevo artículo dispone “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”.

Ante la existencia de un proceso en el que un usuario demanda a un proveedor de servicios de salud, el Juez puede disponer que se adjunten toda la documentación que deben permanecer archivadas en la sede de la empresa demandada (historia clínica, estudios realizados al paciente, libros de guardia, etc), los que siempre obran en poder de la empresa y deben ser acompañados en virtud de la imposición legal mencionada precedentemente.

Además, la carga dinámica de la prueba que emerge del art. 377 del Código Procesal apreciada conforme a los principios moralizadores del proceso, como la lealtad, la probidad y la buena fe, impone que dicha carga pese en mayor medida

sobre aquél que está en mejores condiciones de producirla, en el caso en estudio, las empresas concesionarias viales.

#### **VI.- Función Preventiva:**

Es una novedad para nuestro régimen de responsabilidad civil general. Si bien existen mecanismos disuasivos en algunas leyes especiales, como el caso del establecimiento de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor, es la primera vez que se sistematiza en una norma general como es el Código Civil y Comercial. La doctrina ya había planteado el principio de prevención dentro de los criterios modernos de Responsabilidad Civil.

La función preventiva del daño se puede concebir de dos maneras. La primera de ellas es la llamada prevención general. Toda imposición de una sanción implica prevenir que se causen futuros ilícitos, pues la sociedad asiste a esas decisiones y, por ende, es esperable que los sujetos se apeguen a la ley y no sean proclives a cometer hechos reprochables. Es una de las funciones de la pena en materia de derecho penal. Una función disuasiva y, por ende, preventiva. La segunda de ellas es la imposición de un remedio preventivo, es decir una decisión judicial que expresamente condene a ejecutar una conducta o abstenerse de una, con el fin de evitar la producción de un daño. Sobre esta manifestación de la prevención no existe consenso.

En la actualidad la tendencia es a aceptar al remedio meramente preventivo como una condena de responsabilidad civil. Además, siempre es preferible la prevención del daño que su reparación posterior.

En suma, comparto el criterio de incorporar la prevención del daño al Derecho de Responsabilidad Civil y, en ese sentido, también la incorporación normativa que realiza la reforma que nos ocupa.

El art. 1710 recoge el principio de prevención. Lo establece como un deber general que se suma al deber general de no dañar clásico del Derecho Romano. Es decir, se deriva del “naeminem laedere” no sólo la obligación de reparar el daño cuando este se produce, sino que previamente debe cumplirse el deber general de prevenir el daño.

El deber de prevención se expresa en los siguientes términos: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) Evitar causar un daño no justificado. Es decir, que no se cause daño a menos que exista una causa de justificación como el estado de necesidad, la legítima defensa o el ejercicio regular de un derecho.
- b) Adoptar de buena fe y conforme 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, el que lo evita tiene derecho a que este tercero le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. Es decir, se apunta a evitar el daño propio como el daño causado por terceros.
- c) No agravar el daño cuando ya se produjo.

A su vez, el art. 1711 habilita la acción preventiva. Es decir, se crea un mecanismo jurisdiccional de tutela preventiva para impedir la realización posible del daño. El mecanismo jurisdiccional procede frente a la mera acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción del daño, su continuación a su agravamiento.

No se requieren los otros presupuestos de responsabilidad civil. Es decir, no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Por supuesto que tampoco se requiere relación de causalidad entre el hecho y el daño, porque por hipótesis, éste aún no se produjo.

El art. 1712 establece que la legitimación activa se le reconoce a todo aquel que acredite un interés razonable en la prevención del daño. Puede ser un posible damnificado directo o indirecto. O quien acredite un simple interés. Es muy amplia la legitimación.

El art. 1713 determina que la sentencia que admita la acción preventiva debe disponer, tanto a pedido de parte como de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer según corresponda.

Es muy amplio el espectro de medidas que puede ordenar el juez.

Hay dos criterios que debe ponderar para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad: el de menor restricción posible y el de medio más idóneo.

Por ejemplo, si en un centro asistencial, no se realiza una adecuada higienización y puede causarse un daño por omisión en el deber de resguardar la salubridad del centro asistencial, y la consecuente seguridad de los usuarios que la utilizan, ya sea por no lim-

piarse adecuadamente, o no separar adecuadamente los residuos, etc, con la posibilidad de contagio, tanto de pacientes, como de familiares o de los mismos médicos o empleados, etc, un juez podrá evaluar cuáles son las medidas de seguridad necesarias para disponer la corrección de la omisión del centro asistencial, para evitar el daño.

El art. 1714 se refiere a la punición excesiva. Pondera tanto las condenaciones pecuniarias administrativas como los llamados punitive damages o daños punitivos que, conforme la Ley de Defensa del Consumidor pueden imponerse en sede administrativa; como las penales como las civiles, es decir las astreintes entre otras.

En el caso en que respecto de un hecho se provoque una punición excesiva o irrazonable, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. Es decir el juez debe computar que es excesiva o irrazonable y puede disminuirla.

El art. 1715 establece que incluso puede dejar sin efecto total o parcialmente la medida, con lo cual le da una facultad de morigeración cierta al juez frente a medidas que, por su naturaleza, son necesariamente provisionales y no importan derechos adquiridos. Esto recoge cuestionamientos efectuados por la doctrina que fundadamente se oponen a la fijación de daños punitivos en sede administrativa por los mecanismos fijados por la Ley de Defensa del Consumidor, porque se abre la puerta a la arbitrariedad. Prevé aquí la facultad expresa de recurrir al juez para que sean disminuidos. Lo mismo sucede con relación a las astreintes.

La función preventiva de la Responsabilidad Civil fue largamente desarrollada por la doctrina. Incluso las acciones de tutela preventiva fueron propuestas por los congresos de civilistas.

Creo que la finalidad de esta tutela, resulta muy loable.

El art. 1711 no dice expresamente que la acción procede frente a un daño no justificado o contra el ejercicio irregular de un derecho. Nada aclara. Por lo tanto ya hay quienes sostienen que podrá haber planteos por esta vía que frustren mecanismos preparatorios para ejercer derechos que otorgan las leyes. Y habrá que dirimir en esos casos qué es lo que prevalece pues, conforme el orden de prevalencia, las normas indisponibles de este código y de las leyes especiales se encuentran en el mismo rango de prioridad.

En definitiva, la introducción del análisis de la función preventiva se relaciona con la posibilidad de cualquier usuario de un servicio de salud, pueda intentar prevenir los daños que puedan llegar a suceder por falta de cumplimiento de los deberes del proveedor de ese servicio, y quién más que los usuarios que en general utilizan un

determinado servicio, y sean los más conocedores de las deficiencias para interponer una acción de responsabilidad preventiva.

### **VII.-Conclusión:**

Los operadores del sistema de justicia, en el caso del derecho a la salud, abogados, jueces, peritos médicos, partes involucradas, irán analizando y aplicando el Código Civil y Comercial de la Nación, a la luz de la Constitución Nacional y de los tratados de Derechos Humanos en los que la Argentina es parte, lo que va a implicar un cambio tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, y en definitiva de la solución de los casos concretos de los justiciables, los que seguramente ampliarán el sentido de justicia del derecho a la salud de todos los ciudadanos.

Entiendo, a partir del dictado del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, resulta aplicable la inversión de carga la prueba de la existencia o no y en su caso de las consecuencias de un hecho dañoso, como del derecho a prevenir daños derivados del servicio de salud, y de la aplicación del microsistema de derechos del consumidor.

Ojalá que nuestro nuevo Código cumpla con el mandato expresado por los constituyentes en el preámbulo de nuestra Constitución: *“afianzar la justicia”* en la aplicación del derecho a la salud.

Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso