

RESPONSABILIDAD CIVIL POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES: SIDA Y RESPONSABILIDAD

*Felipe Osterling Parodi**
*Mario Castillo Freyre***

SUMARIO:

- 1. Algunas nociones importantes**
 - 1.1. El SIDA**
 - 1.2. El daño derivado de la transmisión del SIDA**
- 2. Transmisión sexual**
- 3. Transmisión por vía sanguínea**
 - 3.1. El Centro de transfusión sanguínea**
 - 3.2. El cuerpo médico**
- 4. Transmisión por trasplante de órganos**
- 5. Transmisión perinatal de madre a hijo durante el embarazo, el parto o la leche materna**
- 6. Consentimiento de la víctima y riesgo profesional**
- 7. A modo de conclusión**

La responsabilidad civil —como se puede apreciar a lo largo de este Tratado— es una figura jurídica capaz de desenvolverse en todos los ámbitos que forman parte de la vida del hombre y de la sociedad. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias y las características especiales que den forma y contenido al conflicto de intereses que se intente solucionar, adoptará ciertos rasgos que hacen de la idea de un régimen unificado de responsabilidad civil, una utopía.

Uno de estos campos es el de la transmisión de enfermedades, el cual cada día, a la par de los avances científicos y las cada vez más complejas situaciones que se presentan, imponen un tratamiento que sobre la base de los

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

principios generales de la responsabilidad civil debe considerar dichas peculiaridades.

Dentro del amplio espectro que engloba la responsabilidad civil por transmisión de enfermedades, destacan dos aspectos: el referido a los daños genéticamente transmitidos y el relativo al contagio de enfermedades. El primero, a su vez, puede versar sobre dos supuestos distintos, sea que la transmisión se deba a deficiencias en la manipulación científica del material empleado en la fecundación asistida, en todas sus perspectivas, o que la misma sea obra del accionar natural de padres portadores o transmisores de esos males. El segundo aspecto responde, generalmente, a la transmisión de enfermedades virósicas, entre las que sobresale el SIDA¹.

Dicha enfermedad ha causado, desde su aparición en las últimas dos décadas —además del sufrimiento de quienes lo padecen y de sus familiares—, una gran conmoción y preocupación social que hace imprescindible que el ordenamiento jurídico intervenga para resguardar los derechos fundamentales del hombre. Muchas son las investigaciones que al respecto se han escrito, así como son varias las normas dictadas por los diferentes Estados y organismos internacionales que contemplan el tema de la prevención y atención del virus del VIH; no obstante, lo mismo no sucede en lo que respecta a su transmisión, materia que la legislación no ha abordado de manera específica a pesar de las características especiales del flagelo.

De esta forma, si bien la participación del ordenamiento jurídico se circunscribe a haber dictado una legislación destinada a la prevención y a la indemnización de los daños producidos por la transmisión del virus, los rasgos específicos que éste presenta, hacen necesario definir las normas aplicables para lograr una justa reparación del daño sufrido. La óptica de la evaluación, calificación y valoración con la que se deben examinar los diversos supuestos, implica contemplar los principios fundamentales de la bioética, tales como los de la justicia distributiva, beneficencia, autonomía; es decir, la no-discriminación, no-maleficencia y la no-futilidad².

Ahora bien, pese a que en estas páginas nos interesa abordar la responsabilidad civil que se deriva de la transmisión de la citada enfermedad, debemos acotar que los eventuales supuestos de responsabilidad civil con relación al SIDA no se restringen a ello. Por el contrario, existen otros factores, también relacionados con el VIH, que pueden dar origen a la imputación de responsabilidad³. En ambos casos las esferas jurídicas que se pueden ver

¹ SAUX, Edgardo Ignacio. «Responsabilidad por transmisión de enfermedades». En *La responsabilidad*. Homenaje a Goldenberg. *Op. cit.*, p. 629.

² MINYERSKY, Nelly y Susana LAMBOIS. «Responsabilidad y SIDA». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. *Op. cit.*, p. 690.

³ Así, por ejemplo, además de los supuestos de transmisión de la enfermedad, la

involucradas no son pocas, en tanto los sujetos que participan del conflicto se relacionan de manera distinta.

Debido a esa complejidad es necesario, antes de iniciar el desarrollo del tema, en estricto, tocar algunos puntos que, en nuestra opinión, permitirán comprender mejor el contexto que sirve de marco para la elaboración de un análisis adecuado.

1. Algunas nociones importantes

1.1. EI SIDA

Desde su aparición, en 1981, y a pesar de los esfuerzos que en el orden internacional se realizan para limitar su intrusión en la sociedad mundial, el SIDA se ha constituido en la más temible enfermedad de riesgo mortal. Las cifras en el ámbito estadístico son alarmantes. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que cada día 10, 000 nuevas personas se infectan por el virus del VIH, lo que supone, aproximadamente, un nuevo infectado cada 8,5 segundos.

Esta terrible y dolorosa realidad a la que hoy nos enfrentamos, ha producido un fenómeno peculiar en el ámbito jurídico debido a las características especiales de esta enfermedad, cuya problemática —en lo concerniente a la responsabilidad civil— posee una amplitud considerable.

Restringiendo nuestro análisis al campo de la responsabilidad por transmisión, debemos señalar que, a medida que la epidemia del VIH y el SIDA se ha prolongado en el tiempo, se ha reconocido que las desigualdades sociales y las relaciones de poder son factores importantes en la propagación del virus y de la enfermedad en sí. Efectivamente, las organizaciones internacionales, las autoridades nacionales y las organizaciones no gubernamentales reconocen que la pobreza, la migración y la urbanización, desempeñan un papel fundamental en cuanto a la infección por el VIH.

Al respecto, cabe mencionar las observaciones hechas por Desmond Cohen⁴ en el Documento de Trabajo N.º 29 de la ONUSIDA:

La pobreza y la transmisión del VIH guardan una relación obvia, pero ésta en ningún sentido es una relación simplista. Los pobres de todo el mundo representan probablemente la mayoría de los que están infectados o se ven

responsabilidad puede surgir por el temor a padecerla en virtud de un error en el diagnóstico, o por la difusión del estado de portador del virus en el medio social en el que actúa la víctima, entre otros casos que pueden presentarse en la realidad.

⁴ COHEN, Desmond. *La epidemia del VIH y el desarrollo humano sostenible*. Documento de Trabajo N.º 29 del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA.

afectados por el VIH, pero hay muchos que no son pobres y que están infectados o se ven afectados también. De manera que no puede ser simplemente la pobreza lo que determine comportamientos que llevan a la infección por VIH, ya que quienes no son pobres (los de buena posición y los ricos, los cultos y los que gozan de buena salud) también suelen ser infectados por el virus en todos los países, incluida la región de Asia y el Pacífico [...].

Los pobres no lo son solamente en cuanto a los ingresos y los bienes, lo son también porque carecen de las características de instrucción y buena salud que son tan importantes para una economía y una sociedad que se modernizan [...].

Las conductas que exponen a los pobres al VIH también limitan sus posibilidades de hacer frente a la infección: su falta de bienes/ahorros, la vulnerabilidad e incertidumbre de sus fuentes de ingreso, su falta de acceso a la información sobre los procesos de la infección, incluso su conocimiento de las enfermedades oportunistas, y su falta general de acceso a los servicios de salud y a otros servicios de apoyo. En la mayoría de los lugares se niega a los pobres el acceso incluso a los medicamentos menos costosos y a suministros materiales baratos para el cuidado de los enfermos, lo que tiene importantes consecuencias para las tasas de progresión del VIH. Los infectados por VIH mueren innecesariamente debido a infecciones oportunistas que pueden tratarse con medicamentos relativamente baratos, y por consiguiente pierden años de posible vida productiva durante los cuales pudieron haber sido su sostén propio y el de sus familias. De nuevo queda demostrado que para los pobres, al igual que para los ricos, pero con consecuencias más desastrosas para los pobres, la experiencia de la infección por VIH recrudece la pobreza personal y familiar que suele verse acompañada de formas de discriminación y aislamiento sociales y económicos.

Lo anterior es de lo más significativo, pues nos permite percibir que, en realidad, la actividad sexual y el uso de drogas no constituyen en sí mismos, los factores de mayor riesgo en lo concerniente a la problemática de la infección del VIH. La dependencia socioeconómica, en la medida en que se traduce en desinformación y en la carencia de recursos para una prevención apropiada que permita protegerse del virus es, en cambio, determinante. De esta manera, podemos afirmar que las personas que siguen siendo más vulnerables son aquellas a las que se les niegan los medios para protegerse ellas mismas de los riesgos del VIH debido a necesidades económicas o de poder para controlar las bases sobre las que tienen lugar sus relaciones sexuales.

En lo que atañe estrictamente a la responsabilidad civil derivada de los casos de contagio, debemos expresar que este factor posee enorme importancia, puesto que es un criterio que no se debe dejar de considerar al momento de evaluar los hechos. Muchas veces, como veremos más adelante, puede ser

determinante a la hora de decidir si se configuran o no todos los elementos esenciales que dan origen a la imputación de responsabilidad.

Asimismo, creemos adecuado recalcar que la ley cumple también, como enseña Hamblin, un rol protagónico:

Mucho se ha escrito acerca de los derechos y obligaciones legales en la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y de la importancia de una respuesta legal apropiada. Debido a que muchas de las respuestas políticas al VIH han sido modeladas por el debate —ya muy conocido y a menudo mal concebido— entre salud pública versus derechos individuales, la delimitación de los derechos y obligaciones legales ha sido un componente necesario en el debate político. Más aún, los continuos reportes de graves e injustificadas violaciones de las libertades cívicas de personas con VIH, han establecido, más allá de cualquier duda, que las leyes juegan un papel central en las políticas sobre VIH/SIDA⁵.

Colocada dentro de este contexto, la tarea es enorme y se extiende más allá de lo que comúnmente se percibe como el campo de acción de las políticas del VIH/SIDA. Es necesario reconocer que la atención legal no sólo debe circunscribirse a los programas educativos del VIH y a la investigación de nuevos métodos preventivos, sino también debe abarcar factores subyacentes como los económicos, sociales y culturales, toda vez que en el ámbito de la responsabilidad civil hacen falta algunas precisiones más allá de la aplicación de normas generales.

Las vías por las que se transmite el VIH son también variadas y cada una de ellas merece una evaluación propia de la responsabilidad. Los elementos que configuran la misma difieren, a su vez, en función del supuesto que se analice. Así, por ejemplo, el factor de atribución con el que se debe valorar la conducta del agente no será el mismo en todos los casos.

Partiendo de esta idea, hemos decidido desarrollar nuestro análisis desde el punto de vista de las vías de transmisión. Para ello, hemos distinguido las siguientes situaciones⁶:

- Transmisión sexual.
- Transmisión por transfusión sanguínea.

⁵ HAMBLIN, Julie. *El papel de la ley en las políticas relativas al VIH/SIDA*. Documento de Trabajo N.º 11 del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA.

⁶ Las situaciones no se agotan en las esbozadas; sin embargo, son éstas las que se presentan como causas principales de la transmisión, toda vez que debe quedar claro que los simples actos cotidianos no suponen un riesgo de contagio. No hay por qué temer un apretón de manos, los besos en las mejillas ni las caricias, el uso de cubiertos y vasos, servicios públicos y piscinas. De todos modos es aconsejable respetar las medidas elementales de higiene, como el lavado de manos.

- Transmisión por trasplantes de órganos.
- Transmisión perinatal de madre a hijo durante el embarazo, el parto o la leche materna.

No obstante, somos conscientes de que el daño sufrido por la víctima representa una zona de convergencia entre las situaciones citadas, por lo que consideramos necesario reflexionar sobre este tema.

1.2. El daño derivado de la transmisión del SIDA⁷

Como acertadamente señala Edgardo Ignacio Saux⁸, son dos los aspectos que confluyen en la configuración relevante de la responsabilidad por la transmisión del SIDA. Por un lado, la certidumbre de que el derecho a la salud — históricamente visto como vulnerable a partir de agresiones físicas lesivas— adquiere una nueva dimensión en su faz preventiva, relacionada con el derecho a la calidad y dignidad de vida, e implica, de esta manera, uno de los nuevos y defintorios derechos humanos. Por otro, aunque intrínsecamente relacionado, la certidumbre de que en las nuevas fronteras de la reparabilidad del daño el *non alterum laedere* es pauta básica de una antijuricidad más material que formal, de la que se infiere que la perspectiva resarcitoria es cierta en los daños a la salud por enfermedades transmitidas que por su entidad lo justifiquen.

Deteniéndonos en lo referente al derecho a la salud, debemos señalar que su reconocimiento como derecho humano básico se encuentra plasmado en diversos documentos de la legislación internacional, entre los que podemos citar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, tanto a él como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

De manera similar, el artículo X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala 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.

Destaca también el pronunciamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que afirma que el goce del más alto grado de salud que se pueda

⁷ No abordaremos el tema del daño, detalladamente, pues ya nos hemos dedicado a él de manera general, por lo que nos limitaremos a señalar unas cuantas observaciones relacionadas con la transmisión de enfermedades y las peculiaridades que presenta. En todo caso, nos remitimos a las consideraciones generales que sobre la indemnización y el daño — respecto a la responsabilidad civil— hemos desarrollado en este Tratado.

⁸ SAUX, Edgardo Ignacio. «Responsabilidad por transmisión de enfermedades». En *La responsabilidad*. Homenaje a Goldenberg. *Op. cit.*, p. 630.

lograr es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, o condición económica o social.

Es posible afirmar, entonces, que existe consenso legal en admitir que la atención de la salud constituye una condición básica e imprescindible para alcanzar la capacidad madura global que permita a los individuos hacer uso de sus derechos y defender sus demandas.

A pesar de ello, hay autores que se resisten a admitir el *status* de derecho fundamental que posee la salud. Las razones sobre las que se construye tal posición resultan, a nuestro entender, débiles e insuficientes, pues tienen como única base el alto costo que hoy demanda la conservación de ésta. Si bien es verdad que el presupuesto sanitario de todo país es elevado —en proporción a su riqueza—, ello no puede conducirnos al absurdo de negar la naturaleza fundamental de este derecho que, por su dimensión, se constituye en un pilar esencial de la dignidad humana, permitiéndonos definir al hombre como un fin en sí mismo y no como un simple medio o instrumento.

Como afirma Vidiella⁹:

En la literatura bioética no hay acuerdo respecto al *status* que le corresponde al derecho a la salud. Los autores liberales más duros lo consideran un derecho negativo, derivado de la integridad física. Según esto, la obligación del Estado debería limitarse a proteger a los ciudadanos de las acciones de los otros que pudieran dañar su salud. Sin embargo, es obvio que el derecho a la salud involucra mucho más que esta idea restrictiva; en verdad, resulta mejor expresado con el término atención de la salud, ya que así se pone de manifiesto su connotación positiva que involucra un reclamo hacia terceros.

Lo cierto es que no se puede ni se debe negar que la salud es un bien social primario, puesto que posee una incidencia más que relevante en la consecución exitosa de los planes de vida. Ya Aristóteles¹⁰, en el siglo IV antes de Cristo, había resaltado su importancia, al sostener que si los hombres tienen derechos que les son propios como seres humanos, uno de ellos es el derecho absoluto de gozar de buena salud, en la medida que la sociedad pueda proporcionársela.

De este modo, la salud se presenta como un derecho natural, tanto individual como social, cuyo ejercicio depende de las condiciones en las que se encuentre la sociedad.

⁹ VIDIELLA, Graciela. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰ ÁLVAREZ VITA, Juan. *El derecho a la salud como derecho humano*. Lima: Cultural Cuzco, 1994, p. 35.

Desde esta perspectiva, esto es, concibiéndolo como un derecho no sólo de alcance individual sino también social, el derecho a la salud se percibe como un conjunto de medidas que el Estado debe adoptar a efectos de prevenir las enfermedades y el tratamiento de las mismas, una vez que se hubiesen declarado.

En consecuencia, el derecho a la salud impone al Estado la obligación de abstenerse de realizar todo acto que pueda poner en peligro la salud de un individuo o de la colectividad, y, a la vez, le exige una acción positiva.

Esta preocupación se ve plasmada en casi todas las Constituciones. La nuestra se ocupa del tema en su artículo 7, que prescribe lo siguiente:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

A esto hay que agregar lo expresado por la Ley General de Salud¹¹, cuyo Título Preliminar permite observar la importancia que posee la salud, toda vez que

¹¹ La Ley N.º 26842, o Ley General de Salud, dispone en su Título Preliminar importantes consideraciones:

- I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.
- II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.
- III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.
- IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.
- V. Es responsabilidad del Estado vigilar, cautelar y atender los problemas de desnutrición y de salud mental de la población, los de salud ambiental, así como los problemas de salud del discapacitado, del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono social.
- VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad. Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.
- VII. El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.

resalta el rol que el Estado¹² asume respecto a su protección, regulación y promoción.

Es evidente que la transmisión de una enfermedad como el SIDA implica un daño directo al derecho a la salud. No obstante, en términos concretos, la reparación exigible del daño —de haberse configurado la responsabilidad civil por la transmisión o contagio del virus o de la enfermedad— abarca, en principio, las categorías clásicas, así como algunas más particulares.

Acudiendo, entonces, a las categorías tradicionales es factible que la enfermedad provoque tres tipos de daños:

-
- VIII. El financiamiento del Estado se orienta preferentemente a las acciones de salud pública y a subsidiar total o parcialmente la atención médica a las poblaciones de menores recursos, que no gocen de la cobertura de otro régimen de prestaciones de salud, público o privado.
 - IX. La norma de salud es de orden público y regula materia sanitaria, así como la protección del ambiente para la salud y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas.
Nadie puede pactar en contra de ella.
 - X. Toda persona dentro del territorio nacional está sujeta al cumplimiento de la norma de salud.
Ningún extranjero puede invocar su ley territorial en materia de salud.
 - XI. En caso de defecto o deficiencia de la norma de salud se aplican los principios generales del derecho.
 - XII. El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública.
Las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros.
 - XIII. El uso o usufructo de los bienes en condiciones higiénicas y sanitarias no aparentes para el fin al que están destinadas constituye un abuso del derecho, cualquiera que sea el régimen a que están sujetas.
 - XIV. La información en salud es de interés público.
Toda persona está obligada a proporcionar a la Autoridad de Salud la información que le sea exigible de acuerdo a ley.
La que el Estado tiene en su poder es de dominio público, con las excepciones que establece la ley.
 - XV. El Estado promueve la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud, así como la formación, capacitación y entrenamiento de recursos humanos para el cuidado de la salud.
 - XVI. El Estado promueve la educación en salud en todos los niveles y modalidades.
 - XVII. La promoción de la medicina tradicional es de interés y atención preferente del Estado.
 - XVIII. El Estado promueve la participación de la comunidad en la gestión de los servicios públicos de salud.

¹² Como consecuencia del rol que desempeña el Estado, éste puede ser responsable —en su calidad de ente público— en relación directa a su específico deber legal de establecer y controlar las normas de bioseguridad, tanto en el material orgánico para transfusiones sanguíneas o trasplantes de órganos, como en el uso del material calificado o no como descartable.

Daños patrimoniales, que implican el padecimiento de consecuencias económicas adversas y se dividen básicamente en dos grandes categorías: el daño emergente y el lucro cesante.

Daños personales o corporales.

Daños morales, como podrían ser, en determinados supuestos en que así quede demostrado, las perturbaciones psicológicas que puedan derivarse.

Al respecto, la jurisprudencia francesa ha dado muestras de imaginación, reparando, además, el perjuicio derivado de la privación del goce de vivir, el perjuicio estético y el perjuicio sexual. Todos son autónomos entre sí, por lo que —en la demanda y de ser el caso— podrían acumularse.

Asimismo, la Corte de Casación Francesa ha agregado a esta lista situaciones concretas originadas por el SIDA, para lo que distingue las dos fases que se presentan con motivo del contagio¹³:

Durante la fase de seropositividad: La persona contaminada con el virus, no puede obtener, como una suerte de adelanto, reparación de los perjuicios que causará el SIDA declarado. En su pronunciamiento, la Corte de Casación ha considerado que los progresos actuales de la ciencia impiden considerar ese perjuicio como cierto, lo que no obsta a que la víctima pueda pretender reparación por los trastornos experimentados en las condiciones de su existencia causados por la seropositividad.

La evaluación que se haga del caso concreto no puede, a nuestro entender, obviar las condiciones personales y patrimoniales en las que se encuentra la víctima. Los adelantos y progresos de la ciencia deben tomarse en cuenta, en la medida en que el sujeto que ha sido perjudicado por el contagio tenga la posibilidad de acceder a ellos.

Cuando el SIDA se ha declarado: La Corte de Casación se refiere a un perjuicio específico de contaminación que no incluye una lesión a la integridad física. Este perjuicio específico de contaminación comprende, conforme a lo sentenciado por la Corte de Casación, el conjunto de perjuicios de carácter personal sufridos por la víctima, tanto físicos como psíquicos, que resultan, especialmente, de la reducción de la esperanza de vida, de las perturbaciones de la vida social, familiar y personal, así como de los sufrimientos y de su temor, del perjuicio estético y del goce de los disfrutes de la vida, y de todas las afecciones resultantes de la declaración de la enfermedad.

No obstante, la citada Corte no niega la posibilidad de que, en caso se llegase a producir una lesión a la integridad, aquélla pueda acumularse.

¹³ CHABAS, François. «SIDA y Derecho de la Responsabilidad». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje a Alterini. *Op. cit.*, pp. 117 y 118.

Además, debemos recordar que por la naturaleza especial de esta enfermedad, no siempre se puede detectar de manera inmediata. Incluso existe la posibilidad de que el test correspondiente no arroje un resultado exacto, debido al periodo de incubación del virus¹⁴. Asimismo, otro criterio a tener en cuenta es que se trata de un proceso, en el cual el virus o la enfermedad se van manifestando, a veces de modo sutil, lo que conlleva que el portador pueda tardar mucho en descubrir su condición¹⁵. El SIDA es, pues, una infección viral crónica por VIH que destruye gradualmente el sistema inmunológico. La infección por el virus VIH no significa padecer el SIDA, ya que el periodo transitorio entre la infección y la enfermedad puede durar muchos años sin notar síntomas, encontrarse bien y tener buen aspecto. Las personas que padecen esta situación de infección sin enfermedad, se encuentran en un estado de seropositividad en el que pueden contagiar el virus a otras personas, sin siquiera saberlo.

Ambos aspectos, que acompañan a la transmisión del virus y al posterior desarrollo de la enfermedad del SIDA, tienen injerencia en la imputación de la responsabilidad desde el punto de vista del factor de atribución, como de la relación de causalidad existente entre el daño y el actuar antijurídico del agente.

Entonces, puesto que es factible que la enfermedad se detecte algunos años después, se plantea la dificultad de constatar y aportar las pruebas de la antijuricidad del hecho y el nexo causal; circunstancia que llevó a que en Francia surgiera una teoría cuyo objetivo era solucionar tal conflicto. Sustentada por la doctrina y la jurisprudencia, la teoría de la *causalité virtuelle* supone conceder una indemnización con fundamento en la equidad, aunque no se demuestre la relación causa efecto entre el hecho del médico y el daño al paciente¹⁶.

¹⁴ El diagnóstico se hace con un simple análisis de sangre (ELISA). En caso de que el resultado sea negativo y ante la sospecha de la existencia de una práctica de riesgo se repetirá de nuevo a los tres meses. Si la prueba es positiva, se confirma el resultado mediante otra prueba analítica (Western Blot).

¹⁵ En el proceso se pueden distinguir tres etapas en las que las manifestaciones físicas se intensifican:

- (a) Infección aguda: puede aparecer exantema, fiebre, malestar, que lleva a pensar que es un cuadro gripal o mononucleosis infecciosa. Esta situación suele durar una semana. El periodo ventana es aquél que va desde la infección hasta la seroconversión en el que se pueden detectar antígenos, lo que permite diagnosticar la infección, pero no se detectan anticuerpos. El proceso de seroconversión es el que se entiende desde la infección hasta que aparecen los anticuerpos en la sangre, y dura tres meses.
- (b) Linfadenopatía generalizada persistente (LGP): aparecen ganglios de al menos un centímetro de diámetro en dos o más localizaciones que persisten un mínimo de tres meses. Después de este periodo comienza la pérdida paulatina de las células T4.
- (c) CRS o ARC: Complejo relacionado con el SIDA: infecciones víricas, como el herpes simple con llagas en boca, ano [...]. Mucuet, infección por candidas en la boca, lengua, las células T4 siguen descendiendo.

¹⁶ CHABAS, François. «SIDA y Derecho de la Responsabilidad». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje a Alterini. *Op. cit.*, p. 693.

Nuestra legislación no nos permite una aplicación de la denominada reparación de equidad. Ella, en cambio, resulta más acorde con el criterio empleado por el profesor Alberto Bueres.

El renombrado jurista argentino afirma que pese a que no se pueda conocer a ciencia cierta la causa del menoscabo del enfermo —muerte o daño a la salud—, los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, pueden dar por verdadera la existencia de la relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa su demostración, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias¹⁷.

2. Transmisión sexual

Una de las formas más comunes de transmisión de esta enfermedad es, indudablemente, la sexual. En términos generales, el virus se transmite durante cualquier penetración sexual que implique el contacto del esperma o de las secreciones vaginales con una mucosa, sea vaginal, rectal o bucal.

Cuando no se toman medidas preventivas y/o de protección, puede ser suficiente un único contacto con una pareja portadora del virus.

Por obvias razones, que no es del caso explicar, la responsabilidad que puede derivarse de una situación como la planteada es siempre de naturaleza extracontractual.

El sistema, asimismo, no puede ser otro que el subjetivo, en la medida que resultaría absurdo e injusto evaluar la responsabilidad producto de una relación de este tipo, desde una óptica puramente objetiva —sistema no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico— o desde la perspectiva de la teoría del riesgo creado. En ambos supuestos se podría llegar a imputar responsabilidad a una persona que, incluso demostrando su actuar sin culpa, se vería obligada a cumplir con el pago de una indemnización, lo que conllevaría la creación de una nueva víctima.

En cambio, sobre la base del sistema subjetivo, si la transmisión es «inocente», esto es, si el agente desconocía su carácter de portador, no habría motivo para imputarle responsabilidad, en la medida que actuó sin culpa. Lo que, sin embargo, puede verse matizado por algunos factores, tal como podremos observar más adelante.

A efectos de la responsabilidad y dentro de la teoría de la culpa, es menester distinguir dos posibilidades con relación al factor de atribución:

¹⁷ Ibidem, p. 694.

Que la transmisión sea culposa, es decir, que haya sido resultado de un actuar negligente por parte del sujeto portador del virus. Esto puede ir acompañado de la culpa de la víctima que, pese a conocer el estado del otro, tuvo relaciones sin emplear las medidas de protección recomendadas, lo que supone una causal de exoneración de responsabilidad o, en todo caso, una causal de eximación parcial.

Que la transmisión sea dolosa, lo que puede abarcar el dolo directo y el dolo eventual. El primero implica que el sujeto causante tenía la intención de dañar. El segundo, en cambio, se configura al mantener relaciones sexuales ocultando la enfermedad pero sin intención de causar un daño.

En ambos casos, el agente conoce su condición de portador y no lo informa al otro sujeto. La diferencia estriba, como hemos podido apreciar, en que el dolo directo se basa en la motivación del causante de contagiar la enfermedad; mientras en el eventual, esa intención no existe, sino que simplemente el portador asume como posible el riesgo de la transmisión.

Como es evidente, cada situación presupone un grado distinto de responsabilidad. Es preciso, por ende, evaluar cada caso concreto poniendo énfasis en los criterios que ya hemos desarrollado, esto es, en el ámbito en el que se desenvuelven los sujetos que intervienen, pues ese marco constituye un factor determinante en la configuración de la conducta culposa. No se podrá obviar, tampoco, el grado de evolución y síntomas que presente el portador al momento de realizarse el comportamiento antijurídico.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Argentina, se declaró, por unanimidad, que en la configuración de la culpa se debe tener en cuenta que el agente transmisor presente signos que hicieran evidente la enfermedad, o pertenezca a grupos de riesgo¹⁸.

Como expresan Minyersky y Lambois¹⁹:

Se ha dicho que cada uno es responsable de su propio estado de salud y debe conservar su seronegatividad, pero es indudable que estos criterios deben ser analizados dentro del contexto social, económico y cultural de los actores. El joven con problemas vivenciales y condiciones vitales por debajo del mínimo no

¹⁸ Entendemos y aceptamos que el criterio de pertenencia a los denominados grupos de riesgo es útil y válido, toda vez que facilita la evaluación y valoración de la culpabilidad de ambos actores para determinar la responsabilidad; no obstante, no deja de ser un criterio relativo en la medida en que todos estamos expuestos a la posibilidad de contagio.

¹⁹ MINYERSKY, Nelly y Susana LAMBOIS. «Responsabilidad y SIDA». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Op. cit., p. 692.

se encuentra en el mismo nivel ni puede ser juzgado con iguales parámetros que la persona que requiere los servicios de una mujer o un hombre en demanda de relaciones sexuales de pagas. Es en estos casos en los cuales consideramos que la carga del cuidado pesa significativamente sobre el sujeto sano de la relación.

En adición a estas consideraciones, en materia de responsabilidad civil se debe observar el comportamiento de los actores respecto al cumplimiento de dos obligaciones esenciales derivadas del deber genérico de obrar con previsión: Por un lado, informar a su pareja de su estado; y, por otro, adoptar los recaudos necesarios para que se evite la transmisión de la enfermedad²⁰.

La problemática que surge de la ignorancia que pueda tener el agente con relación a su propio carácter de portador, podría hacer borrosa la línea que separa una transmisión inocente, de una culpable o una dolosa. Esto, debido a que dicha ignorancia puede deberse a negligencia o a no querer practicarse las pruebas correspondientes, sin motivo alguno.

Tal situación nos lleva a tomar conciencia de que todos, sin distinción, podemos ser portadores del virus, por lo que es imprescindible adoptar medidas de prevención y educación. Una manera de lograrlo es explotando de forma cabal el potencial de la ley, de modo que se promuevan estrategias contra el VIH, y se logre un cambio en la mentalidad de la sociedad en general.

Julie Hamblin²¹ señala sobre el tema que, en la última década, son tres los modelos a través de los cuales la ley puede ser incorporada dentro de las políticas del VIH/SIDA.

El primero es el modelo proscriptivo tradicional, que penaliza ciertas formas de conducta. El segundo modelo se enfoca en la función protectora de la ley y en la necesidad de defender los derechos e intereses de clases particulares de personas, principalmente de aquellas infectadas por el VIH o en riesgo de infectarse. Hasta la fecha, estos dos modelos han sido ampliamente utilizados en las respuestas al VIH/SIDA.

El tercer modelo, sin embargo, ha sido explorado en mucho menor medida. Éste busca emplear la ley activamente para promover cambios en los valores y patrones de interacción social que conducen a la vulnerabilidad ante la infección por el VIH.

Ambos modelos, el proscriptivo y el protector para intervenciones legales, involucran juicios de valor fundamentales y, a menudo, evalúan los conflictos en relación con lo que debería protegerse y lo que debería prohibirse. Como

²⁰ Idem.

²¹ HAMBLIN, Julie. *El papel de la ley, en las políticas relativas al VIH/SIDA*. Documento de Trabajo N.º 11 del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA.

resultado, cada modelo opera en dos niveles, primero definiendo derechos y obligaciones legales específicos; segundo, creando o reflejando ciertos valores y rechazando otros. Estos juicios de valor, inherentes a la ley, pueden influir y conformar otras respuestas.

El tercer modelo sugiere, por su parte, que la ley puede jugar un papel proactivo no sólo mediando entre derechos y obligaciones o entre individuos, sino también buscando modificar los valores y patrones subyacentes de interacción social que crean la vulnerabilidad ante la amenaza de la infección por el VIH.

Otro aspecto relevante dentro de las implicancias de la transmisión sexual del VIH, es que ésta puede darse tanto en las relaciones familiares, como fuera de ellas.

Aunque básicamente ambos contextos siguen la misma línea de evaluación respecto de la imputación de responsabilidad civil, el caso del contagio dentro de las relaciones matrimoniales posee un aspecto particular que resulta interesante comentar.

En principio, al involucrar la institución del matrimonio —en tanto la transmisión sea entre cónyuges— nos ubicamos dentro del Derecho de Familia, que constituye un ámbito que posee características especiales.

Como desarrollaremos con más detalle al analizar la responsabilidad civil derivada del divorcio, las relaciones que se desenvuelven en el seno de la familia y, en particular, las relaciones conyugales están definidas por los rasgos particulares de los derechos subjetivos familiares. En éstos resulta evidente la jerarquía que el aspecto personal posee con referencia al aspecto puramente patrimonial, toda vez que es fácil percibir que el interés general predomina sobre el individual.

Visto el Derecho de Familia como un Derecho de orden natural —cuyo contenido es justamente un elemento esencial dentro de la sociedad a la cual precede— y que, asimismo, reviste un profundo carácter ético y tutelar, se han esgrimido dos tesis respecto a la procedencia de la imputación de responsabilidad y su consiguiente obligación de indemnizar.

Una de las teorías niega la posibilidad de que proceda una acción de ese tipo. La otra —a la que nos adherimos— la acepta, pero admitiendo que debido a los rasgos particulares que presenta esta rama del Derecho, y en tanto están en juego instituciones de relevancia inobjetable, es necesario —al evaluar los casos que se presenten— efectuar un análisis acorde con los principios que informan al Derecho de Familia.

En pocas palabras, al evaluar la transmisión del VIH entre cónyuges, y la responsabilidad que de ello pueda surgir, habría que tomar en cuenta los principios generales de la responsabilidad civil, matizados no sólo con los principios correspondientes a la bioética, sino también con los del Derecho de Familia.

La hipótesis a manejar supone, preexistiendo el estado de cónyuges, que uno de ellos adquiere culpablemente el virus, y, de manera igualmente culposa, lo transmite por contagio sexual a su pareja. Tal conducta encuadra dentro de una de las causales de separación de cuerpos —reguladas por nuestro Código Civil de 1984— que conllevan al divorcio relativo o al absoluto, en tanto la doctrina de otros países ha admitido que dicho comportamiento implica un supuesto de injuria grave. Paralelamente, permite al cónyuge inocente accionar por el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos²².

3. Transmisión por vía sanguínea

Esta vía de transmisión supone que una persona ha sido contaminada por el VIH a raíz de una transfusión, siendo el agente de ello la sangre que fue inyectada como consecuencia de un tratamiento médico²³.

La Ley General de Salud de nuestro país brinda el marco general sobre la materia:

Artículo 46.- «Las actividades de obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana, sus componentes y derivados, así como el funcionamiento de bancos de sangre, centros de hemoterapia y plantas de hemoderivados, se rigen por la ley de la materia y su reglamento y están sujetas a la supervisión y fiscalización por parte de la Autoridad de Salud de nivel nacional o a quién ésta delegue».

Sobre este punto, básicamente vamos a enfocarnos, entonces, en la responsabilidad del medio sanitario, en la que se pueden visualizar dos series de responsables, a saber: el centro de transfusión sanguínea y el cuerpo médico, en sentido amplio.

En términos generales, estos sujetos pueden verse vinculados en función de las distintas modalidades de operatividad de la relación paciente-médico-

²² Pese a su importancia y vinculación con el tema, hemos optado por abordar el consentimiento de la víctima de modo genérico, luego de analizar todos los supuestos de transmisión de la enfermedad.

²³ CHABAS, François. «SIDA y Derecho de la Responsabilidad». En *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje a Alterini. *Op. cit.*, p. 714.

institución, lo que abarca desde lo contractual hasta lo extracontractual, y desde la culpa subjetiva hasta la objetivación inherente al deber de seguridad.

3.1. El Centro de transfusión sanguínea

La regla de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, es bastante clara en relación con la responsabilidad que podría imputarse a estos centros. Así lo establece el artículo 48:

Artículo 48.- «El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece».

Ahora bien, reflexionando sobre el tema, tenemos que respecto a las clínicas y los hospitales donde se ha realizado la transfusión, la responsabilidad surge de la naturaleza del contrato que han celebrado con el paciente y que los obliga a utilizar productos no viciados; naturalmente, partiendo del supuesto que existiese dicha relación contractual²⁴. Para estos efectos, remitimos al lector a lo expresado cuando analizamos el tema de la responsabilidad civil de los médicos.

En principio —además de la responsabilidad solidaria de la que pueden ser titulares por el hecho de sus dependientes— se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva sobre la base del riesgo creado y de la obligación que asumen los establecimientos de garantizar el uso de productos carentes de vicios. Dicha obligación no necesita haber sido pactada de manera expresa en el contrato, en tanto se entiende como una cláusula implícita que acompaña toda relación de este tipo, en la que la integridad, salud —e incluso vida— de una de las partes contratantes depende de la otra.

Lo anterior implica, a su vez, que la clínica o el hospital, son —ellos mismos— responsables, bien como personas jurídicas de derecho privado, o como entes morales de derecho público. Sólo pueden librarse de la responsabilidad, destruyendo la relación de causalidad, para lo cual requieren demostrar la presencia de una causa extraña. Dicha causal de exoneración debe

²⁴ MINYERSKY, Nelly y Susana LAMBOIS. «Responsabilidad y SIDA». *En Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Op. cit.*, p. 694.

ser imprevisible y exterior; de lo contrario, no podrá ser entendida como un eximente.

En Francia, uno de los países más afectados con este tipo de situaciones, la Corte de Casación se ha pronunciado conforme a ese criterio en más de una oportunidad. De esta manera, ha optado por considerar al transfundido como acreedor de una obligación contractual tácita de seguridad, de la que el deudor —centro de transfusión— sólo puede eximirse a través de la prueba de una causa extraña²⁵.

En la hipótesis de que la clínica y el hospital no sean ellos mismos los encargados de la recolección de la sangre, de su control, de su acondicionamiento y suministro, sino que ese rol corresponda a centros de transfusión, las consecuencias varían en relación con los intervinientes.

Así, mientras el centro de transfusión tendría que asumir la responsabilidad sobre la base de la garantía de seguridad a la que implícitamente se ha obligado, la clínica o el hospital que efectuó la transfusión dañosa, respondería de manera diferente.

La Corte de Casación Francesa ha sentenciado, al respecto, que la clínica en la que se realizó la transfusión que originó el contagio, debe responder en razón de una simple obligación de prudencia y de diligencia en la provisión de productos sanguíneos suministrados por un centro de transfusión. Agrega en su pronunciamiento, que la responsabilidad sería atribuida si hubiera tenido la posibilidad de fiscalizar la calidad de la sangre transfundida, lo que parece totalmente teórico²⁶. El factor de atribución sería, por ende, la culpa de la clínica, a condición de que haya tenido la oportunidad de fiscalizar la calidad de la sangre.

Según expresa Saux²⁷:

A nadie escapa que el Estado —en cualquiera de sus manifestaciones territoriales— es sujeto pasivo apto en casos de contagio de SIDA u otras enfermedades graves derivadas de mala praxis profesional brindada en los hospitales públicos, normalmente corporizados en el empleo de cosas riesgosas o viciosas, tales como la aparatología no debidamente esterilizada o transfusiones sanguíneas con hemoderivados infectados inadvertidamente.

3.2. El cuerpo médico²⁸

²⁵ CHABAS, François. «SIDA y Derecho de la responsabilidad». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje a Alterini. *Op. cit.*, p. 714.

²⁶ *Ibidem*, p. 715.

²⁷ SAUX, Edgardo Ignacio. «Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades». En *La responsabilidad*. Homenaje a Goldenberg. *Op. cit.*, p. 635.

²⁸ Hemos desarrollado el tema de la responsabilidad derivada del ejercicio profesional de la

Nuestra Ley General de Salud —en el Capítulo que corresponde al ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud— establece, al respecto, lo siguiente:

Artículo 36.- «Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades».

En primer lugar, resulta conveniente revisar algunas ideas claves en un tema tan complejo como el que nos atañe, a fin de definir las nociones principales contenidas en la citada norma.

Por consiguiente, tenemos que empezar afirmando que los médicos se encuentran obligados a brindar asistencia sanitaria en forma diligente. Esta prestación envuelve un cúmulo de deberes que se van manifestando en cada etapa de la entrega de asistencia. Es, por consiguiente, deber del facultativo hacer conocer al paciente los riesgos inherentes al tratamiento o a la operación; de igual forma debe, en lo posible, evitar los tratamientos peligrosos y los experimentos; está obligado, además, a tener cuidado en el diagnóstico y a brindar un tratamiento apropiado, lo que no implica garantizar el éxito en la curación.

Como afirma Razi²⁹: «Sobre el médico pesa indudablemente el esmerado deber de cuidado en el ejercicio de su profesión, estando obligado a impedir, con los recursos disponibles, aquellos resultados adversos o fatales que sean consecuencia de su acción u omisión, en cuanto a la elección de los medios y el método de empleo.

La doctrina denomina *lex artis* al conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de la profesión. De ahí que, para determinar la conducta del profesional de la salud conforme a la *lex artis*, se deben tener presentes, actualmente, los estándares de calidad del servicio de la época del tratamiento».

Una conducta que no es acorde con la *lex artis* se define como *mala praxis*, lo que constituye una manera inadecuada de ejercer la profesión médica y, en consecuencia, presupone una suerte de culpa virtual.

medicina, así como algunos de sus supuestos principales, en capítulos específicos del Tratado. En ellos elaboramos un análisis profundo, por lo que en esta parte nos limitaremos a nociones generales que nos sirvan de base para un mejor entendimiento sobre el tema que en estos momentos nos interesa, esto es, sobre la responsabilidad civil derivada de transfusiones sanguíneas.

²⁹ En *Bioética y derecho. Op. cit.*, pp. 114 y 115.

De este modo, el facultativo estará incumpliendo sus deberes de cuidados y garantía de seguridad respecto de su paciente, cuando su actuar sea culposo o doloso. La culpa engloba un defecto de la conducta, de la voluntad o del intelecto, así como desatención o descuido. El dolo, por su parte, implica una intención maliciosa, un obrar a sabiendas de que causará un daño y con el propósito de conseguirlo.

La culpa se manifiesta en el error del médico por insuficiencia de conocimiento, por negligencia en el diagnóstico o por lo complejo del cuadro clínico. Esto conlleva la imputación de responsabilidad al profesional que actuó con impericia o ignorancia inexcusable, con imprudencia, o con negligencia.

Según expresa Razi³⁰:

La impericia, como falta de preparación, puede originar errores por deficiente actuación o por omisión, ya sea en el diagnóstico o en el tratamiento. Siempre existirá un margen de error aceptable, el cual sólo ha de ser admitido cuando se refiera a puntos oscuros y discutidos por la ciencia médica [...].

La culpa por imprudencia consiste en no obrar con la debida precaución que la ciencia médica hace aconsejable para evitar el riesgo a que puede llevar el acto médico ejecutado sin mayor reflexión.

En todo caso, la valoración de la actuación imprudente de un médico es esencialmente relativa, pues en muchos casos depende de las circunstancias y del medio en el que se desarrolle su misión [...].

En la culpa por negligencia o facultativa pasiva, la conducta se traduce en una omisión. Consiste en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución, una omisión de la atención y de la diligencia debida, una pereza volitiva; todas son conductas que se cometen usualmente por vía de omisión, es decir, una actitud pasiva del médico. Existe, de este modo, una falta de precisión de las fatales consecuencias en que puede derivar la omisión, debido a la ligereza del médico, que le impide medir los resultados. Es el desprecio del cuidado lo que particulariza a la negligencia, a diferencia de la imprudencia, cuya nota característica es la falta de previsión.

Luego de efectuar estas consideraciones —y bajo la premisa de que, salvo casos especiales, la responsabilidad del médico por los daños ocasionados al paciente es de naturaleza contractual— es evidente que de configurarse una conducta acorde con lo que hemos definido como mala praxis, se configura la responsabilidad del facultativo, por cuanto ha incumplido el deber de cuidado y seguridad al que se encuentra obligado.

³⁰ Ibidem, pp. 120 y ss.

La mala praxis médica, vinculada estrechamente al contagio del SIDA por transfusiones sanguíneas, tiene como protagonista al hemoterapeuta.

En efecto, la responsabilidad no puede recaer sobre el médico que prescribió la transfusión a raíz de la cual el enfermo contrajo el virus, puesto que dentro de su ámbito de actuación no se encuentra la supervisión de la sangre utilizada. También se descarta la responsabilidad del facultativo que procedió a realizar la transfusión, pero cuya función tampoco era la de control o fiscalización de la sangre.

Según refieren Minyersky y Lambois³¹:

Puede decirse que la responsabilidad del hemoterapeuta se sustenta en una obligación tácita de seguridad, típica de los contratos de prestaciones médicas. La obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su interpretación o integración a la luz del principio de la buena fe.

Al igual que lo visto con relación a los establecimientos de transfusión, las causales de exoneración se encuentran restringidas a factores externos y extraños.

Mención especial merece, nuevamente, la jurisprudencia francesa³² que — en su afán de eficacia— admite de modo muy amplio el compromiso de la responsabilidad de terceros. Esto lo hace distinguiendo dos categorías de terceros, a saber:

Los terceros que han tornado necesaria la transfusión

Así, la Corte de Casación considera responsable al autor del accidente que originó que la víctima necesitara la transfusión. El factor de atribución sería el mismo por el cual el tercero es considerado responsable del accidente, lo que depende de las circunstancias en que se haya realizado éste.

En general, el razonamiento de la Corte nos parece criticable, ya que adopta una postura basada en la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo que supone estirar el espectro de la responsabilidad de modo exagerado. A

³¹ MINYERSKY, Nelly y Susana LAMBOIS. «Responsabilidad y SIDA». En Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. *Op. cit.*, p. 693.

³² CHABAS, François. «SIDA y Derecho de la Responsabilidad». En *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje a Alterini. *Op. cit.*, pp. 716 y 717.

nuestro entender, debe predominar la teoría de la causalidad adecuada, lo que conlleva a afirmar que el tercero causante del accidente deberá responder por los daños del mismo derivados de su conducta antijurídica y no de la del establecimiento o del hemoterapeuta. A lo que hay que sumar los problemas probatorios ya mencionados.

Los terceros que han sido causa de la mala calidad de la sangre

En esta hipótesis se señala que no existe motivo alguno para excluir la responsabilidad del donante de la sangre que en la época de la donación se sabía seropositivo. El factor de atribución sería, obviamente, el dolo con el que se condujo. Otra vez, sin embargo, las dificultades probatorias están presentes.

Asimismo, dentro de esta categoría se consideran responsables a las autoridades administrativas o políticas que, conociendo que la sangre estaba contaminada, han aceptado que ésta fuera distribuida.

4. Transmisión por trasplante de órganos

Existe en nuestro país un marco legal que regula esta materia, el mismo que tiene como norma base a la Ley General de Salud:

Artículo 45.- «La ablación de órganos o tejidos con fines de trasplante o injerto sólo puede realizarse en establecimientos de salud debidamente habilitados o en instituciones médico-legales, cumpliendo, en cada caso, los procedimientos que la ley establece».

Los trasplantes de órganos o injertos de tejidos sólo pueden efectuarse en establecimientos de salud que cuenten con servicios especializados debidamente acreditados para tal fin.

La ablación de órganos y tejidos, así como el trasplante o injerto de los mismos, se rigen por la presente ley, la ley de la materia y su reglamento.

Los establecimientos de salud sólo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito.

Los establecimientos de salud que la Autoridad de Salud de nivel nacional autorice, podrán instalar y mantener, para fines terapéuticos, bancos físicos de órganos y tejidos.

Pese a esto, aún se presentan casos de contagio por esta vía, lo que implica que no se cumple con las previsiones legales establecidas, es decir, existe un comportamiento antijurídico por parte de los sujetos intervinientes.

No hay mucho que agregar respecto de esta modalidad. En realidad, la reflexión hecha al examinar la transmisión por vía sanguínea se aplica también a este supuesto. Por ello, simplemente nos remitimos a lo ya expresado.

5. Transmisión perinatal de madre a hijo durante el embarazo, el parto o la leche materna

Este supuesto se ubica dentro de la categoría de transmisión de enfermedades de padres a hijos, la misma que conlleva polémicas y discusiones desde el punto de vista doctrinal y ético. No vamos a profundizar demasiado en este punto, debido a que, en general, hemos desarrollado dichas controversias y el marco conceptual en el que se encuadra, al analizar la responsabilidad civil por actos derivados de la bioética, capítulo al cual nos remitimos.

Por ende, vamos a centrarnos en el supuesto específico. Así, en principio, debemos expresar que la transmisión perinatal es un problema que en la actualidad no termina de tener eco.

Al momento de atribuir las responsabilidades resulta imprescindible considerar dos factores particulares de esta vía de transmisión, sin obviar, por supuesto, los principios generales que ya hemos analizado:

No pueden pasarse por alto los considerables avances médicos y científicos que en materia de la prevención del SIDA pediátrico se han producido en los últimos años. Sin embargo, a la hora de atribuir la responsabilidad, se debe recordar también que dichos tratamientos resultan muy costosos.

De allí que las tasas de transmisión se encuentren en íntima vinculación con el grado de desarrollo de un país, factor que afecta —como hemos reiterado durante todo este Capítulo— los índices de transmisión de forma global.

En consecuencia, al deslindar responsabilidades, deberá ser tenida en cuenta cada una de esas posibilidades que proporciona el avance científico, sin olvidar la debida articulación entre los principios de autonomía y los del nuevo ser que se está gestando. Empleando, de igual forma, el contexto de las partes que constituye un elemento definitorio ineludible³³.

Otro aspecto importante a considerar es que la presencia de anticuerpos en el recién nacido no debe interpretarse siempre como positividad viral del neonato, ya que esto se confirmará pasados unos 18 meses, que es cuando desaparecen los anticuerpos adquiridos de la madre.

³³ MINYERSKY, Nelly y Susana LAMBOIS. «Responsabilidad y SIDA». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Op. cit., p. 695.

Es a partir de ese mes, que se podrá saber si el paciente pediátrico está relacionado —y cómo lo está— con la patología del VIH.

Dentro de estos parámetros específicos se debe analizar tanto la responsabilidad de los padres como la del centro sanitario —incluyendo al cuerpo médico— en que la madre ha sido atendida. La responsabilidad de los segundos parte de los criterios ya elaborados en los puntos anteriores. En lo que concierne a la responsabilidad de los padres, se han esgrimido dos posiciones de contenido opuesto.

A una de ellas se adhieren todos aquellos que avalan la procedencia del reclamo resarcitorio, sustentando su tesis en un reproche subjetivo. Esta postura fue asumida por mayoría en las XIII Jornadas de Derecho Civil realizadas en Argentina. Se sostuvo entonces que los padres son responsables ante sus hijos por las taras hereditarias que les ocasionen a raíz de una enfermedad grave de la que tenían conocimiento.

En sentido contrario, otra corriente señala que ante la ausencia de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil es imposible que proceda un reclamo indemnizatorio. Sostienen, de este modo, que no se advierte una conducta antijurídica, por cuanto las relaciones fecundantes, que son las transmisoras de la enfermedad, no pueden catalogarse como antijurídicas³⁴.

Sobre el particular, coincidimos con la tesis adoptada por Nelly Minyersky y Susana Lambois³⁵, quienes sostienen que en la transmisión de la enfermedad al hijo hay que distinguir dos situaciones:

Por un lado, no existe un daño si la transmisión se produjo en el mismo acto de la concepción, puesto que en ese momento no había un interés jurídico que proteger. Sostener lo contrario, equivale a sustentar que el interés protegido es el derecho a no nacer enfermo, lo que nos lleva a preguntarnos qué es mejor, si nacer enfermo o no nacer.

Si, en cambio, la transmisión no se realizó al momento de la concepción sino en una etapa posterior, habría que examinar, sobre la base de la teoría subjetiva y de los elementos desarrollados, la procedencia de un reclamo indemnizatorio en contra de la madre.

³⁴ Idem.

³⁵ Ibidem, pp. 695 y 696.

6. Consentimiento de la víctima y riesgo profesional

No consideramos adecuado finalizar nuestra reflexión sobre este controvertido tema, sin dedicar unas cuantas líneas a la problemática que representan las nociones de consentimiento y riesgo profesional en lo relativo a la responsabilidad civil.

Ambas materias tienen injerencia en los supuestos analizados y, asimismo, se encuentran vinculados entre sí, en la medida que el concepto de riesgo profesional se halla ligado, de alguna u otra manera, al de consentimiento de la víctima. Básicamente, el conflicto que se deriva de estas nociones se encuentra referido a que, conforme a las circunstancias, se presenten como excluyentes de la antijuricidad.

En lo que concierne específicamente al consentimiento, Saux³⁶ refiere lo siguiente:

Dejando a salvo por impensables otras hipótesis, nos preguntamos si la aceptación que verbigracia se haga a mantener relaciones verosíblemente puede estarlo, logra inhibir la pretensión resarcitoria si el contagio luego se produce. Desde el punto de vista penal, como comercial, en la óptica de la ley de seguro, la conclusión coincidente es que salvo que el contagio fuera doloso, mediando culpabilidad culposa del dañador, el consentimiento de la víctima priva de ilicitud al acto transmisor del virus.

Esa postura coincide con las conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Argentina. Allí se acordó que para calificar la culpa del agente es necesario atender a su pertenencia a uno de los denominados grupos de riesgo o a la manifestación física que tenga del mal.

A ello habría que agregar los criterios a los que nos hemos referido a lo largo de este estudio y que se enfocan en el contexto social, económico y cultural en el que se desenvuelven los sujetos.

Debemos tener siempre en cuenta que cada situación presenta matices propios, que son determinantes a la hora de evaluar, calificar y valorar un hecho.

El riesgo profesional, por su parte, implica también un análisis minucioso de las circunstancias en las que se llevó a cabo la transmisión.

³⁶ SAUX, Edgardo Ignacio. «Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades». En *La Responsabilidad. Homenaje a Goldenberg. Op. cit.*, p. 637.

Nuestro examen debe partir de la premisa de que dicho riesgo no es exclusivo de los sujetos vinculados a la actividad sanitaria. Esto se ve reflejado en el hecho de que, incluso, son más numerosos los casos detectados en los que el contagio lo padece un miembro del personal de seguridad y no del vinculado al arte de curar.

En general, el riesgo profesional implica que el sujeto reconoce y asume que, por el tipo de actividad que realiza, se encuentra más expuesto que otros a sufrir daños que, en el caso específico que nos compete, se encuentra vinculado directamente al derecho a la salud. Por consiguiente, asume también que debe seguir ciertas pautas y cuidados especiales en el ejercicio de su profesión.

Siguiendo lo expuesto y, en pocas palabras, podemos sostener que el riesgo profesional quedará incluido en la propia culpa de la víctima, si es que ella ha omitido cumplir con los deberes de bioseguridad que legalmente están impuestos. De lo contrario, se genera una obligación resarcitoria de naturaleza contractual y de factor objetivo del riesgo creado con relación al ente para el cual el sujeto contagiado prestaba servicios³⁷.

Como se puede apreciar, tanto el consentimiento de la víctima como el riesgo profesional constituyen elementos que pueden llevar a exonerar al causante o, al menos, disminuir proporcionalmente el monto de la indemnización.

7. A modo de conclusión

Luego de revisar algunos de los aspectos principales de un problema tan complejo como es el de la responsabilidad civil derivada del contagio del SIDA, no nos queda sino la convicción de que no existe una única fórmula con la cual podamos abarcar cada uno de los casos que en los hechos pueden presentarse.

En efecto, esta despiadada enfermedad que se ha convertido en una verdadera pesadilla de la que el mundo aún no termina de despertar, representa una serie de problemas y controversias que se desenvuelven en todos los ámbitos, incluido el jurídico. Son muchos los intereses involucrados, al igual que son variados los criterios y factores que conforman la base de evaluación de los diferentes conflictos derivados de la transmisión.

En el campo de la responsabilidad civil, lo expuesto es más que evidente. Las perspectivas que deben considerarse para lograr una valoración adecuada poseen caracteres peculiares en función del supuesto que se analice.

³⁷ Idem.

No es sólo cuestión de aplicar los principios generales de la responsabilidad, sino que es necesario, a su vez, una valoración en la que se estructuren los principios propios de la bioética, y, de ser el caso, los principios de responsabilidad civil familiar y médica, en específico.

Todo esto, acompañado de una política legislativa en la que se incorpore a la ley en su modelo proscriptivo, protector y transformador de la mentalidad y los patrones de interacción social, la que, asimismo, debe articularse con toda una campaña de fomento del desarrollo.