

ÍNDICE

Prólogo	11
---------------	----

CAPÍTULO I

PLANTEO DEL TEMA

1. Consideraciones generales	25
2. SIDA: Estado actual de la cuestión	26
2.1. Concepto y características de la enfermedad.....	26
2.2. El SIDA y su historia	28
2.3. Vías de contagio.....	29
2.4. Formas de evitar el contagio	31
2.5. Tratamientos existentes	34
2.6. Perfil epidemiológico del SIDA en la Argentina.....	35
2.7. Las otras enfermedades	37
3. La responsabilidad civil y su presupuesto esencial: el daño	39
3.1. Presupuestos de la responsabilidad civil.....	39
3.2. Concepto de daño.....	40
3.3. Algunas particularidades de la responsabilidad civil y del derecho de daños en la actualidad	41
4. Objetivos del trabajo	43

CAPÍTULO II

DAÑOS POR CONTAGIO DEL VIH POR VÍA SANGUÍNEA

1. Planteo del tema	47
2. El tema en Francia	48
2.1. El "affaire de la sangre contaminada"	48

2.1.1. El sistema transfusional francés	48
2.1.2. La aparición y propagación del VIH. Medidas de seguridad adoptadas	49
2.2. La responsabilidad civil por daños en los casos de personas contaminadas con el VIH como consecuencia de una transfusión sanguínea	52
2.2.1. Ayer: la indemnización de las víctimas de la contaminación por los mecanismos clásicos de la responsabilidad civil	52
2.2.1.1. Responsabilidad del automovilista por todas las consecuencias del accidente	53
2.2.1.2. La responsabilidad médica en materia de transfusiones sanguíneas	53
2.2.1.3. Responsabilidad de los establecimientos hospitalarios	54
2.2.1.4. Responsabilidad de los Bancos de Sangre ...	55
2.2.1.5. Responsabilidad del Estado	55
2.2.1.6. Los primeros intentos para superar el sistema de responsabilidad tradicional	56
2.2.2. Hoy: la indemnización directa de las víctimas de la contaminación por el fondo <i>ad hoc</i> creado por la ley del 31 de diciembre de 1991	57
2.2.2.1. Condiciones para la indemnización	57
2.2.2.2. Procedimiento y contenido de la indemnización	57
2.2.3. Mañana: la transfusión sanguínea a partir de la ley del 4/1/93 y el problema de la indemnización de las víctimas del riesgo médico	58
2.2.4. El caso especial de los riesgos de desarrollo	60
3. La cuestión en los Estados Unidos	61
3.1. Responsabilidad de los proveedores de sangre contaminada	61
3.1.1. Sangre administrada con anterioridad al desarrollo de los tests de VIH	61
3.1.1.1. Directivas para los estudios de la sangre anteriores a 1985	61
3.1.1.2. La jurisprudencia	62
3.1.2. La aparición de los tests para la detección de anticuerpos contra el VIH	64
3.2. Fundamentos de la responsabilidad de los proveedores de sangre	65
3.2.1. Incumplimiento de una garantía implícita	65
3.2.2. Responsabilidad objetiva	69
3.2.3. Negligencia	71

3.2.4. Consentimiento informado y representación negligente	71
3.3. ¿Puede revelarse la identidad de los donantes de sangre infectada?	72
4. <i>El tema en el Reino Unido</i>	72
4.1. El sistema transfusional británico	72
4.2. La reparación de los daños de las víctimas del contagio por vía transfusional	73
4.2.1. El "Mac Farlane Trust"	73
4.2.2. La reparación de los daños en base a los esquemas de reparación tradicionales	74
4.2.2.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la responsabilidad del automovilista ...	74
4.2.2.2. Responsabilidad de los médicos y de los bancos de sangre	75
4.2.2.3. Responsabilidad de los fabricantes de productos	76
4.2.2.3.1. El deber de información	76
4.2.2.3.2. La doctrina de la "participación en el mercado"	77
4.2.2.3.3. Responsabilidad por importación de productos extranjeros	77
4.2.3. La reparación de los daños según la Ley de Protección al Consumidor de 1987	78
4.2.4. Un verdadero precedente: acerca de la imposibilidad de revelar la identidad de un dador de sangre infectada, a pedido de un receptor damnificado	81
5. <i>La cuestión en Suecia</i>	83
5.1. El sistema transfusional sueco	83
5.2. Las medidas de seguridad tomadas ante la aparición del VIH	83
5.3. La reparación de los daños sufridos por las víctimas del contagio por vía transfusional	84
6. <i>El tema en nuestro país</i>	86
6.1. La cuestión central	86
6.2. Las normas específicas	87
6.2.1. La ley 22.990 sobre sangre humana y el dec. 375/89 sobre regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos	87
6.2.1.1. Contenido	87
6.2.1.2. Críticas a la ley 22.990	89
6.2.1.2.1. Consideraciones generales	89

6.2.1.2.2.	Declaración de la Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología con referencia a la ley 22.990	90
6.2.1.2.3.	Conclusiones de las Jornadas Argentinas de Hemoterapia e Inmunohematología organizadas por la Asociación de Hemoterapia e Inmunohematología de la Provincia de Córdoba y el Colegio Médico de la ciudad de Córdoba	90
6.2.2.	Las normas de medicina transfusional	91
6.2.3.	La Ley 23.798 de Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y su decreto reglamentario 1244/91	92
6.2.4.	Resoluciones, conclusiones, recomendaciones e informes que interesan especialmente a los países en vías de desarrollo	93
6.3.	Responsabilidad de los hemoterapeutas	95
6.4.	Responsabilidad del profesional médico que prescribe la transfusión pero no la aplica	102
6.5.	Responsabilidad de los automovilistas por todas las consecuencias del accidente	102
6.6.	Responsabilidad de los hospitales, clínicas, sanatorios y bancos de sangre	103
6.6.1.	Algunas particularidades de la sangre	104
6.6.2.	Cosas y servicios. Vicios y riesgos	104
6.7.	Los riesgos de desarrollo	108
7.	Conclusión	111

CAPÍTULO III

DAÑOS DERIVADOS DEL CONTAGIO DEL VIH DE PADRES A HIJOS

1.	Consideraciones generales	115
2.	Responsabilidad de los padres	116
2.1.	La cuestión en los Estados Unidos	116
2.2.	La cuestión en Italia	117
2.3.	La situación en la Argentina	117
2.3.1.	Argumentos en favor de la responsabilidad de los padres	118
2.3.1.1.	La gravedad e injusticia del daño sufrido por el hijo	118

2.3.1.2. El nacer infectado y el no nacer no serían categorías comparables	118
2.3.1.3. La existencia de un factor de atribución de responsabilidad	118
2.3.1.4. La relación familiar no puede constituir una valla inexorable para un reclamo indemnizatorio	119
2.3.1.5. Corolario	120
2.3.2. Argumentos contrarios a la responsabilidad de los padres	120
2.3.2.1. Favorecimiento de un conflicto familiar	120
2.3.2.2. ¿Cuál sería el límite de la responsabilidad de los padres por defectos heredados por sus hijos?	121
2.3.2.3. Falta de alguno de los presupuestos de la responsabilidad civil	121
2.3.2.3.1. Inexistencia de daño	121
2.3.2.3.2. Ausencia de antijuridicidad en el obrar de los padres	122
2.3.2.3.3. El tema del factor de atribución de responsabilidad	124
2.3.2.4. Inexistencia de la función reparadora de la indemnización	125
2.3.2.5. Un punto de vista médico: la ciencia genética frente a la posibilidad de transmisión de enfermedades de padres a hijos	126
2.3.2.6. Posibilidades favorables de desarrollo	127
2.3.2.7. ¿Quién será el verdadero beneficiario de estas indemnizaciones?	128
2.3.3. Nuestra opinión	129
3. Responsabilidad de los médicos	129
3.1. La cuestión en los Estados Unidos	129
3.2. La cuestión en el Reino Unido	133
3.3. El tema en la Argentina	134
3.3.1. El criterio de la doctrina	134
3.3.2. Nuestra postura	135

Capítulo IV

DAÑOS POR CONTAGIO DEL VIH POR VÍA SEXUAL

1. El tema en los Estados Unidos	139
--	-----

1.1. Teorías bajo las cuales puede perseguirse una reparación por daños	139
1.1.1. Negligencia	139
1.1.2. Ataque intencional a la persona (<i>Battery</i>)	140
1.1.3. Fraude o falsedad	141
1.1.4. Responsabilidad por violación de una previsión legal	142
1.2. Defensas oponibles	142
1.2.1. Asunción de riesgo	142
1.2.2. Culpa concurrente	143
1.2.3. Inmunidad conyugal	143
1.2.4. Ilegalidad	144
1.2.5. Derecho a la intimidad	144
2. La cuestión en Francia	145
3. El tema en Dinamarca	147
4. La cuestión en Chile	147
5. El tema en la Argentina	148
5.1. Consideraciones generales	148
5.2. Derecho de daños	149
5.2.1. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?	149
5.2.2. El factor de atribución de responsabilidad y la extensión de la reparación	151
5.2.3. ¿Es más importante informar o cuidar al otro?	153
5.2.4. Defensas oponibles	153
5.2.5. Responsabilidad por daños derivados de la transmisión sexual del SIDA: ¿se iniciarán acciones por esta causa?	155

CAPÍTULO V

EL SECRETO PROFESIONAL Y SUS LÍMITES EN MATERIA DE INFORMACIÓN RELACIONADA CON EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA

1. Planteo del tema	159
2. La cuestión en los Estados Unidos	161
2.1. El deber de confidencialidad	161
2.2. Excepciones al deber de confidencialidad	162
2.3. El secreto médico y la responsabilidad profesional	163
2.4. Precedentes jurisprudenciales	166
2.5. SIDA: la revelación a terceros y la confidencialidad según la interpretación de la doctrina norteamericana	167
2.6. Las disposiciones especiales del Código de Salud de Nueva York - Sección 2782 (4)	168

3. <i>El tema en Chile</i>	169
4. <i>El tema en Dinamarca</i>	169
5. <i>El tema en Suecia</i>	170
6. <i>La cuestión en Canadá</i>	172
7. <i>La cuestión del secreto profesional en el Reino Unido</i>	173
7.1. Principio general	173
7.2. Excepciones a la obligación de secreto	174
7.3. El tratamiento del secreto profesional ante el SIDA en la jurisprudencia británica	176
7.3.1. La información "interesante para el público" no resulta necesariamente "de interés público". Un caso que involucró el derecho a la libertad de prensa	176
7.3.2. La imposibilidad de revelar la identidad de los donantes de sangre	177
8. <i>El tema en la Argentina</i>	178
8.1. El Código de Ética Médica	178
8.2. La Ley de Ejercicio de la Medicina (nº 17.132/67)	179
8.3. La jurisprudencia	180
8.4. Normas civiles generales que interesan al secreto profesional según la doctrina nacional	181
8.5. El secreto profesional en la Ley Nacional de Lucha contra el SIDA (23.798) y su decreto reglamentario (1244/91)	182
8.5.1. Principio general	183
8.5.2. Excepciones al secreto médico (dec. 1244/91, art. 2º, inc. c)	184
8.6. El secreto profesional en las leyes provinciales	193
9. <i>Conclusiones</i>	193

CAPÍTULO VI

CONSENTIMIENTO INFORMADO
Y SIDA

1. <i>Consentimiento informado: concepto</i>	197
2. <i>Las bases de la doctrina</i>	197
3. <i>La necesidad de obtener el consentimiento informado del paciente como paso previo a la indicación de un test de VIH</i>	198
3.1. El tema en Francia	199
3.2. La cuestión en los Estados Unidos	203
3.3. El tema en Dinamarca	206
3.4. El tema en el Reino Unido	206
3.5. La cuestión en Suecia	210
3.6. El tema en México	213

3.7. El tratamiento del tema por organismos y entidades de representatividad internacional	214
3.8. La cuestión en la Argentina	215
3.8.1. La situación de los donantes de sangre	215
3.8.1.1. La Ley 22.990 sobre Sangre Humana y el decreto 375/89 sobre regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos	215
3.8.1.2. Normas de medicina transfusional	216
3.8.1.3. La Ley Nacional de Lucha contra el SIDA y su decreto reglamentario	217
3.8.1.4. Las leyes provinciales	218
3.8.1.5. La opinión de la doctrina nacional	218
3.8.1.6. Nuestra postura	220
3.8.1.6.1. Diferencias entre el consentimiento informado clásico y el relacionado con una donación sanguínea	220
3.8.1.6.2. Ventajas y desventajas del consentimiento informado explícito previo a una donación sanguínea	221
3.8.1.7. Modelos de formularios de consentimiento informado para test diagnóstico en sangre donada con fines de transfusión	224
3.8.2. La situación de los pacientes a quienes se indica la serología ante una consulta médica	226
3.8.2.1. La Ley de Lucha contra el SIDA y su decreto reglamentario	226
3.8.2.2. Las leyes provinciales	226
3.8.2.3. La opinión de la doctrina nacional	227
3.8.2.4. Nuestra opinión	228
3.8.3. Casos que presentan gran interés, aunque se relacionan fundamentalmente con otras ramas del derecho (derecho laboral, derecho de familia)	229
3.8.3.1. Derecho de familia: el test de VIH en las mujeres embarazadas y en las personas próximas a contraer matrimonio	230
3.8.3.2. Derecho laboral: el test de VIH como preocupacional	233
4. <i>El consentimiento informado del paciente con VIH previo al tratamiento: terapias cuya eficacia es reconocida y terapias experimentales</i>	234
5. <i>Conclusión</i>	236

CAPÍTULO VII
SIDA Y TRABAJO: SUS CONSECUENCIAS
PARA EL DERECHO CIVIL

1. <i>Planteo de la cuestión</i>	241
2. <i>La cuestión de los tests preocupacionales</i>	242
2.1. Principio general.....	242
2.2. Serología preocupacional inconsulta y violación al deber de información impuesto por el art. 8º de la Ley de Lucha contra el SIDA: una penosa realidad.....	242
2.3. La práctica de la serología como estudio preocupacional con el consentimiento informado del aspirante.....	243
2.4. Las consecuencias del resultado positivo.....	244
2.5. La consagración normativa del deber de no indicar la serología para VIH como test preocupacional.....	246
3. <i>El SIDA como accidente o enfermedad accidente y el inicio de acciones judiciales por ante la justicia civil</i>	247
3.1. Consideraciones generales.....	247
3.2. La jurisprudencia.....	248
3.3. El SIDA como accidente de trabajo en los profesionales de la salud. Normas de bioseguridad y consecuencias de su incumplimiento.....	250
3.3.1. Medidas preventivas.....	251
3.3.2. Medidas a tomarse con posterioridad a la ocurrencia de un accidente.....	252
3.3.3. Los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y el seguro.....	253
3.4. Soluciones propuestas desde ámbitos ajenos al del derecho de daños.....	253
4. <i>El despido por discriminación</i>	255

CAPÍTULO VIII

¿CONSTITUYE EL "TEMOR A CONTRAER SIDA"
UN DAÑO RESARCIBLE EN EL DERECHO ARGENTINO?

1. <i>Los términos del problema</i>	261
2. <i>La cuestión en los Estados Unidos</i>	261
2.1. El temor a contraer SIDA y el temor a contraer cáncer: aspectos comunes.....	262

2.2. El temor al contagio de SIDA por vía sexual	265
2.3. El temor al SIDA y el trabajo	267
2.4. El temor a la atención por parte de un profesional médico infectado	269
2.5. El temor a la atención de pacientes infectados	271
2.6. El temor a recibir transfusiones sanguíneas	272
2.7. El temor a contraer SIDA y la responsabilidad del fabricante de un producto elaborado	273
3. El tema en Suecia	274
4. La cuestión en la Argentina	275
4.1. El temor a contraer SIDA: ¿daño actual o futuro?, ¿daño cierto, hipotético o pérdida de chance?	275
4.1.1. El temor a un mal que no se concreta	275
4.1.2. El temor a un mal que cuenta con altísimas probabilidades de concretarse	276
4.1.3. Corolario	279
4.2. El temor a contraer SIDA como rubro indemnizable, frente a la no discriminación, como valor legalmente protegido ...	280
4.3. El caso especial del temor a las transfusiones sanguíneas ...	283
4.3.1. La situación previa a la realización del procedimiento	283
4.3.2. La situación posterior a la transfusión no querida: ¿debe indemnizarse el temor que de ella deriva?	289
4.3.2.1. Transfusión no deseada que no contamina ..	289
4.3.2.2. Transfusión no deseada que infecta	291

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

1. Prevención de daños	297
2. Reparación de daños	298
2.1. De lege lata	298
2.2. De lege ferenda	300
Bibliografía consultada	303
Listado de fallos consultados según la fuente que se detalla	311
Otras fuentes de referencia	315