

VIRTUALIDADES DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

Lidia M. R. Garrido Cordobera *

1. Punto de partida

Corresponde señalar que adoptamos una visión centrada en el hombre, altamente comprometida con el humanismo y a la vez desde una mirada sistémica, siendo consientes de la relevancia y la existencia de factores económicos, sociales y temporales que actúan en este tema.

En el se entrelazan necesariamente el derecho, la medicina, la economía y la política sin excluir la sociología y a la antropología y pese a ello podemos hablar de una lectura universal de la salud como derecho reconocido a nivel mundial y a cuya realización plena se aspira.

2. El concepto de salud

La salud no es ausencia de enfermedad sino un estado de bienestar físico y psíquico, lo consideramos además como un bien social tanto individual como colectivo.

Se puede decir que en su relación con el derecho como ordenador de la vida social irrumpe fuertemente con el Constitucionalismo social e integra los Derechos Humanos Básicos siendo parte de los objetivos de Naciones Unidas.

Va a abarcar un derecho de protección y de prestación, pero para su realización involucra muchas cuestiones vinculadas como el acceso al alimento, a la vivienda, al agua potable y a un medio ambiente sano, a la existencia de adecuados planes de prevención, de asistencia y de manejo de emergencias sanitarias en la población, entrecruzándose además con la educación.

Sobre ello volveremos mas adelante al hablar del Estado como garante del derecho a la salud.

* Doctora en Derecho de la UBA. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Directora del Seminario sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, de Proyectos de Investigación. Evaluadora de la Agencia Nacional, Conicet, Coneau, y Universidades Nacionales.

3. Los derechos fundamentales y los instrumentos jurídicos relacionados

Recordemos que las constituciones han nacido como sistemas de garantía y de diseño del estado (forma de gobierno) y que plasman ideas no solo políticas o económicas sino también filosóficas, sin embargo no son estructuras adormecidas o petrificadas en el tiempo sino planes de vida social que se actualizan.

Duguit¹ decía que se podía hablar de las transformaciones del Derecho sin entrar en el detalle de las leyes positivas, puesto que en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones, sosteniendo muy acertadamente que las leyes positivas pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos, de las necesidades prácticas puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación se le de un sentido y un alcance no soñado por el legislador al redactarla².

En materia de garantías para el hombre es sabida la evolución y los siglos que han debido pasar para arribar a la etapa de la consagración en documentos de los derechos fundamentales, debemos tener presente las denominadas etapas en los derechos, de primera generación (la libertad negativa), segunda generación (económicos sociales), tercera generación (de la sociedad) y cuarta generación en esta lucha por el reconocimiento.

Los derechos individuales-fundamentales han nacido según recuerda Lorenzetti con la nota de universalidad, expresando con ello su carácter neutral de indiferencia a las ideologías, creencias, religiones o nacionalidades³.

También se les reconoce el ser anteriores al Estado y no pueden ser derogados por ninguna asamblea legislativa, los derechos humanos hacen a la calidad del hombre y los derechos fundamentales a aquellos fúndanles del orden jurídico. La persona es un núcleo de irradiación de derechos como punto de articulación del sistema jurídico.

¹ Duguit, L. Las transformaciones del Derecho (Público y Privado) Buenos Aires Ed. Heliasta 1975, 1ra ed., traducción Adolfo G. Posada y Ramón Jaén Las transformaciones del Derecho Público y Carlos G. Posada Las transformaciones del Derecho Privado

² Duguit, L., ob cit, pags 171 y 172

³ Lorenzetti, R L, Las normas fundamentales de Derecho Privado, Ed Rubinzal-Culzoni, 1995

La Constitución originaria argentina no alude a la salud expresamente pero siempre se ha considerado cubierta por el Preámbulo (Promover el bienestar General...), el art 33 de los derechos implícitos (incorporado en 1860), el 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12) y además ligado al concepto de calidad de vida como bien jurídico protegido.

Encontramos al tema salud protegida en instrumentos internacionales que hoy tienen rango constitucional por nuestro art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 en su art 25, en la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1948 en art XI, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966 en su art 12, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su art 24.

Veamos sucintamente lo prescripto por estos textos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece en el art 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, a él y 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 y la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales.

La Convención Americana en su art XI establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, pero aclarando que será correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art VII hace también expresa referencia a la protección de la mujer en época de gravidez y de lactancia así como de la niñez.

El Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales reconoce en su art 12 el derecho de toda persona del disfrute al mas alto nivel posible de salud física y mental y establece como medidas necesarias a ser adoptadas las necesarias para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños, mejoramiento de la higiene del trabajo y el medio ambiente, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales, y su lucha, la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica en casos de enfermedad.

Además la Convención sobre Derechos del Niño en su art 24 dice que los Estados reconocen el derecho al niño del disfrute del mas alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud,

adoptaran especialmente las medidas para reducir la mortalidad infantil y en la niñez, aseguraran la prestación de la asistencia medica y la atención sanitaria, haciendo hincapié en la atención primaria en salud, combatirán las enfermedades y la malnutrición mediante entre otras cosas la aplicación de la tecnología disponible, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente, aseguraran la atención prenatal y postnatal de las madres, entre otros.

Además la Constitución Nacional cuenta con las normas del 41 y 42 referidas a protección ambiental y de los consumidores, justamente protegiéndose la salud de los habitantes actuales y de las generaciones futuras (todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras ...; los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud).

En similar criterio a todo lo que venimos mencionando y aun con tintes mas progresistas las Constituciones Provinciales tutelan este derecho, podemos citar a modo de ejemplo tenemos la Constitución de CABA que lo hace en el Capítulo 2 Título 2 y en su artículo 20 brinda un concepto amplio de salud y en el 21 establece los lineamientos de la Ley Básica de salud.

La Ley Básica de Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral, la cobertura universal, la atención primaria y la inversión prioritaria en salud además garantiza una mejor calidad de vida a los enfermos terminales.

También en el marco normativo de estas cuestiones hay que tener presente la Ley de Sangre, de Transplantes, de salud reproductiva, de los Derechos del Paciente, el sistema de Seguro de Salud, el régimen publico y privado de coberturas etc. y recientemente con fecha 3/12/10 se publicó en el B.O. la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental⁴, derogándose la ley 22.914 y modificándose el Código Civil⁵.

⁴ **ARTICULO 7°** — El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:

- a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;
- b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia;
- c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos;
- d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria;
- e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe;

Estamos en lo que se ha denominado “estado de derecho” que implica que a todo principio de Derecho lo acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a cumplirlo (el Derecho se impone tanto a gobernantes como a gobernados) ⁶.

El mismo se establece en interés de los administrados para preservarlos y defenderlos de las arbitrariedades de las autoridades estatales, mientras que su opuesto el “estado de policía”, esta inspirado en el axioma de que el fin justifica los medios, con una concepción de autoridad suprema, que actúa de manera discrecional y sin trabas frente al individuo y la comunidad, que carecen de acción que proteja sus derechos contra el Estado.

El “poder de policía”, en cambio, es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Para Bielsa “poder de policía” sería el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad

f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso;

g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas;

h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión;

i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado;

j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales;

k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades;

l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación;

m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente;

n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable;

o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados;

p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados

⁵ ARTICULO 42. — Incorpórase como artículo 152 ter del Código Civil:

Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

ARTICULO 43. — Sustitúyese el artículo 482 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad

⁶ Marienhoff, M, Tratado de Derecho Administrativo, ps. 516 y ss.

física y aún moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva), y que “policía” significa, en su aceptación más amplia, el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas⁷. En nuestro país, se acostumbra a recurrir a la noción de “emergencia” para justificar la validez de su ejercicio, así como a la noción de “prosperidad”⁸.

El ejercicio del “poder de policía” compromete al Estado, pues no se trata solamente de una facultad acordada por la ley, sino de una función que debe ser cumplida obligatoriamente; es un deber y un derecho al mismo tiempo.

Roscoe Pound considera que dentro de los intereses sociales encontramos, por ejemplo, el interés social en el progreso general⁹, nosotros agregamos a la salud en general.

De todo lo dicho se deduce que estamos frente a una función insoslayable del Estado, el mismo debe garantizarla, pero, cuál es entonces el problema que enfrentamos? Creemos que es el quiebre entre el “deber ser” y el “ser” para decirlo en lenguaje jurídico, entre lo escrito, lo declamado y lo aplicado.

4. Los criterios económicos (costo, eficiencia) aplicados a la salud

La actividad del hombre genera situaciones en las cuales se intento brindar soluciones basándose en criterios económicos derivados de la Escuela del Análisis Económico de gran predicamento mundial, de tal modo que se aplican a diversas

⁷ Bielsa, R, Derecho Administrativo t. 4, ps. 1 y ss., Ed. El Ateneo, Bs. As., 1947

⁸ Con respecto a la vaga noción de “emergencia”, se suelen fijar los requisitos que ésta debe reunir:

“**I**) La situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso («Fallos», t. 127, p. 21; t. 173, p. 65; t. 238, p. 76).

“**II**) La declaración de emergencia debe perseguir un fin público que consultó los superiores y generales intereses del país («Fallos», t. 172, p. 21; t. 199, p. 466; t. 202, p. 465; t. 238, p. 76).

“**III**) Las restricciones excepcionales de derechos deben ser transitorias, nunca permanentes («Fallos», t. 138, p. 170; t. 144, p. 220; t. 200, p. 450).

“**IV**) Los medios elegidos para superar la emergencia deben ser adecuadamente proporcionados al fin perseguido («Fallos», t. 172, p. 21; t. 243, p. 472)” (ver autor y ob. cit. en “L.L.” 1990-E-884).

Con el vocablo “emergencia” se enrolan una serie de disposiciones de la realidad argentina como la “Ley de Emergencia Económica”, “Ley de Reforma del Estado”, “Ley de emergencia sanitaria” etc.

⁹ Pound, R, Examen de los intereses sociales, Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, trad.: Alberto Ciria, introducción de A. L. Gioja, p. 37 y ss, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959.

situaciones a fin de solucionarlos criterios tales como costo/beneficio y eficiencia que son los ejes principales pero sostenemos que no podemos o no debemos abandonar el pilar fundamental de nuestra disciplina que es la búsqueda de la justicia y también la del bien común.

Existe una relación, entre el Derecho y la Economía y nadie duda de que las dos disciplinas están íntimamente ligadas en la evaluación que uno haga de institutos jurídicos, y se nota evidente en el ejemplo del hombre necesita que satisfacer sus necesidades, pero en nuestra concepción también debemos volver a advertir que el contenido de los institutos jurídicos no se agota en el elemento normativo sino que existe el elemento sociológico y el valorativo atinente a lo justo.

El Análisis económico del Derecho es un hito fundamental sobre todo en el tema de la responsabilidad civil o como preferimos llamarlo en el del Derecho de daños, tanto en la materia de reparación como por sobre todo en el área de la prevenciones donde se entrecruza con el área de derechos humanos ya que es allí justamente en la tutela jurídica y la interpretación, cuando han de notarse, si se utilizará el criterio de eficiencia y se ponderarán otros criterios como la calidad de vida para lograr un efecto determinado en la sociedad.

Consideramos un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos a partir del criterio que se centra en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

El enfoque positivo de la economía nos llevará a la descripción del mundo económico tal y cómo es y explicar cómo determinadas medidas o variables pueden modificarlo. Justamente para estos supuestos se han elaborado modelos que ayudan a evaluar los efectos; en materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de leyes que tutelen la defensa del consumidor, la tutela y el control efectivo del medio ambiente, la asistencia de ciertas enfermedades, y una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad.

Como vemos la ciencia económica ha ido ampliando su campo de acción abarcando o invadiendo los campos de las disciplinas científicas y sociales llegando a pretender

sustituirlas o regirlas por las leyes y reglas del mercado y lógicamente deshumanizándolas.

Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcativos pero, también, siempre hemos defendido el rol primordial del hombre, de su dignidad como ser y no como mero sujeto a ser tenido en cuenta como una variable más.

En realidad es muy difícil a priori y hasta descabellado decir que no deben adoptarse los criterios económicos, preferimos señalar que no debe abrazárselo como una verdad sacrosanta, olvidando que detrás de todo tendremos a los hombres y a la comunidad con todos los derechos que durante años se han sabido conquistar para protegerlos.

Recordemos lo que decía Montesquieu "que la relación de las leyes con el principio pone en tensión todos los resortes del gobierno, al mismo tiempo que el principio recibe nueva fuerza, así como en el movimiento físico la acción va seguida siempre de la reacción", cuán acertado es esto extrapolándolo al principio de la eficiencia en materia de la salud como derecho humano.

La visión positiva que aporta el análisis económico del Derecho es no sólo explicar cómo es el mundo económico sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo, se evalúan modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños los costes o beneficios que derivan de las leyes de protección o control de actividades.

Esto es magnífico en teoría pero la pregunta sería, ¿se ha traducido a la realidad?, nosotros siempre hemos propiciado la adopción de las medidas preventivas como una faz esencial en el derecho de daños aun antes de la reparación, ya que esto último, en realidad trata de subsanar un daño pero nunca podrá borrarlo totalmente y por lo tanto al hablar de los daños colectivos en nuestros trabajos siempre hemos tocado el tema del análisis económico del Derecho pero seguimos férreamente sosteniendo que debemos mirar como eje de nuestra disciplina, del Derecho ya sea que lo apliquemos al área del derecho de daños, del internacional o de los derechos humanos al hombre mismo como un ser o sujeto supremo y no como una variable a ser tenida en cuenta fríamente; los legisladores deben tener esto siempre presente al cumplir el mandato constitucional.

Una sociedad no vive sólo de la eficiencia, creo que todos alguna vez nos hemos preguntado, eficiencia ¿para qué?, y sobre todo eficiencia ¿para quién? No es una pregunta retórica o un golpe a la sensibilidad (sin desmerecer esta cualidad humana)

sino creo que merece la pena ser meditada y de hecho estas cuestiones preocupan a los filósofos actuales y tienen que obligatoriamente preocuparnos a todos.

En realidad el conflicto entre eficiencia y equidad es una de las cuestiones de conflicto de valores más profunda que enfrenta la sociedad actual.

Nosotros por nuestra parte sostenemos que se puede decidir sacrificar la eficiencia para mejorar la equidad, lo cierto es que la economía sola no puede indicar qué medidas debe tomar un gobierno para mejorar la equidad pero sí aportar ideas sobre la eficiencia de las diferentes medidas posibles que influyen en tópicos como la distribución de la renta y el consumo.

Aplicando la lógica de la economía toda actividad humana ocasiona un costo y un beneficio, y puede afectar al que lo realiza o a un tercero, pero no todos son asumidos directamente por la gente, no siempre se internaliza las externalidades, ya que resulta más económico obtener los beneficios de una actividad sin necesidad de asumir sus costos.

El costo social es de gran importancia en esta materia como así también lo es como el Derecho determine su internalización y su asunción, los costos preventivos, y los indemnizatorios.

5- La función del Estado en el tema salud

Debido a los caracteres de la sociedad actual, y a las múltiples funciones que asumen los Estados modernos en los regímenes emergentes del “Estado de Derecho” es necesario replantear la cuestión que se da frente a las ausencias o ineficiencia del Estado cumpliendo sus funciones esenciales como salud, medio ambiente, educación, seguridad etc. que a la vez nos remite al planteo de la efectividad de los derechos constitucionales y de los que dimanen de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Muchas veces la cuestión es planteada en el terreno constitucional del Amparo o bien mediante las medidas autosatisfactivas, pero no sería ajeno a la visión integral de los problemas el Derecho de Daños tanto en su faz preventiva como resarcitoria, ya que hay que tener presente que si el daño se ha consumado solo cabe preguntarse por su resarcibilidad o no.

Nosotros consideramos que el Estado es una organización necesaria, con facultades y atribuciones que le son propias¹⁰. Al respecto puntualiza Bielsa que el Estado se caracteriza como poder jurídico, y presupone dos elementos materiales (población y territorio) y un elemento formal (el poder o *imperium*)¹¹.

Con respecto al elemento teleológico del Estado, es sumamente importante en cuanto se pretenda establecer el rol que le corresponde al Estado en la organización de la vida social que para Adolfo Posada, involucra la real dimensión del problema de la finalidad del Estado en los Estados contemporáneos, que sentencian que el fin del Estado se concreta en un régimen de obligaciones para el Estado mismo¹².

Adherimos a la afirmación de que la institución del Estado se asienta en la creencia de que la calidad de vida bajo su organización y sus restricciones es superior a la que pueda realizarse individualmente, y que, se debe tender al imperio del “estado de derecho” y a lograr el bienestar general, como lo expresa nuestra Constitución Nacional.

Seguimos sosteniendo que nunca la “soberanía puede ser sinónimo de impunidad, ella significa el ejercicio de poderes superiores pero dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado”¹³.

Recordemos las palabras de Aguiar Días, quién, citando a Lessa, responde a los temores de quienes consideran que este sistema de responsabilidad viene a “aumentar desmesuradamente una fuente de cargas ya bastante onerosa”, pues “de suceder tal cosa,

¹⁰ Puede caracterizarse, entonces, como la organización jurídico-política de una comunidad, tendiente a lograr de un modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social, con una autoridad suprema, dentro de un territorio y en las condiciones determinadas por factores históricos y culturales

¹¹ Bielsa, R Tratado de Derecho Administrativo, 4ª ed., t. 1, ps. 87 y ss

¹² Posada, Adolfo: Tratado de Derecho Político, t. 1, ps. 302 y ss., Ed. Góngora, Madrid, 1955. Este autor manifiesta: “El problema del fin en los Estados contemporáneos, es, en esencia, un complejo problema de derecho... ¿Puede el Estado abstenerse ante el espectáculo de necesidades esenciales no satisfechas, en el supuesto que se da cuenta de la situación que revela la no satisfacción de esas necesidades?”.

¹³ Garrido Cordobera, LMR, El estado y sus funciones dentro del Derecho de Daños, en libro Homenaje a Moisset de Espanes, Ed Avocatus

Cualquiera fuere la concepción sociopolítica a la que haya adscripto un pueblo, sus postulados fundamentales conducen al reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones

Marienhoff, M, Tratado de Derecho Administrativo, pas. 693 y ss. Este autor cita a Bullrich, quien sustentará esta posición en sus obras La responsabilidad del Estado y Curso de Derecho Administrativo.

Acuña Anzorena, A: Estudios sobre responsabilidad civil, actualizado por; Augusto M. Morello, pas. 165 y ss., Ed. Platense, 1963; sostiene que en lugar de infabilidad del poder público, se erigió como principio la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido.

Ver también: Garrido, R F., y Andorno, L: El art 1113 del CC., p. 150. Ed Hammurabi, 1983

el hecho sólo revelaría el mal funcionamiento del servicio público y el desorden de la administración”¹⁴.

El nudo de la cuestión es saber si el Estado tiene, o no tiene, el deber jurídico de obrar y el de no dañar, y si el orden jurídico prevé sanciones para el supuesto de inobservancia; apuntamos aquí que nuestro más alto tribunal ha sostenido que el principio “*alterum non laedere*” posee raíz constitucional y es aplicable al Estado¹⁵.

Compartimos el pensamiento de que repugna a los principios de la Justicia y de la Equidad que la víctima de un acto estatal no pudiese obtener una reparación por “el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico: el Estado”¹⁶.

Es saber qué pesa más en la balanza de la Justicia, como dicen Mosset Iturraspe, Kemelmajer y Parellada, la injusticia del daño o la injusticia del obrar; estamos convencidos de que los daños injustamente sufridos deben obtener una reparación¹⁷.

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcarse que para que una conducta omisiva genere responsabilidad esa omisión debe estar usualmente ligada al resultado final dañoso, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada.

En materia de salud muchas veces la discusión se centrara en saber si al Estado le es aplicable el Art. 1074 del CC ya sea que este incumpliendo una norma legal expresa o implícita, por ejemplo Cassagne entiende que debe tratarse de una obligación concreta a la cual el estado puede ser compelido¹⁸, Barraza discrepa con esta última característica y admite que pueda ser genérica quedando su concretización y delimitación al prudente criterio judicial¹⁹.

La doctrina siempre ha dicho que las disposiciones normativas se violan por conductas positivas o negativas, denominándolas comisión u o omisión respectivamente pero también incluyendo en las primeras la figura de la comisión por omisión cuando la

¹⁴ Aguiar Días, J: Tratado de la responsabilidad civil, p. 226, Bs. As., 1957. Es por esto que creemos que son compatibles en su espíritu los artículos 1112 y 1113, segunda parte.

¹⁵ Alterini, AA: Lesión al crédito y responsabilidad del Estado, p. 77, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

¹⁶ Reiriz, M G Responsabilidad del Estado p. 18. Bs As 1969

¹⁷ Mosset Iturraspe, J; Kemelmajer de Carlucci, A, y Parellada, C A.: Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial, Santa Fé, 1986.

¹⁸ Cassagne J C Derecho Administrativo Pág. 300 yss

¹⁹ Barraza J, Responsabilidad extracontractual del estado cap VI Pág. 121 y ss Ed La Ley

conducta que se abstiene de realizar funciona como un acto positivo. El acto de violación es positivo cuando la ley prohíbe su ejecución y negativo cuando lo ordena mediante ya sea un disposición expresa o bien mediante una genérica²⁰.

Para Borda la comisión por omisión importa responsabilidad aunque la ley no imponga expresamente la obligación de actuar, sin embargo los seguidores de Orgaz consideran que este extremo existe solamente cuando la ley hubiese impuesto expresamente el deber de cumplir el hecho omitido conforme a la letra del art 1074 del CC y que no existe relación de causalidad entre la abstención y el daño.

Del fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza *in re* “Torres”, cuya línea argumental fue elaborada por Aída K. de Carlucci, se abre la vía para que pueda esgrimirse una responsabilidad estatal por omisión aun cuando no existe norma expresa que consagre la garantía o el deber de obrar en tal sentido²¹.

En el se ha sostenido citando a Duni que el Estado se encuentra obligado a actuar aún en ausencia de norma expresa cuando se dan los siguientes requisitos: *a*) un interés jurídicamente relevante (cualitativa o cuantitativamente), *b*) la necesidad material de actuar en dicha protección, y *c*) la proporción entre el sacrificio que acarrearía la actuación y la utilidad que se obtendría.

Con respecto a la responsabilidad por omisión²², será una cuestión de apreciación en el caso concreto el que se den los requisitos para operar tal responsabilidad, pero doctrinariamente, *a priori* no encontramos óbice para su aplicación, pues responde a los mismos fundamentos constitucionales existentes en el

²⁰ Bustamante Alsina, J, Teoría general de la Responsabilidad Civil, Ed Abeledo Perrot pag 114

²¹ Cassagne JC Responsabilidad del estado por omisión LL 1989-C-512

²² No cabe atribuir responsabilidad por omisión al Estado Nacional por el fallecimiento de una persona a raíz de la ingesta de un producto — propóleos con altas concentraciones de dietilenglicol— elaborado por un laboratorio — no autorizado para su venta—, sobre la base de que la ley 16.463 — de contralor de drogas y productos utilizados en medicina humana— le asigna la tarea de fiscalizar la salud de la población en sentido amplio, pues no resulta razonable pretender que el ejercicio de policía sanitaria y la facultad del Estado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias tendientes a cumplir la finalidad del decreto 9763/64, reglamentario de la ley mencionada, puedan llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que se produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo)

En el caso de la omisión ilegítima rigen los presupuestos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual, como en toda pretensión indemnizatoria que involucre una reparación de daños y perjuicios no puede estar ausente el nexo causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que las consecuencias dañosas puedan serle imputadas, debiendo responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran fracturar la vinculación causal y, dentro de ese marco, quien reclame la correspondiente indemnización debe probar, como principio, esa relación de causalidad (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo) (CS Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros 20/10/2009)

estado de derecho. Es por todo esto que consideramos perfectamente viable la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía, y que la omisión puede ser, al igual que la acción defectuosa o excesiva, la causa del daño que deba ser reparado.

Quiroga Lavié expresa que mediante el “derecho público subjetivo”, la sociedad desarrolla el cumplimiento de la política legislativa y reclama la operatividad de la legislación que promete cumplir ese “bienestar general” de la Constitución Nacional.

Señala Altamira Gigena que el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común, y hay que poner énfasis en evadir el doble escollo del individualismo y del colectivismo, a fin de lograr ser ecuánimes²³.

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcarse que para que una conducta omisiva genere responsabilidad debe estar usualmente ligada al resultado final, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada²⁴.

Pero, por múltiples razones, existe en esta materia una tendencia restrictiva que contrasta con la evolución general del tema de la responsabilidad: subyace la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica, y parecería injusto, en los dichos de Macarel, que el Estado se convierta en el eterno Asegurador

Suele señalarse como recaudos para responsabilizar al Estado que debe tratarse de una abstención del Estado, que tal omisión sea antijurídica, incumpliendo una obligación legal expresa o implícita, pero admitiéndose que la fuerza jurígena no necesariamente es la ley sino también la costumbre o los principios del Derecho²⁵.

Suele decirse que esta obligación legal no puede ser genérica o difusa, resultando necesario que se trate de un deber concreto de obrar en un determinado sentido²⁶.

Para Barraza el hecho de que una obligación no sea concreta o determinada no autoriza a sostener que el Estado no deba responder, si la obligación jurídica existe aunque sea genérica el Estado es responsable frente a la ausencia de su accionar.

²³ Altamira Gigena, J L., Responsabilidad del estado, p. 88. Ed Astrea Bs As 1973

En tal sentido aclara: “Si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad “corre el grave riesgo de caer en el individualismo. Y si por el contrario se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el colectivismo”.

²⁴ López Cabana, R M, Responsabilidad civil del Estado derivada del Poder de Policía, ps. 747 y ss., en Derecho de Daños Ed LaRocca 1989

²⁵ Cassagne, J C, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot 1996, pag 300 y ss

²⁶ Barraza, J, Responsabilidad extracontractual del Estado, Ed La Ley 2003 pag 121 y ss

Sostiene si la obligación existe aunque sea genérica, existe la obligación del Estado de velar por los bienes e integridad física y espiritual de las personas, que sea genérica obedece a la particularidad de las normas que deben ser generales, impersonales, abstractas y objetivas, quedando su concretización y delimitación al prudente criterio jurisprudencial²⁷.

Tengamos presente que el Estado debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos donde es necesario, pues, como recalca López Cabana, no se trata de una “facultad” acordada por la ley²⁸ y justamente, en este tema los términos de “razonabilidad y proporcionalidad” adquieren singular relevancia, pues al Estado como poder público le corresponde tomar las medidas efectivas de realización de las garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales del individuo y de la Comunidad.

6. El acceso a la medicina

El hablar del acceso a la medicina como un derecho humano evidencia una vez más una de las facetas emergentes del derecho internacional de los derechos humanos en los derechos nacionales.

El estado debe respetar, proteger y realizar la salud, es un compromiso fuerte ya que salud no solo es asistencia médica ante la enfermedad, es mantener el estado de salud mediante la prevención, el acceso al alimento y controlar y cuidar los factores ambientales que puedan deteriorarla.

Volvemos a reiterar nuestro diagnóstico de que el problema es ese quiebre entre lo declamado y la realidad, entre el derecho y los hechos, no bastan los instrumentos jurídicos, se necesita una aplicación de ellos y una política sanitaria a largo plazo.

Los que más gastan en salud mediante medicina prepaga justamente son los que mejor están y quizás los que menos vulnerabilidad para ciertas patologías tienen, mientras que un alto porcentaje de la población sufre además de no tener un adecuado servicio con respecto a la salud, los problemas de no acceder a agua potable, carecer de los requerimientos alimentarios mínimos para el desarrollo, con un alto grado de desnutrición infantil irreversible por el grado en sus secuelas cognitivas, viviendas precarias en zonas endémicas.

²⁷ Barraza, J, ob cit , pag 123.

²⁸ López Cabana, R M, ob. cit., ps. 748 y ss.

El Estado debería tener siempre presente que la inversión en salud mediante campañas de vacunación, de control, de higiene y educación para la salud implica bajar el costo social a largo plazo, que además debe realizar actualización y compra de equipos, la capacitación del personal y la provisión adecuada de insumos.

En materia de salud no hay que mirar cuestiones económicas o afanes políticos coyunturales, lo decimos pues que el colectivo “enfermos” generalmente no vota y el de los “niños” tampoco, pero estos últimos de sobrevivir serán los ciudadanos del mañana y las carencias o efectos colaterales que presenten harán sin duda su impacto en el sistema de salud, además de considerar que es esencial el respeto a la dignidad del ser humano sea este anciano o niño, ya que jamás debe ser tomado como una unidad de medida puramente económica sino el eje y razón de ser de todo el sistema.

En este tema hay que tener en cuenta la progresividad como un compromiso que se evidencia a través de leyes, programas y servicios específicos que tengan un contenido de realidad pero que nunca pueden anular el compromiso asumido de garantizar la salud de los habitantes.

Puesto que la solución si bien no puede ser económicamente impracticable no puede subordinarse la respuesta de Justicia y equidad a limitaciones económicas.

7. El acceso a los medicamentos como derecho humano

Los derechos fundamentales son conceptos dinámicos, que no siempre figuran en los documentos expresamente, existen a la par de los conceptos formales los conceptos filosóficos de los que se van derivando nuevos derechos, del derecho a la vida podemos decir se deriva el derecho a la salud, de él, el acceso a los medicamentos.

Este acceso comprende necesariamente la posibilidad económica de hacerlo por parte del sujeto o su subministración mediante planes o ayudas o el sistema estatal, la disponibilidad en número, calidad y en los lugares que se requieran, como así también su continuidad.

A nivel internacional se habla de medicamentos esenciales para la atención primaria de la salud y los estados deben garantizar la efectiva protección de sus habitantes, sin embargo se nota en los países en vías de desarrollo una ineficacia en la ejecución y el plan de asistencia de medicamentos, sin medir el costo a mediano y largo plazo sobre la salud de la población.

8. La prevención de Daños en materia de salud

Nosotros hemos entendido siempre que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual, y esta implícitamente cubierto por el generoso manto amparador de la Constitución Nación²⁹.

El Estado actúa cumpliendo o intentando cumplir este rol, en áreas tales como el control de medicamentos, alimentos o contaminación, pero, desgraciadamente, son más los supuestos en los que esa tutela no existe o se realiza deficientemente.

Se debe intentar que se eviten los daños a la salud al detectar las situaciones de peligro; contrarrestar los efectos lesivos, o bien, cuando éstos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz³⁰.

Señalaba ya De Cupis que el ejercicio de la prevención requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés a quien puede imputarse el peligro, y que una aplicación estricta de la prevención implica el riesgo de oprimir las libertades de los demás³¹.

9. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad en materia de salud

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 por nuestra CS desde Santa Coloma; en la situación particular que analizaremos, de contagio de enfermedades transmisibles al requerirse un servicio de asistencia prestado por un servicio de salud excluiríamos los casos de mala praxis medica que no son objeto de nuestro abordaje por plantear cuestiones generalmente abordadas por la responsabilidad civil profesional³².

Básicamente hemos de referirnos las situaciones que se producen en virtud de una asistencia médica o práctica médica o complementaria, pero también a las infecciones que se contraen en virtud de la concurrencia y permanencia en el centro de salud.

A fin de brindar una mejor visualización de la cuestión podemos diagramarlo del siguiente modo: con criterio o en referencia a ciertas enfermedades, analizaremos

²⁹ Podemos recalcar la actitud del Dr. Iribarne en el caso “Altamirano” c/Cerámica Martín S.A. y otros”, comentario de Morello, A. M. y Stiglitz, G: Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia, “L.L.”, 1987-D-364.

³⁰ Stiglitz, G La responsabilidad civil, ps. 94 y ss., Ed. La Ley, Bs. As., 1984

³¹ De Cupis, A: El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, ps. 575 y ss., Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

³² Para este aspecto ver el tratamiento específico en otra parte de esta obra

A) enfermedades infectocontagiosas transmisibles por vía sanguínea o algún instrumental o catéter, a saber SIDA, Chagas, Hepatitis (C) brucelosis y según Seuba Torreblanca, encefalopatía espongiiforme (vaca loca) y B) Infecciones hospitalarias o intrahospitalarias.

Teniendo en cuenta las personas a quien se daña, podremos tener como damnificados a los a pacientes, personal del cuerpo de la salud, la familia o allegados que están en contacto con el paciente o el lugar (excluimos 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, 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, manifestándose 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, pero un rubro sin ninguna duda muy importante que es el de los daños morales³³ que revisten una entidad propia, nadie puede negar la situación de impacto emocional que se suscita con estos casos en las victimas y en sus allegados.

Podemos sostener además estos daños generalmente son individuales pero podrían ser masivos o colectivos³⁴ 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 dañosos³⁵ o bien ponen en riesgo a toda la población como el caso de la gripe A.

En el tramado de la conducta de asistencia médica confluye una pluralidad de actores, tendremos a los médicos, actuando solos o en equipo³⁶, a los auxiliares de la medicina y a las clínicas como posibles sujetos involucrados en la causación del daño.

³³ Pizarro R D, Daño moral, Ed Hammurabi

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

³⁴ Garrido Cordobera, LMR, Daño ambiental individual y colectivo, LL 5 y 6 de enero 2007

³⁵ Seuba Torreblanca J Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Públicas Ed Civitas.

³⁶ Garrido Cordobera, LM R Responsabilidad del equipo médico Doctrina Judicial.

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, 2 parr.)³⁷.

También son agentes responsables la clínica³⁸ 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 (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 victima 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 causalidad³⁹.

Generalmente la responsabilidad 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 indemnización⁴⁰.

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 publico el art.1112 CC.

Veamos someramente cuales podrían estar implicados comúnmente en ciertos casos que nos planteamos 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 enfermedad de las que analizamos) nos centraremos en los factores objetivos.

³⁷ Garrido R F y Cordobera G de Garrido R, Contratos atípicos, Ed Universidad.

Trigo Represas F y López Mesa M, Tratado de La responsabilidad Civil, Ed La Ley
López Herrera, E, Teoría General de la Responsabilidad Civil Ed Lexis

³⁸ Bueres A J Responsabilidad de las Clínicas, Ed Abaco

³⁹ López Mesa, M, Teoría General de la responsabilidad civil medica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado en Tratado de responsabilidad medica Ed Legis.

⁴⁰ Garrido Cordobera, LMR, La cuantificación del daño un debate inconcluso, La Ley del 6 de agosto de 2007.

En la relación médica 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 también⁴¹.

En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil 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 seguridad⁴² 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 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 soporte⁴³.

⁴¹ 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

-

⁴² Prevot, J M y Chaia Rubén, La obligación de seguridad, Ed Hammurabi

⁴³ 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.

Frente a las críticas⁴⁴ que siempre se mantienen respecto a la responsabilidad objetiva es útil recordar con Garrido y Andorno⁴⁵ 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.

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 empresa⁴⁶ para Guido Alpa el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Garrido R F y Andorno L ob. cit.

⁴⁶ Pizarro R D, Responsabilidad por riesgo creado y de empresa Ed La Ley

consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad.

Las Infecciones hospitalarias son 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 pacientes⁴⁷.

La obligación que sustenta su responsabilidad 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 paciente⁴⁸ 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 concausa⁴⁹.

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.

⁴⁷ 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

⁴⁸ Se discute si pueden ser originadas en gérmenes que el paciente tienen pero que se manifiestan por su debilidad o por un acto medicoinvasivo

⁴⁹ La situación de paciente debe constar en la historia clínica.

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

En la Argentina los fallos son dispares; podemos trazar una línea definida, 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.

Los fallos de 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.

Uno de los principales progresos del SXX ha sido conseguir un uso terapéutico de la sangre⁵⁰, primero con una utilización completa y luego como materia prima para los hemoderivados pero esto también puede plantear cuestiones en materia de responsabilidad⁵¹.

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

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.

⁵⁰ 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 separan los componentes por centrifugado y se preparan los hemoderivados.

A mediados de la década del 80 se generaliza el calentamiento de sangre, procedimiento que fue muy discutido pero que permite desactivar ciertos virus.

⁵¹ CNCiv sala E, 19/06/98, RGR c. Centro Cardiológico SA

CNC y Com Fed, sala 1ra, 3/09/98 Bernaurodo, 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)

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 artificiales⁵².

La seguridad de la sangre⁵³ y de los hemoderivados⁵⁴ viene garantizada por una pluralidad de sujetos que asumiendo diferentes funciones se encuentran involucrados en lo que denominamos “cadena transfusional”.

Encontramos al poder público 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 farmacéuticas fabricantes de los hemoderivados.

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

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 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 HIV⁵⁵ es el tercer retrovirus linfotrópico humano descubierto⁵⁶, es un virus de inmunodeficiencia humano que ataca a los linfocitos T permitiendo la aparición de

⁵² Seuba Torreblanca J, ob cit.

⁵³ Martín Marchesini, G, Responsabilidad civil del hemoterapista, LL 1987-A-957.

Maximino, L, di Pietro, M A y Landin, P, La responsabilidad civil del medico hemoterapista por contagio de sida, LLC 1992-697

Parra, R A , Daño transfusional, trabajo de Curso de daños, en www.garridocordobera.com.ar

⁵⁴ Seguí A, Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades (La transmisión de HIV a través del empleo de hemoderivados) LL 1992-B-1057.

⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci, El sida en la jurisprudencia , Academia Nacional de Derecho 1999.

⁵⁶ 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.

enfermedades oportunistas, la definición de SIDA como enfermedad ha ido variando⁵⁷ 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 paso de ser una enfermedad letal a una crónica.

Recordemos que recién en 1983 se logra aislar y los tests de detección como el ELISA se utilizan desde 1985, existiendo hoy en 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 observados 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 son⁵⁸

- 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 Jornadas Nacionales de Derecho Civil abordó en la Comisión 2 el tema de la Responsabilidad por transmisión de enfermedades y sostuvo lo siguiente en su despacho en el apartado II) 3) “Con respecto a los supuestos de daño que los profesionales médicos ocasionan utilizando cosas, ellos generarán 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, 2 parr, último apartado CC”.

⁵⁷ Seuba Torreblanca J, ob cit

⁵⁸ Bustamante Alsina J, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot

Agregado de 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”.

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 aplicárseles 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 paciente⁵⁹.

La responsabilidad del ente asistencial ante los supuestos que nos ocupa es una responsabilidad objetiva⁶⁰ y solo podrá eximirse demostrando una causa ajena, en tal sentido para nosotros el periodo 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 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.

⁵⁹ Maximino, L, di Pietro, M y Landin, P, La responsabilidad civil del médico hemoterapeuta por contagio de sida, LLC 1992-697

⁶⁰ Bustamante Alsina J, ob cit,

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.

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).

10. Reflexión final

Recordemos con Pinto que al hablar de salud como derecho humano le es de aplicación el principio "*pro homine*" como criterio hermenéutico, debiendo acudirse a la norma mas amplia o a la interpretación mas extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos e inversamente si se trata de establecer restricciones permanentes o su supresión extraordinaria.

Frente a los situaciones 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 obligación de cubrir este derecho humano fundamental, aplicando para ello todo el plexo normativo que dimana del ordenamiento Jurídico Nacional e Internacional, no es una cuestión de populismo, de activismo judicial, sino de humanismo y de cumplimiento del control y equilibrio entre los poderes.

Como nos gusta decir, hay que aprender del pasado, del pretor romano y recordar las luchas que el hombre sostuvo para consolidar sus derechos, pensando que la

búsqueda de lo Justo nos acompañará siempre y que si bien la Justicia no es una diosa,
sí es el alma de la toga que elegimos vestir y tratar de realizar.