

LA RESPONSABILIDAD POR CONTAGIO DE ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS. PRINCIPALES SUPUESTOS .

Doctrina Judicial, 30 de diciembre 2009. Ed LL

Dra Lidia M Rosa Garrido Cordobera

lgarrido@derecho.uba.ar

1.Complejidad y ubicación del tema

En este tema se entrecruzan cuestiones medicas, técnicas, sociales y jurídicas que necesariamente influyen en la solución que se sostenga frente al daño producido¹.

El derecho a la salud como derecho constitucional, con apoyatura en los pactos Internacionales se conjuga con el derecho a no ser dañado reconocido muchas veces nuestra CS desde Santa Coloma, en la situación particular que analizaremos de contagio de enfermedades transmisibles al requerirse un servicio de asistencia a ser prestado por un servicio de salud

2.El ámbito en el que nos movemos

Básicamente hemos de abordar las situaciones que se producen en virtud de una asistencia medica o practica medica o complementaria, pero también haremos referencia a las infecciones que se contraen en virtud de la concurrencia y permanencia en el centro de salud

¹*Titular de Privado I del Doctorado de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, Titular del Doctorado en la Universidad de Buenos Aires. Prof. de la Especialidad en Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Prof. de la Especialización de Recursos naturales de la UBA Prof. de la Maestría en Ambiental de la Universidad de Comaghue

Autora de libros: Anticresis, Privilegios especiales sobre inmuebles, Los Daños colectivos y la reparación, Leasing, Los Daños colectivos- prospectiva general, Anotadora del Código Civil Argentino T2 y T3 Código Civil anotado de López Mesa, Actualizadora de Contratos Civiles y Comerciales de Garrido- Zago (2 tomos), Directora de Cuestiones Ambientales, Coordinadora del Tratado de la Buena Fe (2 tomos), Investigadora en Doctrinas esenciales de la responsabilidad Civil (7 tomos), coautora de Leasing inmobiliario con Roque Garrido, autora de capítulos de libros, artículos en revistas argentinas, peruanas, españolas, brasileñas y portorriqueñas, conferencista y panelista en eventos nacionales e internacionales. Directora de proyectos de Investigación de la UBA desde 1987 y Directora del Seminario Problemática de los daños en la Sociedad Actual (Inst de Investigaciones Jurídicas A L Gioja- UBA). Miembro de la InterAracam Bar y de ILA, del Inst del Nordeste de la Academia de Córdoba, del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la Univ Javeriana

lgarrido@derecho.uba.ar www.garridocordobera.com.ar

Garrido Cordobera, Lidia MR, Los daños colectivos, Ed Javeriana

A fin de brindar una mejor visualización de la cuestión podemos diagramarlo del siguiente modo

En referencia a **ciertas enfermedades**, analizaremos A) enfermedades infectocontagiosas trasmisibles por vía sanguínea o algún instrumental o catéter, a saber SIDA, Chagas, Hepatitis (C) brucelosis y según Seuba Torreblanca, encefalopatía espongiiforme (vaca loca)

B) Infecciones hospitalarias o intrahospitalarias

Teniendo en cuenta **las personas a quien se daña** podremos tener los a pacientes, personal del cuerpo de la salud, la familia o allegados que están en contacto con el paciente o el lugar. Excluiremos al segundo supuesto por ser materia propia del derecho laboral Como se observa el ámbito en el cual nos movemos es complejo y muy amplio pese a haberlo ya circunscrito y a excluir los casos de mala praxis medica que no son objeto de nuestro abordaje².

3 Con respecto a los tipos de daño

Nadie concurre a un centro asistencial o se somete a una practica medica consistiendo o asumiendo riesgos que no son los propios del acto medico o del tratamiento al que se somete.

Nuestro núcleo esta compuesto **por daños personales a la salud y a la vida** que pueden tener la características de ser permanentes o temporales

Se manifiestan en **daños patrimoniales** bajo los rubros de los daños emergentes y el lucro cesante como así también en algunos supuestos cabria la indemnización por perdida de la chance

Un rubro sin ninguna duda muy importante es el de los **daños morales**³ que revisten una entidad propia, nadie puede negar la

² Para este aspecto consultar López Mesa Marcelo (Dtor) Tratado de responsabilidad medica Ed Legis

³ Pizarro Ramón Daniel, Daño moral, Ed Hammurabi

Cornet Manuel, Vigencia y caracterización del daño extrapatrimonial en el derecho contemporáneo, en Tendencias de la responsabilidad civil en el SXXI, Ed Javeriana

situación de impacto emocional que se suscita con estos casos en las víctimas y en sus allegados.

Además estos daños generalmente son **individuales pero podrían ser masivos o colectivos**⁴ cuando se afecta a una clase de pacientes, por ejemplo a los inmune deprimidos, los dializados o los hemofílicos, situaciones que se han dado en la Argentina y sobre todo en el otros países como Francia y España donde ha dado origen a soluciones especiales de creación de Fondos de Compensación para cubrir estos supuestos dañosos⁵.

4 Los sujetos intervinientes en el origen del daño

Vemos que en tramado de la conducta de asistencia medica confluyen una pluralidad de actores, tendremos a los médicos, actuando solos o en equipo⁶, a los auxiliares de la medicina y a las clínicas como posibles sujetos involucrados en la causación del daño. Con respecto al medico hay que distinguir entre ellos al medico que prescribe la practica del que interviene en la practica medica (hemoterapia, diálisis), en ambos supuestos veremos que el factor de atribución que generalmente se le aplica es el subjetivo (dolo o culpa) y en los casos puntuales será la del dueño o guardián de la cosa (1113, 2p)⁷

Veremos que también son agentes responsables la clínica⁸ o establecimientos públicos donde se presta la asistencia medica o se realiza la practica en virtud de factores en este caso objetivos, en muchos autores encontraremos múltiples fundamentos correspondientes tanto a normas contractuales como a aquilianas

⁴ Garrido Cordobera, Lidia MR, Daño ambiental individual y colectivo, LL 5 y 6 de enero 2007

⁵ Seuba Torreblanca Joan, Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Publicas Ed Civitas .

⁶ Garrido Cordobera, Lidia M R Responsabilidad del equipo medico Doctrina Judicial

⁷ Garrido Roque F y Cordobera G de Garrido, Contratos atípicos, Ed Universidad .

Trigo Represas Felix y López Mesa Marcelo, Tratado de La responsabilidad Civil, Ed La Ley

López Herrera, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil Ed Lexis

⁸ Bueres Alberto J Responsabilidad de las Clínicas, Ed Abaco

(responsabilidad del principal en virtud de la garantía, la obligación de seguridad, el riesgo de actividad o riesgo de empresa).

Sostenemos que frente a la víctima en los casos que analizamos surge como sujeto responsable *prima facie* los establecimientos donde se ha producido el daño, el problema trascendental como en la mayoría de los casos de responsabilidad es la relación de causalidad⁹

5 En cuanto al ámbito de la responsabilidad

Generalmente esta es planteada como contractual pero también puede configurarse extracontractualmente cuando la atención se realiza de urgencia y sin contar con el consentimiento informado del paciente o sus familiares o también utilizarse la opción aquiliana a tales efectos con las consecuencias propias de tal elección con respecto a los plazos de prescripción y a la extensión de la indemnización¹⁰.

Con respecto a los establecimientos asistenciales la jurisprudencia ha sostenido que es de plena aplicación en principio el art 504 del CC., el art 1198 pero también se ha aplicado el art 1113 de dependiente, la segunda parte de dueño o guardián, y además en caso de tratarse de un establecimiento público el art 1112 CC.

6 Los factores de atribución de responsabilidad: Obligación de seguridad y riesgo

Veamos someramente cuales podrían estar implicados comúnmente en los casos que nos planteamos y habiendo descartado los supuestos de mala praxis y siendo muy pequeño el grupo de supuestos a los que le podremos aplicar por ej el elemento dolo (por ej el que sabiendas inyecta sangre contaminada con alguna

⁹ López Mesa, Marcelo, Teoría General de la responsabilidad civil medica en el derecho argentino, frances, colombiano y comparado en Tratado de responsabilidad medica Ed Legis

¹⁰ Garrido Cordobera, Lidia MR, La cuantificación del daño un debate inconcluso, La Ley del 6 de agosto de 2007

enfermedad de las que analizamos) nos centraremos en los factores objetivos

En la relación medica es de aplicación la denominada obligación de seguridad (art 1198, ámbito contractual) y en la organización como servicio aplicándosele la normativa de la ley de Protección al Consumidor también¹¹.

En las XX JNDC se sostuvo que la seguridad es un principio general del derecho garantizado y que el mismo dimana de la solidaridad social y del principio de Buena fe, inscribiéndose dentro de los horizontes preventivos del moderno derecho de daños, vemos que también el deber de advertencia guarda una estrecha relación con la seguridad.

Se ha venido acentuando tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia sea ya en su aplicación como obligación tacita de seguridad acompañando a otras obligaciones que aparecen como obligación principal de los contratos, o bien surgiendo directamente de una disposición legal.

Se ha dicho que la obligación de seguridad¹² crea un deber positivo de actuar para proteger a otros.

En cuanto al riesgo como factor de atribución recordemos que ya Josserand afirmó que se debía admitir que somos responsables, no solamente por los actos culposos, sino de nuestros actos, pura y simplemente, desde que hayan causado un daño injusto o anormal, que se puede prescindir de la idea absoluta de culpa y aquél que

¹¹ Nuestra Ponencia al Congreso de daños 2007.

- La obligación de seguridad es de carácter autónomo y puede ser tanto de origen contractual como legal.
- Es una obligación que no puede ser desvirtuada por cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad. .
- Es una **obligación de resultado**.
- Es de carácter **objetivo**.
- No funciona la “Asunción de riesgos” como eximente de responsabilidad
- Su base legal general se encuentra en el Art. 1198 del CC y en normativas especiales 5, 6, 40 Ley del Consumidor

¹² Prevot, Juan Manuel y Chaia Rubén, La obligación de seguridad Ed Hammurabi

crea el riesgo responderá por las consecuencias perjudiciales a terceros.

En tanto Saleilles consideraba que se trata de hacer un balance, que la Justicia quiere que se incline el platillo de la responsabilidad hacia el lado del iniciador del riesgo, y si bien la ley permite los actos lícitos, e impone también a quienes toman el riesgo a su cargo, la obligación de reparar los daños, ya que ocurrido el este, es preciso que alguien lo soporte¹³.

Frente a las críticas¹⁴ que siempre se mantienen respecto a la responsabilidad objetiva es útil recordar con Garrido y Andorno¹⁵ sus argumentos que afirman que muchas veces los paliativos utilizando las presunciones de culpa, si bien aptos para obtener el justo equilibrio, frente a determinados supuestos resultan insuficientes. En tal situación, la reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento o actividad dañosa o peligrosa.

¹³ Se dice que puede no haber culpa positiva de ninguno de ellos pero la práctica exige que quien obtiene provecho de la iniciativa, sobrelleve sus cargas, por lo menos en razón de ser él su causa material, puesto que esta iniciativa constituye un hecho que, en sí y por sí, encierra peligros potenciales contra los cuales los terceros no disponen de defensa ética.

¹⁴ Llambías se ha referido en su primer comentario a la reforma, descalificando la teoría del riesgo, por considerarla vacía de contenido moral, al disociar la responsabilidad de la censura que merece la conducta humana sancionada, la considera gravemente funesta y en forma de conclusión dice: que “Propugna, sin que ello haya sido advertido por los corifeos de la tesis, una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues, indudablemente, si hay algún asunto en el que aparece clara esa inmersión del derecho en el orden ético, es el problema de la responsabilidad, que no es posible resolver haciendo abstracción del efectivo estado de conciencia del imputado”. El error fundamental de este civilista, ha sido negar el valor ético de la teoría del riesgo creado., ha olvidado su origen en el campo laboral e industrial, para proteger al obrero o a un tercero, frente a una interpretación rígida de los principios civiles que niegan la reparación cuando falta la prueba de la culpabilidad del principal, el empresario incorporaba a la sociedad, los medios idóneos para dañar y aun el trabajador o el tercero, debía probar la culpa del empresario, en su. En resguardo con una profunda sensibilidad social, en todos los países se, determinó una reacción ética frente a la desprotección y al egoísmo empresario. y resulta inexplicable que esa teoría, al ser trasladada de la esfera laboral a la civil, haya perdido en la ruta su contenido esencial ético.

¹⁵ Garrido Roque F y Andorno Luis El art 1113, Ed Hammurabi

En el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, doctrinarios como Garrido y Andorno, rechazaron reiteradamente la afirmación del vacío moral de la teoría del riesgo creado, y expresaron siempre que no resultaba justificada la afirmación de que esta forma de reparación de los daños, sacrificara los valores morales y careciera de todo sustento moral, para afirmarse en una pura relación de causalidad física, afirmaban que la denominada responsabilidad sin culpa tiene un profundo contenido ético, en su origen, para controlar la desigualdad jurídica que determina la creación del riesgo, nos está indicando que apunta a realizar un fin de equilibrio entre quienes integran un determinado conglomerado social.

Podemos decir con Casiello, la sensación de injusticia se desvanece cuando se atiende a la situación de la víctima., ésta merece protección, y habrá de otorgársela, so pena de atentar más gravemente contra elementales principios de justicia.

Recordemos que se ha dicho en la doctrina italiana que la empresa debe responder por el riesgo típico de su actividad, se habla de riesgo de empresa¹⁶ para Guido Alpa el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad

7.Análisis particulares

Supuesto de las Infecciones hospitalarias

Este supuesto es un verdadero flagelo y causa de miles de víctimas anuales, son indicadores de parámetros de calidad y esenciales en lo que hacen a la salud y seguridad de los pacientes.

¹⁶ Pizarro Ramón Daniel, Responsabilidad por riesgo creado y de empresa Ed La Ley

Dimana de la aplicación en principio de la Buena fe contractual ya que quien celebra un contrato de prestación medica lo hace presuponiendo que de tal situación no saldrá en peor circunstancia, solo de mala fe puede entenderse que una clínica afirme que no esta obligada a tener su establecimiento libre de virus o gérmenes.

Suele definirse a la infección hospitalaria como la enfermedad provocada por microorganismos contraída en un establecimiento asistencial contraída por el paciente después de su admisión, para su hospitalización o para recibir tratamiento ambulatorio.

Se trata según los estudiosos de infecciones exógenas al paciente¹⁷ y necesariamente contraídas en el ente asistencial.

En materia de causalidad suele plantearse la cuestión de saber si en la infección tuvo algo que ver el estado patológico del enfermo y si ello implica ruptura de la relación de causalidad o al menos tiene el carácter de concausa¹⁸.

Si tomamos el ejemplo de la evolución en Francia vemos que se ha hablado en un primer momento como que nos hallamos frente a una obligación de medios simple, luego a una obligación de medios con presunción de falta y finalmente una obligación de resultado.

Las leyes francesas (4/3/02 y 20/12/2) distingue según se trate de a) un establecimiento de salud, en el que se aplica una obligación de seguridad resultado a no ser que se pruebe una causa ajena, b) de médicos o profesionales de la salud para los cuales rige un régimen de responsabilidad por falta.

Los grandes daños son cubiertos por la ONIAM (oficina Nacional de indemnización de los accidentes médicos de afecciones genéticas o infecciones hospitalarias a titulo de solidaridad nacional)

¹⁷ Se discute si pueden ser originadas en gérmenes que el paciente tienen pero que se manifiestan por su debilidad o por un acto medico invasivo

¹⁸ La situación de paciente debe constar en la historia clínica.

En la Argentina los fallos son dispares podemos trazar una línea según la cual se responsabiliza al ente, profesional o centro asistencial si se ha acreditado la culpa en concreto de haber omitido adoptar las precauciones necesarias para evitar la infección. Se debe probar, la infección, el haberlo contraído durante la estadía hospitalaria, la omisión de los actos de asepsia, limpieza, desinfección, esterilización y la eximición será en virtud de ausencia de culpa.

Una segunda línea atenúan el tema probatorio pero continúan ubicándolo en el ámbito subjetivo y en la eximente de ausencia de culpa y la tercera ubica el tema en un régimen objetivo donde basta al paciente demostrar la infección y su carácter hospitalario y solo cabe la eximición rompiendo la relación de causalidad

CNCiv Sala D 16/07/01, Frenkel, Adolfo c/ centro de Ortopedia y traumatología

Cam Apel Civ y Com Jujuy S III 20/04/04, C.C., F y otra c/ Pvcia de Jujuy.

CNCiv Sala A 24/05/04 Guiñazu Maria c/ UBA - Hosp. De Clínicas.
Cam 2ª Apel Civ y Com La Plata Sala I D, HA c / Hosp.. San Martín y otro, 24/08/ 98

CNCiv, sala F 24/02/2002 Ael, Ramón L c/ Direcc OS ENTEL y otro

Supuesto de transfusiones¹⁹ y hemoderivados²⁰

¹⁹ Martín Marchesini, Gualterio, Responsabilidad civil del hemoterapista, LL 1987-A-957.

Maximino, Leonardo, di Pietro, Marcelo A y Landin, Pablo, la responsabilidad civil del medico hemoterapista por contagio de sida, LLC 1992-697

Parra, Ricardo Adrian , Daño transfusional, trabajo de Curso de daños, en www.garridocordobera.com.ar

²⁰ Segui Adela, Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades (La transmisión de HIV a través del empleo de hemoderivados) LL 1992-B-1057.

Uno de los principales progresos del SXX ha sido conseguir un uso terapéutico de la sangre²¹, primero con una utilización completa y luego como materia prima para los hemoderivados.

La sangre esta compuesta por elementos celulares (glóbulos blancos, glóbulos rojos y plaquetas) y el plasma se descompone en plasma, inmonoglobina, albúmina y factores coagulantes.

La sangre es un bien escaso y tiene un valor determinado por la capacidad terapéutica para ser utilizado como transfusión o bien como hemoderivado en la asistencia sanitaria

Actualmente se sabe que la sangre presenta riesgo de posibles contagios de algunas enfermedades y que contamos con los procedimientos de autotransfusiones y de las sangres artificiales²²

La seguridad de la sangre y de los hemoderivados viene garantizada por una pluralidad de sujetos que asumiendo diferentes funciones se encuentran involucrados en lo que denominamos “cadena transfusional”.

Encontramos al poder publico que establece los requisitos y mecanismos que se consideran pertinentes , tendientes a garantizar la calidad de los productos y la vida y la salud de los ciudadanos, los bancos de sangre y a las empresas farmaceuticas fabricantes de los hemoderivados.

Hemos mencionado como enfermedades trnasmisibles entre otras la hepatitis C, el HIV o Sida y queremos llamar la tensión sobre la encefalopatía espongiforme .

Con respecto a la denominada hoy **hepatitis C (HC)** durante muchos años (desde 1975) se la conocía pero no se la podía identificar y se la denominaba Hepatitis no A y no B, siendo en 1989, aislado el virus y

²¹ La 1er transfusión documentada fue en 1492 en la época de Inocencio VIII.

En 1901 se identifican los grupos sanguíneos

En 1954 Se utilizan los precipitados

En 1968 Se se separan los componentes por centrifugado y se preparan los hemoderivados

A mediado de la decada del 80 se generaliza el calentamiento de sangre, procedimiento que fue muy discutido pero que permite desactivar ciertos virius.

²² Seuba Torreblanca Joan, Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Publicas Ed Civitas

lográndose un test de detección que se ha ido perfeccionando desde 1990.

Se trata de una grave enfermedad del hígado causado por este virus que provoca su inflamación que puede derivar en cirrosis o cáncer de hígado. Tiene una incubación de 4 a 8 semanas del contagio y en un 78% deviene en crónica y de ellos el 20 % en cirrosis en un lazo de 10 a 20 años, sin embargo existe una gran población de portadores asintomático.

Son vías de contagio la sangre, los fluidos, uso de jeringas u otro instrumento punzante o sondas o catéteres no adecuadamente desinfectados, vía sexual, transplantes, fecundación, vía parenteral, vía vertical.

Son grupos de riesgo los hemofílicos y los dializados por el alto nivel de exposición

El **HIV**²³ es el tercer retrovirus linfotrópico humano descubierto²⁴, es un virus de inmunodeficiencia humano que ataca a los linfocitos T permitiendo la aparición de enfermedades oportunistas, la definición de SIDA como enfermedad ha ido variando²⁵ teniendo un criterio clínico y uno de laboratorio para su diagnóstico, lo cierto es que desde que una persona está infectada a que se le declara el diagnóstico de SIDA puede durar un periodo de 7 a 10 años.

El virus permanece latente y tiene una capacidad de mutación muy rápida, lo que explica el gran número de cepas que existe y la velocidad con que desarrolla la resistencia a los medicamentos antivirales. pese a esto, hoy con los avances científicos pasó de ser una enfermedad letal a una crónica.

Recordemos que recién en 1983 se lo logra aislar y los test de detección como el ELISA se utilizan desde 1985, existiendo hoy en

²³ Kemelmajer de Carlucci, El sida en la jurisprudencia, Academia Nacional de Derecho 1999.

²⁴ La atribución del descubrimiento del HIV y por ende de las patentes no fue pacífica y concluye con un acuerdo firmado en la Casa Blanca frente a los Presidentes Regan y Chirac.

Los involucrados eran Gallo y su equipo de Maryland y Montagnier y el Inst Pasteur.

²⁵ Seuba Torreblanca Joan, Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Públicas Ed Civitas

uso el Western Blot, Nat, RIPA, la inmunofluorescencia y la combinación con antígenos de HC que permiten acortar los tiempos del periodo ventana.

Estamos frente a un agente infeccioso que desarrolla su actividad parasitaria en las células que contagia, no tiene vida independiente, y al ser virus solo pueden ser observado en un microscopio electrónico. Según ONUSIDA son vías de contagio, diferentes fluidos corporales (sangre, semen, secreciones cervicales, leche materna) por vía parenteral (agujas , utensilios punzantes), relaciones sexuales, vía vertical, fecundación, trasplantes .

Los estadios que generalmente se reconocen son²⁶

- a) periodo latente (window period)
- b) periodo seropositivo sin síntomas pero con anticuerpos que revelan la infección
- c) fase ARC (Aids related complex) se observan síntomas de morbilidad , debilidad general, lesiones cutáneas, afección de ganglios linfáticos etc
- d) SIDA, el sistema inmunológico se halla destruido

Las XIII JNDC abordo en la Comisión 2 de Responsabilidad por transmisión de enfermedades sostuvo en su despacho en el apartado II) 3) “Con respecto a los supuestos de daño que los profesionales médicos ocasionan utilizando cosas, ellos generaran una responsabilidad de naturaleza objetiva. Si la relación es contractual existirá una obligación de seguridad-resultado; si la relación es extracontractual el fundamento será el riesgo que informa el art 1113, 2parr, ultimo apartado CC”.

Agregado Mezza, Boragina y Agoglia “La transmisión de enfermedades infectocontagiosas a través de transfusiones, constituye violación de la anexa obligación de seguridad que el profesional asume frente al paciente generando responsabilidad contractual objetiva encadenada en el factor de atribución garantida”

²⁶ Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot

La Encefalopatía espongiforme conocida como el **virus de la vaca loca**, es una enfermedad degenerativa causada por un prion que provoca demencia progresiva y disfunciones neuromusculares . En la variante que nos interesa nvCJD anunciada en marzo de 1996 por el ministerio de salud británico, al no existir consenso sobre la transmisión por sangre y hemoderivados hay países que han utilizado medidas de precaución , se enrolan en esta línea Gran Bretaña, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Irlanda, Francia, Alemania.

La normativa jurídica aplicable a estos supuestos es en principio además de las normas del Código civil y del Ejercicio de la Medicina la denominada Ley de sangre 22990, la ley de hemodiálisis, la ley de Sida 23 798 y también la ley de transplantes cuando sea conducente. Dictadas en virtud del poder de policía del Estado y consagran la obligación de detección de enfermedades

Vemos que la Sangre es considerada cosa, y es una cosa riesgosa aunque algunos prefieran hablar de cosa viciosa, se le aplicaría el art 1113 2p CC, y con respecto a los hemoderivados cabe aplicarseles la ley de Protección al Consumidor y sus normas tendientes a seguridad y a responsabilidad de la cadena (art 40).

Se puede inferir, que el profesional interviniente se compromete, como obligación principal a realizar la transfusión de sangre o tratamiento hemodialítico, pero que su obligación no se agota en ese acto material, sino que conlleva a que ese acto médico no será causa de un mal para el paciente²⁷.

La responsabilidad del ente asistencial ante los supuestos que nos ocupa es una responsabilidad objetiva²⁸ y solo podrá eximirse demostrando una causa ajena, en tal sentido para nosotros el período ventana no configura caso fortuito o fuerza mayor, pues no tiene la característica de ser extraño a la actividad o la cosa (en tal sentido

²⁷ Maximino, Leonardo, di Pietro, Marcelo a y Landin, Pablo, la responsabilidad civil del médico hemoterapeuta por contagio de sida, LLC 1992-697

²⁸ Bustamante Alsina Jorge , Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot

CNCiv E, RGR c. Centro Cardiológico SA JA 2000-II) y encuadra perfectamente en la relación de causalidad adecuada entre el acto realizado y la enfermedad que se desarrolla.

Cabe también, que se de la situación de pluralidad de agentes intervinientes, en el supuesto de responsabilidad colectiva, autor indeterminado, grupo determinado y como vinimos diciendo la configuración de la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía.

CNCiv sala E, 19/06/98, RGR c. Centro Cardiológico SA

CNC y Com Fed, sala 1ra, 3/09/98 Bernaurdo , M c/ Inst Serv Soc Ferroviario

CNC y Com Fed, sala 1ra, 26/08/04, Bari Alberto c/inst de Serv Soc Bancarios.

Cam Nac Civ y Com Bahía Blanca, sala 1ra, 23/11/06, J, L c/ Soc Española de Beneficencia y Socorros Mutuos

CNC, sala F, 15/5/05, NN c/ Munic. de B A

Cam 1ra Civ y Com Mar del Plata 29/05/ 97 M.N.H. c/ Hosp. Interzonal Materno infantil y ·V M R c/ Hosp. Interzonal Materno infantil

CNC, sala E, 28/02/07 RGW c/MCBA (Argerich)

8 Propuesta de los fondos de Compensación para cubrir estos daños el ejemplo del derecho comparado

Creemos que una adecuada respuesta a estos graves problemas sobre todo por los derechos involucrados la respuesta debería provenir del poder Legislativo, mediante la instauración del sistema de Fondo de Compensación o Garantía, para hacer frente a este tipo de daño, que presentan además una complicación con la situación del periodo ventana y la imposibilidad de detección.

Estaríamos frente a una ley de contenido compensatorio y dictada por razones de solidaridad que encuentra su precedente en aquellos fondos que otorgaban una compensación a las personas que habían recibido un daño en el caso de la vacunación obligatoria.

Tengamos en cuenta por citar algunos ejemplos Dinamarca (desde 1987) Reino Unido (desde noviembre de 1987) Francia (desde julio 1989), Suiza (1990) Australia (1991) Italia (febrero de 1992) España (mayo 1993) Canadá (septiembre 1993) Alemania (julio 1995) EEUU (1998).

9 Reflexión final

Frente a los daños que vulneran la salud y la vida de los habitantes, los jueces deben apreciar adecuadamente las circunstancias del caso, a fin de establecer en el caso concreto, y conforme a derecho a quien le es atribuible la carga de soportar el daño, aplicando para ello todo el plexo normativo que dimana desde nuestra Constitución Nacional.