

**XV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2019
Corrientes - Argentina

XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de

Derecho y Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2019
Corrientes -Argentina / Fernando Acevedo ... [et al.] ;
compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed.-
Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
CD-ROM, EPUB

ISBN 978-987-619-345-0

1. Análisis Jurídico. I. Acevedo, Fernando. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN Nº 978-987-619-345-0

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: ABORDAJE DE UNO DE SUS IMPACTOS

Carlevaro, Agustín¹

Monzón Wyngaard, Álvaro²

agustincarlevaro@conicet.gov.ar

Resumen

Este artículo analiza un aspecto vinculado a la responsabilidad civil del ingeniero biomédico frente a un daño ocasionado por su accionar profesional luego de que se produjera la constitucionalización del derecho privado con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Esto modifica cómo opera el instituto en cuestión dando origen a nuevos interrogantes. Para responderlos, se utilizó la matriz de datos para obtener información la cual posteriormente fue operacionalizada a través del método jurídico mediante el cual se obtuvieron conclusiones de trascendencia.

Palabras claves: Tecnología – Salud – Productos Médicos

Introducción

El derecho de daños regula la compensación de los daños injustamente sufridos. A diferencia del Código escrito por Vélez Sarsfield que se focalizaba en los bienes, el nuevo cuerpo legal pone su mirada en la persona, es decir, en el damnificado. Los autores del Código Civil y Comercial del año 2015, receptan varias normas que venían aplicándose en base a los principios generales establecidos por las Corte Suprema de Justicia de la Nación, los demás tribunales inferiores y por el pensamiento mayoritario de la doctrina. Lo que ocurrió fue que se constitucionalizó el derecho privado al incorporar el principio “*alterum non laedere*” o “*naeminen laedere*”. Dicho adagio se lo interpreta como “no dañar a otro/otros”. El presente artículo determina cuáles son las nuevas normas aplicables a un supuesto caso de mala praxis por el ejercicio profesional del ingeniero biomédico.

Materiales y método

Para arrojar información se utilizó el modelo de Matriz elaborada por Juan Samaja (2002) para el procesamiento de datos en ciencias sociales. El objetivo general de este texto es determinar qué se entiende por daño provocado en el ejercicio de una actividad profesional –ingeniería biomédica- (UA) y cómo opera este instituto en el ordenamiento jurídico nacional (V) y la teoría general del derecho (V), determinando quiénes son los legitimados de estos derechos en el accionar de reparación (UA1), desarrollar en qué consiste la obligación (UA2) y establecer quiénes son los sujetos obligados (UA3) frente a un eventual daño. Las variables, indicadores y resultados asignados en el diseño metodológico de la matriz responden a los campos del Derecho de la Salud; Derecho Biomédico; Derecho Civil identificados en este texto. Los datos fueron operados a través de los métodos jurídico, realista y bibliográfico.

Resultados y discusión

¿Qué es el daño? Según palabras textuales del Dr. Ricardo Lorenzetti, el daño se constituye en el centro alrededor del cual gravita la responsabilidad. No solo lo constituyen, como sostiene la doctrina clásica, a la lesión del patrimonio, sino también a la de la persona en su integridad psicofísica. Ahora ya no es necesaria la lesión de un derecho objetivo, siendo resarcible la afectación de un interés simple o de hecho no reprobado por la ley. El objeto del daño puede ser tanto la persona, como el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, por ejemplo el daño que sufren los consumidores o el que se causa al medio ambiente, el que cobra especial protección en el Código.

El cambio sustancial que afecta al instituto en cuestión está constituido en la unificación de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad civil extracontractual y contractual. Entre las modificaciones más importantes se encuentran la igualdad de plazos considerados en la prescripción de acción por daños (se

establecieron tres años de plazo), entre otros. Se redujo el extenso de 10 años a tres años a fin de evitar la pérdida de efectividad de la prueba.

Se regulan expresamente y detalladamente la doble función de la responsabilidad, a saber, la preventiva (luego del intenso debate de si este instituto debía tener o no un componente preventivo) y la resarcitoria. Este nuevo deber de prevenir opera en la posibilidad de prevenir siempre y cuando se encuentre en su esfera de control, para evitar que el deber sea tan amplio que alcance a todos (lo limita a la persona que dependa la generación de la conducta esperada). Conforme al art. 1711, esta función preventiva procede siempre que exista la posibilidad de que se ocasione un daño por medio de una acción u omisión antijurídica, no siendo necesario la presencia de ningún factor de atribución que califique esa conducta activa u omisiva.

Siguiendo el modelo expuesto por Sagarna (2016) que ha sido tomado por este análisis entendemos que se incorpora el deber de prevenir todo daño en cuanto de la persona dependa, y de adoptar medidas de buena fe para la evitación del perjuicio. La prevención podrá ser dictada por el juez de oficio o también a pedido de parte, admitiéndose la resolución provisoria o definitiva, la que hemos visto consagrada en innumerables sentencias protegiendo la salud de las personas: adjudicando medicamentos, tratamientos, cirugías, aparatos ortopédicos, etc.

En cuanto a la legitimación para iniciar acciones preventivas basta con acreditar un “interés razonable” en la prevención.

A pesar de esta nueva figura, la responsabilidad resarcitoria aparece como la protagonista de la norma. Este instituto opera al reparar un daño causado por un hecho ilícito o por el incumplimiento de una obligación.

En principio todo daño es antijurídico salvo que se encuentre justificado. El Código de 2015 regula expresamente varias causales de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, asunción de riesgo, consentimiento del damnificado) respondiendo a lo que es la doctrina y jurisprudencia tradicionales.

En cuanto a los factores de atribución, el nuevo Código contiene distintas normas dignas de ser analizadas ya que el hecho de que el art. 1720 mencione expresamente el término factores de atribución, empleado desde hace décadas por el sector mayoritario de la doctrina, significa una recepción normativa interesante que reconoce el aporte que los juristas a la ciencia del derecho. Así, se acoge a los factores de atribución subjetivos (dolo y culpa) y a los factores de atribución objetivos (riesgo creado por las cosas y por las actividades, garantía, equidad, etc.). A pesar de establecer la existencia de los factores objetivos de atribución, el art. 1721 dispone que en ausencia de norma expresa, el factor de atribución es la culpa. De modo que, la culpa queda como un factor de atribución residual.

Con respecto a la Antijuridicidad en la función resarcitoria, se la regula en la Sección presupuestos de la función resarcitoria: antijuridicidad, factores de atribución y nexo causal, para luego dedicar una Sección especial al daño. El primer artículo regula el deber de reparar que surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación. El segundo establece la regla principal en materia de antijuridicidad: la acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada. En cuanto a la justificación, se admite el ejercicio regular de un derecho, supuesto sobre el cual no hay controversias. Se admite la legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena.

Con esta redacción, pensamos, se pretendió fijar una serie de criterios para poder evaluar de una manera más precisa que en el código anterior cuándo es legítima la defensa. Finalmente, aparece en escena el instituto de la fuerza mayor. Ésta admite parámetros de valoración dado que procede cuando se persigue evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se originó en un hecho suyo; cabe destacar que el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa.

En esta inteligencia, se reconoció jurídicamente a la asunción de riesgos, siguiendo en ello a la doctrina mayoritaria: no se justifica el hecho dañoso ni se exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. En el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro, se reconoce su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación.

Por su parte, se incorpora el consentimiento libre e informado del damnificado, que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles. De la interpretación de los Fundamentos del Anteproyecto y la norma finalmente sancionada y promulgada se deduce que se aplica solamente a bienes disponibles y con todas las seguridades de la voluntad libre, resulta necesaria, porque en caso contrario muchos vínculos contractuales no serían viables e impediría el normal funcionamiento de las instituciones en cuestión.

En los supuestos en que tiene lugar la aplicación de un factor objetivo de atribución, la culpa queda fuera de lado pues la responsabilidad es objetiva. El responsable deberá probar el quiebre del nexo causal, siendo insuficiente la prueba de la ausencia de culpa. La prueba de la ruptura del nexo causal se logra a través de la acreditación de una causa ajena, caso fortuito, hecho de un tercero por quién no debe responder, o el hecho de la propia víctima.

En lo que respecta a la doctrina de la reparación plena por los daños sufridos, se introdujo un principio constitucional que la Corte Suprema de Justicia de la Nación venía reiterando con anterioridad a la aprobación del código vigente. En estos casos, el sufrimiento de “daño moral”, ahora comprensivo también de la interferencia en el proyecto de vida de una persona, admite distintas vías de reclamo legitimando a distintos vínculos a accionar frente a la muerte de un sujeto, no siendo sólo legitimados los ascendientes, descendientes o el cónyuge, sino también los convivientes con trato familiar, como los que se hallan en uniones convivenciales, o por ejemplo los hermanos o primos que cohabiten. Otra variante de la responsabilidad civil encontrada en este nuevo cuerpo normativo es aquella que contempla la responsabilidad por riesgo. Así, la responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa por su naturaleza toma en cuenta los medios empleados o circunstancias de su realización, siendo responsable por ésta, quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella.

Conclusión

Luego de analizar el marco legal que opera como resultado en nuestra investigación, concluimos que un ingeniero biomédico incurre en mala praxis cuando provoque un daño en el cuerpo (o dispositivo tecnológico integrado al cuerpo que cumpla una función vital) o en la salud de la persona (entendida en sus tres esferas ut supra referenciadas), sea el daño que causare parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su conducta realizada o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con falta de consideración en la normativa legal aplicable. Resultados observados y discutidos:

1. Daño constatable en el cuerpo (o dispositivo tecnológico integrado al cuerpo que cumpla una función vital) o en la salud de la persona (entendida en sus tres esferas ut supra referenciadas). Aplica tanto para el daño directo en el damnificado como para la totalidad de sus actividades. Se adopta el concepto amplio. Ejemplos observados en la práctica: Error de diagnóstico, irregular colocación de un stent coronario que provoca la muerte del paciente, error en el cálculo de la zona vital en la que debían aplicarse RX provocando lesión en otro órgano no afectado, etc.
2. El daño causado por el ingeniero biomédico debe originarse en un “mal actuar” propiamente dicho. Esto quiere decir, que el ingeniero biomédico actuó de manera imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a su cargo o apartamiento de la normativa aplicable a cada caso.

Considerando esto, los factores de atribución ingresan a la escena. Se mantiene en el art 1721 la distinción entre factores objetivos y subjetivos (tal como aparece en el Código de Vélez con la reforma de la ley 17.711 del año 1968). El artículo siguiente, a saber, el 1722, establece que el factor es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a fin de atribuir responsabilidad. En estos casos, el ingeniero biomédico se libera demostrando la causa ajena operando como un eximente, salvo disposición en contrario. Se observa que este artículo fue producto de las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias existentes al momento de la sanción de la última reforma a nuestro código. Es decir, la responsabilidad objetiva se basa en la causalidad y solo se exime de responder si se “fracturó” esa causa o se interrumpió. El ingeniero biomédico puede eximirse en responder frente al daño cuando existiera relación con el hecho de la víctima (Art. 1729) o de un tercero (art. 1731) o el caso fortuito (art. 1730).

Referencias bibliográficas

Sagama, F. “El Derecho de Daños en la última década de la CSJN”, publicado en RCyS2013-X, Portada. Cita Online: AR/DOC/3885/2016

Samaja, J. “Epistemología y Metodología (Elementos para una teoría de la Investigación Científica)”, Buenos Aires, EUDEBA, 2002.

Filiación

¹Jefe de Trabajos Prácticos y ²Profesor Titular de la *Cátedra B* de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.