

**LA INSUFICIENCIA EN LA REPARACIÓN-LA TEORÍA CLÁSICA DE LA
RESPONSABILIDAD. UNA VISIÓN CRÍTICA Y RUPTURISTA EN LA
REPARACIÓN DEL DAÑO TRANSFUSIONAL POR CONTAMINACIÓN DE H.I.V.
EN EL PERÍODO DE VENTANA**

Por Ricardo Adrián Parra

Resumen

La Reparación Civil, en su concepción actual, resulta insuficiente para compensar los daños producidos por el contagio de H.I.V., por vía transfusional en período de ventana. Las políticas de Estado tampoco alcanzan a satisfacer las necesidades de las víctimas, quienes en su gran mayoría, suelen ser ciudadanos de escasos recursos económicos y/o con las necesidades básicas insatisfechas.

La respuesta de los tribunales de nuestro país, a pesar de haber modificado el criterio de resolución en sus sentencias judiciales respecto del tema, continúa siendo excesivamente extensa y dilatando el derecho de los justiciables, quienes pueden agravar su cuadro de salud y hasta morir, durante el tiempo que transcurre entre la interposición de la demanda por daños y perjuicios y la sentencia indemnizatoria, tornando ilusorio el derecho protegido o el acceso del derecho a la salud.

El derecho comparado ha sabido entender la problemática planteada y la gravedad del tema debatido, otorgando indemnizaciones a través de fondos de garantía creados al efecto, para paliar los reclamos incoados.

Nosotros nos hemos propuesto romper el paradigma establecido en la teoría clásica de la responsabilidad civil, a través de la creación de un fondo de garantía que cubra las necesidades de las víctimas contagiadas por H.I.V., por vía transfusional – reparación civil objetiva – cubierta por el fondo a modo de compensación.

Tal vez pueda parecer a simple vista utópico, pero establecido y controlado a conciencia, creemos que puede implementarse como una buena política de Estado en la Argentina, a modo de cubrir el riesgo planteado que, hasta ahora continúa siendo una deuda pendiente en nuestra sociedad.

Abstract

The Argentine Civil Code in its current form, is insufficient to offset the damage caused by V.I.H., spread caused by blood transfusion within “window period”, neither State policies are adequate to meet the needs of the victims, who mostly tend to be low-income citizens with basic needs unmet.

The response given by our country’s courts, despite having changed the resolution criteria at the moment of judging, remains excessively delayed and adjourning justice for those who actually see how their health worsen and most even die during the time between the filing of their claim and the court’s pronouncement, rendering an illusion the protected rights, including the mented access right to health.

Compared judgement understood the issues in front of which they were standing and it’s seriousness, providing compensation through guarantee funds created for that purpose, to ensure those complaints are satisfied.

We have proposed to break the established paradigm by the classical theory of liability, through the creation of a guarantee fund to cover the needs of victims infected with V.I.H., by blood transfusion - Objective civil repair - covered by the fund as a compensation.

Perhaps, it seems an utopism but, established and controlled with consciousness, we believe it can be implemented as an excellent state policy in Argentina, just to cover the previously mentioned risk that, so far, remains as a slope in our society.

Palabras clave

Salud, Daño, H.I.V., Contagio, Reparación civil, Fondos de Garantía

Keywords

Health, Damage, V.I.H., Contagion, Civil Liability, Guarantee Fund.

1. Introducción

El concepto de salud, conforme el sentido que le atribuye la Organización Mundial de la Salud, tiene un vasto alcance, y comprende el completo bienestar físico, mental y social, superando a la mera ausencia de enfermedades. Ese bienestar de amplio espectro es garantizado por un derecho reconocido como “derecho a la salud”, de naturaleza fundamental para toda la sociedad (Peyrano, 2007).

Este derecho, de acuerdo con la jerarquizada opinión de Mosset Iturraspe (1994), es de naturaleza personalísima, y ostenta además raigambre constitucional, dado que su reconocimiento y protección se desprende de varias disposiciones de la Carta Magna (arts. 41, 42 y 75, inc. 19 y 23, etc.). Sin embargo, tal como lo señala Ghersi (1999), en el marco imperante de los valores “posmodernistas” se asiste a una contradicción entre las disposiciones que se consagran, y las actitudes que se concretan respecto de su real vigencia. Es decir que, más allá de plausibles normativas, la concreción de esos valores encuentra innumerables dificultades prácticas.

La insuficiencia de fondos públicos o su mala asignación, el encarecimiento de las prácticas médicas y el de los medicamentos (como consecuencia de la incorporación de nuevas tecnologías), la inequitativa distribución de los recursos

materiales y humanos y las desigualdades sociales y económicas de la población, entre muchos otros factores, producen que el pleno goce de este derecho no sea alcanzado por todos, ni de la misma forma, ni en similares condiciones, es decir que, tal como lo desarrollamos a lo largo del artículo, la salud no llega a todas las personas de la misma manera, presentándose en la práctica restringido a un bajo número de ciudadanos.

La situación se agrava más aún si tenemos en cuenta que algunos enfermos requieren seguimientos continuos por parte de los especialistas, y el acceso a ciertos medicamentos se dificulta debido al elevado costo de los mismos; es más, en muchos casos, éstos ni siquiera son cubiertos parcialmente por los servicios de salud (por ejemplo, por no estar nombradas las prácticas, por encontrarse comprendidos en los períodos de carencia de cobertura que no forman parte del P.M.O. -Plan Médico Obligatorio-, por insuficiencia de coberturas, etc.). Nuestro trabajo intenta resolver algunas de estas cuestiones y busca puntualizar el modo de lograr la efectiva vigencia de este derecho esencial.

Dentro del sistema jurídico argentino, al Estado le cabe un rol fundamental en la tarea de garantizar el derecho a la salud. Sabemos que tanto la Constitución Nacional como los diversos tratados internacionales se ocupan del mismo, de modo tal que la intervención Estatal queda absolutamente comprendida en dicha materia (Peyrano, 2007). Desde la perspectiva del bienestar del ser humano, el progreso científico – técnico, particularmente en el campo de las ciencias de la salud, merced a los desarrollos de la biotecnología, ha alcanzado objetivos impensables hasta hace poco más de veinte años. Tanto ha prosperado el avance científico en salud que Julián Herranz (s. f.), teorizando sobre la interrelación existente entre los derechos mencionados, destacó que el bioderecho (es decir, la relación entre la biología y el derecho) constituye hoy un campo de investigación importante, de diálogo y de compromiso científico en defensa de la dignidad humana y del derecho a la vida.

En relación con este punto, cabe señalar que, entre el amplio espectro de las especialidades médicas, posiblemente la hemoterapia y la inmunohematología son las que más ventajas han recibido del desarrollo científico tecnológico de los últimos veinte años.

En momentos en que las necesidades transfusionales aumentan día a día, se complejizan las actividades profesionales, aumentan las enfermedades y se dificultan las relaciones no sólo médico - paciente, sino también médico - legales.

La situación planteada es el daño transfusional por contaminación de H.I.V., en período de ventana. Éste se refiere al contagio producido por el virus mencionado, en el período que transcurre entre su aparición en el torrente sanguíneo del paciente transfundido y su detección a través de los análisis serológicos pertinentes, y que, en las condiciones biotecnológicas actuales, no permite ser descubierto, aun tomando todos los recaudos disponibles y con la mayor diligencia posible.

De la existencia de dicho período (también conocido en la jerga médica como “Period Window”) surgen algunos interrogantes ¿En qué medida los agentes de salud son responsables por la contaminación por vía transfusional del virus del H.I.V. / S.I.D.A., encontrándose el mismo en un período de ventana, cuando la unidad de sangre transfundida contamina al paciente sin ser detectada? Y en segundo lugar, ¿cuál es el modo o medio de reparación legal más adecuado para el paciente devenido en víctima? Desde nuestra concepción “El daño transfusional procedente de la contaminación del H.I.V. / SIDA en el período de ventana, no es resarcible desde la Teoría jurídica de la Responsabilidad Civil clásica Su reparación sería procedente a través de un fondo específico de garantía que cubra a los pacientes portadores de la enfermedad, el tratamiento, los análisis y la calidad de sobrevivida que acarrea la patología.”

2. Aspectos generales de las teorías de la aparición del sida en el mundo

El S.I.D.A. apareció como nueva enfermedad en varones homosexuales en la sociedad norteamericana, entre los años 1979 y 1981. La enfermedad se asoció con la disminución de los linfocitos T4 e inmunodeficiencia progresiva, aparición de infecciones oportunistas y desarrollo de cierto tipo de tumores. Poco después se identificaron otros grupos de riesgo como hemofílicos, receptores de sangre, pacientes en tratamiento de diálisis y drogadictos endovenosos.

El mismo padecimiento se informó en África Central de manera inicial entre heterosexuales promiscuos, y en estudios posteriores se demostró que esta enfermedad estaba ya presente en otras regiones del mundo. Al principio hubo muchas teorías sobre la causa del S.I.D.A., y aunque su primitivo origen se desconoce, parece ser que inicialmente el retrovirus, proveniente de los monos verdes, infectaba a seres humanos en África Central. En nuestro país, el primer caso registrado data del año 1982 (Patito, 2001).

Esta gran pandemia de la segunda mitad del siglo XX (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) fue descrita por primera vez en 1981, en Nueva York y San Francisco, como plasmáramos precedentemente, entre hombres homosexuales que presentaban enfermedades raras, como el sarcoma de Kaposi (enfermedad de la piel de características rojizas) y la Pnevmonía por *Pneumocystis carinii* (hoy *P. jirovecii*, que es un tipo de afección pulmonar), dándose entonces la primera indicación de que la epidemia podía haber sido causada por un agente infeccioso. La identificación de que los pacientes hemofílicos, receptores de transfusión de sangre y hemoderivados, y drogadictos por vía intravenosa, eran personas con alto riesgo a desarrollar S.I.D.A., apoyó la idea que la enfermedad era producida por un agente infeccioso transmitido a través de la sangre.

Otras fuentes atribuyen la aparición y llegada del V.I.H. / S.I.D.A. a este continente en base a todo tipo de teorías conspirativas. Es así que algunas de ellas reflejan las rutas de la infección dentro de América. El puente podría haber sido Haití, único país conformado mayoritariamente por una población negra, donde la religión es cristiana y el idioma francés. Estas características, unidas a la pobreza del país, impulsaron la emigración de los lugareños hacia otras partes del mundo, arribando en su gran mayoría a África. En un continente descolonizado y desgarrado por luchas tribales, religiosas e independentistas en las que los haitianos no se interesaban, los trabajadores haitianos eran una importante fuerza de trabajo, recurriendo a relaciones sexuales ocasionales con diferentes personas, ya sea del mismo o del sexo opuesto. Al regresar a su patria, éstos podrían haber llevado el V.I.H. en la sangre, y comenzado con las primeras vías de contagio.

Tiempo después, el turismo estadounidense al Caribe se encargó del resto, de manera que el virus salido de las selvas africanas se expandió en las décadas siguientes, llegando luego a Buenos Aires.

La idea de que Haití podría haber jugado un papel especial en el desenvolvimiento de la pandemia del S.I.D.A. está presente en el descubrimiento del V.I.H.

Poco después del reconocimiento inicial del S.I.D.A. (Gottlieb, Schanker, Fan, Saxon & Weisman, 1981), la evidencia de la alta prevalencia del síndrome entre los inmigrantes haitianos de los Estados Unidos ayudó a alimentar la especulación de que Haití podía haber sido la fuente del misterioso nuevo síndrome, recién identificado (Gilbert, Rambaut, Wlasiuk, Spira, Pitchenik, & Worobey, 2007). Desde aquel entonces ha llegado a estar claro que el agente causativo, el V.I.H.-1 grupo M, en realidad no se originó en Haití sino en África central, aparentemente en algún momento alrededor de 1930.

Otros arguyen vigorosamente que la epidemia de V.I.H. / S.I.D.A., haitiana fue inseminada desde los Estados Unidos, quizás después de que Haití se haya vuelto un destino popular de turismo sexual a mediados de los setenta. Sin embargo, estas hipótesis en competencia nunca han sido contrastadas rigurosamente, a pesar de su importancia para entender la difusión mundial y la diversidad genética del V.I.H.-1 relevante para la vacuna.

Por todo esto, somos concientes de las dificultades de conocer en profundidad la realidad histórica de la enfermedad y su estado actual; en efecto, sobre ellos han teorizado tantos investigadores, que superan ampliamente la ficción.

Sabemos también que la aparición de la pandemia del H.I.V. / S.I.D.A. tuvo una gran repercusión en el mundo, y que atravesó todos los estratos sociales en sociedades de diferente nivel de desarrollo.

Por último, cabe señalar que el H.I.V., se constituyó en objeto de estudio no solamente por parte de la medicina y las ciencias de la salud en general (incluyendo las medicinas alternativas), sino también de las ciencias sociales y humanas, tales como la psicología, la sociología, la comunicación social, la antropología, el Derecho, etc.

3. La hemovigilancia como método de control de los bancos de sangre y medida de seguridad para evitar el contagio

Si bien el presente acápite no agota las fuentes de información existentes en la materia, intentamos mostrar aquí la forma prolija y profesional como se suelen tratar los casos de dicha enfermedad en los dos puntos más álgidos del país, es decir, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Buenos Aires (conurbano bonaerense), por las razones que pasamos a considerar a continuación.

Las dos grandes urbes mencionadas concentran la mayor cantidad de habitantes del país, por lo cual la recolección de sangre por donación en los servicios de medicina transfusional hace la diferencia con respecto al resto de las provincias argentinas.

Estamos en condiciones de aseverar que los métodos utilizados no difieren prácticamente de los de otros países del mundo, ya que su fabricación es extranjera y la licencia de distribución del producto es nacional. Es decir que, en relación con los avances en la investigación del H.I.V., nuestro país se encuentra a la altura de los países tecnológicamente desarrollados.

El Programa de Hemovigilancia, implica un minucioso control en todo el proceso sanguíneo, desde su recolección, hasta la transfusión de sangre.

La Hemovigilancia es el término moderno que se utiliza para definir el sistema que permite la detección, registro y análisis de la información relativa a los efectos adversos e inesperados de la transfusión sanguínea (Sociedad Española de Transfusión Sanguínea [SETS], 2006).

Los Pioneros fueron Francia e Inglaterra y en ambos, funcionan sistemas muy diferentes en cuanto a su grado de complejidad, al tipo de complicaciones e incidentes a notificar, y al grado de gravedad de los mismos; sin embargo, a pesar de estas diferencias, los dos sistemas se han demostrado eficaces, por lo que constituyen sendos ejemplos de la utilidad e interés de los sistemas de hemovigilancia. Los informes anuales publicados por estos países y los diferentes documentos que con fines educativos y de mejora de la actividad transfusional han sido elaborados a partir del análisis de sus resultados, dan buena prueba de ello.

La publicación de la Directiva Europea de transfusión 2002/98/CE del 27/01/2003 y, posteriormente, de la Directiva sobre H.V., 2002/61/CE del

30/09/2005, marcaron un punto de inflexión en la evolución y grado de desarrollo de los sistemas europeos de H.V., ya que, lo que podía considerarse una recomendación, se convirtió más tarde en una obligación para todos los Estados miembros de la Unión. Así, se puso punto final al clásico debate en torno al carácter voluntario u obligatorio de las notificaciones de efectos adversos e incidentes de la transfusión, que lógicamente devienen obligatorias.

La primera Directiva dedica dos artículos en el capítulo V a la H.V.: el artículo 14 se refiere íntegramente a la “trazabilidad” de los componentes sanguíneos, y el artículo 15 a la “notificación de los incidentes y complicaciones graves de la transfusión”. La segunda Directiva está dedicada en su totalidad a la H.V., y en ella se despliegan de forma detallada los artículos 14 y 15 de la Directiva General.

Se entiende por trazabilidad la capacidad para identificar al receptor de cada componente sanguíneo y, a la inversa, a todos los donantes que hayan intervenido en la transfusión de un determinado paciente (SETS, 2006).

España, a través de su organización política y administrativa del Estado en Comunidades Autónomas, ha impulsado su propio sistema de H.V., concentrando a sus diecisiete comunidades autónomas.

En nuestro país, la Ley Nacional de Sangre N°: 22.990 de 1983 y su Decreto Reglamentario 375/89, establecieron los principios fundamentales de la actividad transfusional. En principio El sistema Nacional de Sangre, integrado por las autoridades nacionales, provinciales, instituciones con servicios de hemoterapia, bancos de sangre, asociaciones de donantes, plantas de hemoderivados y otras instituciones que tengan relación con la utilización de la sangre. El Organismo Rector General pertenece al Ministerio de Salud de La Nación, quien cumple las funciones de orientación, coordinación y supervisión operativa y de las relaciones interjurisdiccionales del Sistema Nacional de Sangre.

El Plan Nacional de Sangre se creó para transformar esta realidad, y utiliza como estrategias tres ejes de acción:

- a) El eje regulatorio, a través de la convocatoria de una Comisión Nacional para la actualización de la Reglamentación de la Ley 22.990 y la redacción de las Normas Nacionales de Hemoterapia.
- b) El eje informativo, mediante la unificación de registros del Sistema Nacional de Hemoterapia (planillas de datos estadísticos de donantes, receptores y prácticas) y sistematización del envío de datos desde las provincias al nivel central, para su posterior análisis.
- c) El eje educativo, que consiste en la constitución de equipos provinciales de hemoterapia integrado por médicos, técnicos, bioquímicos, comunicadores sociales y agentes comunitarios entre otros, con el objetivo de capacitarlos a fin de que desarrollen sus propios programas provinciales de hemovigilancia (Argentina. Ministerio de Salud, s. f.).

De lo expuesto, podemos colegir que en nuestro país la H.V., funciona correctamente, con profesionales que se dedican a sus quehaceres de manera denodada y responsable, aplicando las normativas nacionales, provinciales, resoluciones ministeriales, normas internacionales, etc., y con estrictos controles de la epidemia, elaborando los informes requeridos por las autoridades de aplicación del Plan Nacional de Sangre, todo ello sin la necesidad de importar ideas o acoplar normativas ajenas. O sea que, en materia de hemovigilancia, nos encontramos a la altura de otros países del mundo, tales como las naciones europeas y latinoamericanas más avanzadas tecnológicamente.

4. El complejo período de ventana del virus

Pudimos comprobar que el período de ventana aún existe, en tanto no ha aparecido hasta hoy una vacuna para impedir el contagio y/o la cura definitiva del S.I.D.A., conforme la estructura biológica del virus y su replicación dentro del organismo humano.

Dejamos establecido que el período de ventana de la infección fue acortado en gran medida, variando a lo largo del tiempo: mientras que, al momento del descubrimiento del virus, dicho período se prolongaba hasta un año, hoy, con equipos de detección viral de tercera generación, fue abreviado a veintidós días (González, 2012); con técnicas como el P24, a dieciséis días; con N.A.T., a dieciséis / once días, coincidiendo el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, que se extiende entre quince y noventa días, pero no se halló hasta el momento el “kit” de detección viral que arroje cero enfermedad o riesgo cero de contraer la infección.

En resumen, asumimos una posición de coincidencia con el tratamiento e investigación de la enfermedad del H.I.V. / S.I.D.A. tal como se realiza desde los bancos de sangre de nuestro país, y sus mecanismos de protección sanitaria; esperamos aún la eliminación definitiva del problemático período de ventana del virus.

5. La responsabilidad civil clásica y su insuficiencia a la hora de indemnizar un daño de esta naturaleza

En los puntos anteriores, dejamos establecido la importancia del buen manejo del programa sangre segura, la hemovigilancia y nuestra preocupación por el período de ventana que, aunque acortado a través de los años, aún mantiene su vigencia sin poder ser absolutamente controlado. De aquí surgen tres nuevos interrogantes a considerar. 1).- ¿Existe un responsable por la contaminación por vía transfusional del virus de H.I.V., encontrándose el mismo en un período de ventana,

cuando la unidad de sangre transfundida contamina al paciente sin ser detectada?
2).- ¿Los agentes de salud serían responsables? 3).- ¿Cuál es el medio o el modo
de reparación legal más adecuado para el paciente devenido en víctima?

Las situaciones que podrían generarse nos llevaron a pensar en un primer momento la imputación de responsabilidad civil médica (aclarando que nos referimos al médico, ya que en general éste es el primero que da la cara frente al paciente), pero refiriéndonos luego al equipo de agentes de salud en general.

Desde el aspecto jurídico, el problema se encuentra en una meseta insoslayable de “no imputación de responsabilidad por mala praxis”, toda vez que el acto médico se encuentra absolutamente validado y amparado por los protocolos mundiales de la medicina en dicha enfermedad.

Recapitulando veremos porqué los elementos de la responsabilidad civil clásica sólo nos solucionan la mala praxis médica y no los contagios de H.I.V., en período de ventana.

Nos planteamos prima facie si existe responsabilidad, si existe ¿cómo se responde? Por responsabilidad civil o por derecho de daños. Si nos centramos en el derecho de daños, éste nos lleva a revisar los elementos de la responsabilidad civil. A saber:

1) Hecho Antijurídico: Este se encuentra amparado por el art. 19 C.N., y el principio general de no dañar – *Alterum Non Laedere* – y a la vez frente al Estado, la igualdad ante las cargas públicas – principio de solidaridad, conforme lo dispuesto por el art. 16 C.N.

2) Daño: Existe daño. Es un daño cierto, subsistente, concreto, actual y futuro. Se sufre el daño porque la persona al ser contagiada por el virus del H.I.V., se ve

afectada orgánicamente por daño físico, moral y al proyecto de vida, siendo éste un daño resarcible (Bustamante Alsina, 1993).

3) Relación de Causalidad: a) Material: La relación causa – efecto se encuentra científicamente probada, ya que si transfundimos sangre contaminada con el virus, provocamos un daño; b) En cuanto a la relación de causalidad jurídica, está discutida y dividida en la doctrina nacional, ya que aquí se rompe la relación de causalidad porque el hecho aparentemente se encuentra amparado bajo un eximente de responsabilidad como lo es (el caso fortuito o la fuerza mayor) – debido a que el virus está en período de ventana y no se puede frenar el contagio -, salvo los autores que sostienen que el hecho se da por el riesgo de la cosa o la actividad y lo consideran un riesgo interno, imputando responsabilidad objetiva.

4) Factor de Atribución: A estas alturas ninguna duda queda al respecto del factor de atribución objetivo de responsabilidad civil, ya que, si fuera subjetivo, estaríamos en presencia de un caso de mala praxis profesional (es decir que, si hubiera habido detección del virus del H.I.V., no debería de haber transfundido dicha unidad de sangre y por ende el tejido líquido no se encontraría en período de ventana).

Ahora bien, siendo objetivo dicho factor de atribución, tenemos dos posibilidades: a) reparar a través de un factor objetivo de garantía (fondos de garantía), postura a la cual adherimos, y b) si el daño se produce por el riesgo o vicio propio de la cosa, en caso de inexistencia de fondos de garantía, la indemnización se vincularía entre otras normas al art. 1.113 del Código Civil y art. 40 de la ley 24.240 / 26.361 de Defensa al Consumidor.

Aquí lo que buscamos desde el derecho de daños es que no sea la víctima quien lo soporte, ya que ella no pidió ser transfundida (ésta fue una indicación médica) y tampoco asume para nosotros el riesgo de la actividad – por más que haya dado su consentimiento informado – para tal práctica de salud.

No obstante ello Bustamante Alsina (1993) señala que a través del factor de atribución objetivo de garantía, en referencia a la reparación de los daños por parte de los sanatorios y clínicas, se responde conforme la obligación tácita de seguridad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1.198, 1ª parte del Código Civil.

Nuestra postura, que a estas alturas es más que clara, coincide además en que la sangre fuera del cuerpo humano se considera una cosa, lo que no admitimos bajo ningún punto de vista es que el daño, como lo expresamos en párrafos anteriores, sea soportado por la persona infectada y sí claramente creemos que debe soportarlo un fondo de garantía específico constituido a dichos efectos.

Por lo antedicho es que sostenemos que el sistema de compensación de daños de responsabilidad civil por contaminación de H.I.V. / S.I.D.A., por vía transfusional establecido por el derecho argentino es ineficiente para la víctima, toda vez que el mismo nos lleva a incoar largas y complejas demandas que se extienden en el tiempo y, dada la lentitud de nuestro sistema judicial, continúan dilatando el derecho de las personas infectadas y no solucionando en la mayoría de los casos la necesidad concreta, real y actual del reclamante.

El tener que probar el hecho, el daño provocado, la relación de causalidad con las implicancias del mismo sistema y sus eximentes de responsabilidad alegados por el demandado (caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o culpa de un tercero por el cual no se deba responder) para eximirse de responsabilidad y atribuirle un factor de imputación, son a nuestro entender perfiles jurídicos que deben tener otra mirada a la hora de indemnizar un daño por contaminación de H.I.V., por vía transfusional en período de ventana. Estamos convencidos que la responsabilidad civil ofrece una respuesta incompleta a los peticionantes, ya que si bien el avance científico ha relevado la cronicidad de la enfermedad (hasta hace poco más de cinco años se consideraba mortal, hoy bien tratada crónica), no se encuentra descartada la posibilidad que las personas que padecen la infección

fallezcan a mitad de camino, entre la interposición de la demanda y la sentencia indemnizatoria.

A pesar de ello, nuestro problema continúa latente, ya que reiteramos, no existe a nivel mundial ningún equipo de detección serológica que nos indique cero enfermedad o riesgo cero de que las personas no se encuentren infectadas por el virus del H.I.V., o enfermas de S.I.D.A.

Es así que cabe formularnos un nuevo interrogante ¿cual sería el modo o medio de reparación legal adecuado para el paciente devenido en víctima?

He aquí el punto más álgido de nuestra visión más radical y crítica al sistema de responsabilidad civil vigente, ya que quienes se enrolan en dicho sistema, llegarían al final de su problema decretando la no reparación del daño y encorsetando al H.I.V., como un caso fortuito o fuerza mayor, encontrando un eximente de responsabilidad y cargando el peso del daño sobre la víctima, postura absolutamente cuestionable para nosotros desde el aspecto médico, jurídico y ético entre otros.

6. La respuesta de los tribunales argentinos

La jurisprudencia ha ido variando a través de los años, pero nunca fue pacífica, por el contrario la controversia de las diferentes soluciones judiciales, yacían en la suerte o la mala fortuna del juzgado en que quedara radicado el reclamo judicial, ya sea tanto en la instancia de grado, cuanto en la Cámara de Apelaciones a la que ingresara luego de interpuesto el debido recurso.

La respuesta de los tribunales encierra aristas diferentes. Jueces que apegados a la interpretación de la letra fría de la ley y absolutamente exégetas en sus interpretaciones, no toman en cuenta el factum jurídico de cada caso en

particular – a pesar de tratarse de responsabilidad civil – y en palabras de Alterini (1999), no juzgan conforme la consideración de las cuestiones de las personas, del tiempo y del lugar.

Otros que estudian a las víctimas y su vida personal en forma humillante, endilgándoles la responsabilidad de la asunción de la enfermedad.

Magistrados que se apegan, cual solución indiscutible, a la doctrina esbozada por autores como López Mesa y Trigo Represas (2004), quienes declaman por la no indemnización del daño por contaminación de H.I.V., por vía transfusional en el período de ventana, aduciendo que al revestir la cuestión una situación de desarrollo tecnológico y no poseer una solución específica, el daño no es imputable a nadie – en el caso de no poder atribuir responsabilidad subjetiva al personal de salud, ni conducta riesgosa a la víctima.

Coincidimos con Prieto Molinero (2010) en que el riesgo de desarrollo no conlleva una responsabilidad subjetiva, ya que no es atribuible a nadie más que al avance de la ciencia, y en nuestro caso específico a las ciencias de la salud, pero no con los dos autores mencionados en el párrafo anterior, toda vez que para nosotros éste debe ser cubierto en su totalidad por el Estado.

Es decir que la responsabilidad civil trasunta en la esfera objetiva de la cobertura de daños, de manera que ninguno quede sin reparar, razón por la cual no apoyamos la idea de imputarle la responsabilidad a la víctima o al profesional de la salud, en el específico y concreto caso del período de ventana de contagio del virus del H.I.V.

Asimismo, nos encontramos a diario con sentencias que rechazan demandas o distribuyen la culpa concurrentemente por la contaminación del virus

por vía transfusional.

Más allá de las decisiones judiciales, acertadas o no desde nuestra postura, debemos recordar que el derecho a la salud – y el daño por contaminación de H.I.V. por vía transfusional en el período de ventana lo integra – es un derecho fundamental, en cuya efectivización se encuentran comprometidos tanto el Estado como la sociedad en su conjunto; y en la esfera de competencia estatal, la división de poderes no puede implicar per se el apartamiento del Poder Judicial en su responsabilidad y compromiso de garantizar la vigencia de este derecho.

7. Los fondos de garantía

Los fondos de garantía que se han instalado en el mundo, a efectos de cubrir los daños que genera el contagio de H.I.V. por vía transfusional, han servido de ejemplo, a modo de poder establecer posibles soluciones a los reclamos judiciales. Naciones desarrolladas y con un fuerte compromiso social trabajan en pos de los particulares para brindarles en tan penosa circunstancia una ayuda certera, eficaz y concreta de protegerlos por parte de un Estado presente, que además reconoce sus derechos subjetivos.

En este sentido, Francia ha sido un país precursor en este tipo de situaciones, antecediendo la cobertura de fondos de garantía en accidentes de tránsito, en víctimas del terrorismo y en contaminación de H.I.V. por vía transfusional. Algunos de los sistemas de protección fueron concebidos y puestos en marcha desde hace más de tres décadas, y los restantes desde hace más de dos (Lambert-Faivre, 1999).

El fondo creado por la ley 91-1406 del 31 de diciembre de 1991, para indemnizar directamente a los pacientes contaminados de H.I.V. / S.I.D.A., por vía transfusional, es una persona de derecho público, pero cuenta en su presupuesto

con un aporte millonario de las compañías aseguradoras y reaseguradoras, su presidente en un miembro honorario o en actividad de la Corte de Casación Francesa, y el órgano principal del “Fondo” es la Comisión de Indemnización encargada de pronunciarse sobre los reclamos indemnizatorios y de administrarlo.

El fondo indemniza solo a víctimas de transfusiones sanguíneas, no a aquellos que hayan contraído el S.I.D.A., por cualquier otra causa.

Tienen derecho a la indemnización tanto los pacientes directamente contaminados por la transfusión, como sus cónyuges o los nacidos contaminados de una madre infectada por el virus del H.I.V., o que padezca la enfermedad del S.I.D.A. También se prevé la indemnización a los sucesores de la víctima y a quienes sufran daños por la proximidad, aunque ellos no estén contaminados.

El fondo indemniza los perjuicios específicos sufridos por la víctima a consecuencia de la enfermedad. Se considera como tales el acortamiento de la vida, la limitación en las relaciones sexuales y en la procreación, todos los perjuicios físicos y psíquicos sufridos, así como también las perturbaciones en la vida familiar y social.

La Ley 91 -1406, explica Graciela Medina (1994), no excluye la aplicación de los principios de derecho común, es decir los perjuicios resultantes de la contaminación del virus de la inmunodeficiencia humana causada por una transfusión de productos sanguíneos, ni el derecho de las víctimas de reclamar la reparación de sus perjuicios a los tribunales judiciales, sobre la base de derecho común. Asimismo, Viney (2007) considera que la víctima puede obtener una reparación integral de ciertos daños caracterizados por su origen, naturaleza y gravedad.

España continuó el ejemplo francés y también lo instauró dentro de su sistema jurídico. A tal nivel se elevó su interés, que ofrece pólizas de cobertura de seguros de responsabilidad civil que cubren en los casos más críticos la discapacidad de los infectados / enfermos que se encuentran impedidos de trabajar (Seuba Torreblanca, 2002). Una especie de seguro de riesgos de trabajo, semejante al argentino, cubre la incapacidad laboral transitoria y/o permanente, con la diferencia de que la contratación es por vía privada, la cobertura indiscutida y la seriedad de la relevancia en la siniestralidad indubitada.

En cuanto a Nueva Zelanda, constituye otro modelo de Estado protector y precursor de los sistemas de cobertura por fondos de garantía desde el año 1965, con la aparición del primer proyecto Woodhouse, reporte que se instaló en pequeños subsistemas para accidentes de tránsito, laborales, domésticos, etc., en una primera etapa, para concluir convirtiéndose en el gran sistema de cobertura de responsabilidad civil por daños a través de los fondos de cobertura para la totalidad de los neocelandeses (Owen, 1967).

8. El concepto de seguridad social en la Argentina y el mundo a lo largo de la historia

El concepto de Seguridad Social se ha ido elaborando y perfeccionando a lo largo de la historia de la humanidad, y tiene su arraigo en el hecho de que la concentración humana trajo aparejado también el surgimiento de múltiples relaciones que creaban “necesidades” o “intereses” de diversa índole, que no podían ser satisfechos de forma individual (Chirinos, 2009).

Desde la antigüedad, en las Sagradas Escrituras, en el Antiguo Testamento, se encuentran un sinnúmero de referencias a la necesidad de proteger a los necesitados.

Así es que aparecen formas solidarias de protección, como producto espontáneo de grupos que, aunando esfuerzos, socorrieron a los individuos que estaban afectados por alguna necesidad determinada de antemano o que debían satisfacer algún interés también prefijado.

La historia da cuenta de que, en sus orígenes, “La Collegia Funeraria Romana” en la antigüedad, y luego “La Comunidad de San Vicente de Paul” en la Edad Media, fueron algunas de las corporaciones que hicieron hincapié en la ayuda a los pobres, huérfanos, viudas, ancianos y enfermos.

En América Latina, encontramos la expresión “seguridad social”, en documentos que refieren que ésta fue utilizada por Simón Bolívar en el año 1819, donde se señala que, para que un sistema de gobierno sea perfecto, debe producir mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad y mayor suma de estabilidad política.

En el siglo XIX, alrededor de la década del ochenta, apareció como actividad estatal cuando el canciller prusiano Bismark inició una etapa que aún perdura, en la cual el Estado intervenía para cubrir las contingencias de los trabajadores (accidentes de trabajo), como gran asegurador, cuyas primas eran afrontadas por los empleadores y trabajadores. Allí nació el concepto de Seguro Social.

Estados Unidos y la época del New Deal, de la mano del presidente Roosevelt, configura otro de los antecedentes de políticas intervencionistas, asumiendo ante la sociedad norteamericana la superación de la gran crisis económica del momento (Manijar, 2002) (Chirinos, 2009). Es así que, con los poderes especiales otorgados por el Congreso al presidente, se promulga la Ley FERA (Ley Federal de Ayuda de Emergencia), estimulando al país a tomar medidas contra la gran desocupación, promulgando poco tiempo después la ley de seguro

social que establecía seguros contra el desempleo, pensiones a la vejez y a la invalidez.

Inglaterra a su turno, perfeccionó el concepto de seguridad social, luego de la Segunda Guerra mundial.

Si bien es cierto que la seguridad social maneja un lenguaje propio, no es menos cierto que el triple aspecto en el que debe entenderse a este derecho, al decir de Chirinos (2009), comparte las bases con casi todos los estamentos mundiales que conforman los pilares donde se asienta la propia seguridad social. Ellos son: la disciplina científica, el sistema técnico (administrativo, jurídico, económico, etc.) y la práctica social (expresión de la justicia social y en general de la ética social).

A partir de Bismark y Beveridge, se abren dos grandes líneas sobre las que se estructuran los sistemas de la seguridad social: una, en base al seguro, que tiene su expresión concreta en que el derecho al goce del beneficio está precedido de la obligación contributiva; y la otra, expresión de la actividad política del Estado, que, al decir de Aristóteles, pretende “el bien principal de todos” (Chirinos, 2009).

Los sistemas descriptos no son antitéticos; por el contrario, ambos coexisten en el régimen argentino, ya que la contribución de los ciudadanos y la retribución del Estado son las dos caras de una misma moneda, por cuanto coadyuvan para formar y sustentar un buen sistema de seguridad social con tintes asistenciales y contributivos.

No obstante lo descrito, creemos necesario plasmar algunas de las definiciones con las que los autores han conceptualizado a la Seguridad Social. Es así que Ángel Guillermo Ruiz Moreno (1997) considera que la seguridad social debe proporcionar a cada persona, a lo largo de su existencia, los elementos necesarios

para conducirla dignamente, dando lugar a que todos accedan a la educación para desempeñar luego un trabajo socialmente útil y productivo, priorizando el aspecto salubridad y la integridad física del ser humano. Asimismo, debe garantizar también que éste tenga ingresos suficientes para quedar cubierto de la indigencia, cuando por alguna circunstancia no pueda trabajar.

Leonardo Cañón Ortégón (2007) concibe a la seguridad social desde la óptica de la Constitución Política de 1991 de Colombia, y afirma que es un derecho irrenunciable de todos los habitantes, con el carácter de servicio público obligatorio, sujeto a la dirección, orientación y control del Estado, que debe desenvolverse de acuerdo con los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia.

Manuel Alonso Olea (1985) la define como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra los riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por más óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan.

Para Lino Bernabé Chirinos (2009), nuestro referente argentino en materia de seguridad social, ésta es el sistema integrado por elementos técnicos de diferente naturaleza, con fundamento en la ética social, cuyo objeto es crear las garantías necesarias para mantener el mismo grado de dignidad de la persona y del grupo familiar a su cargo frente a contingencias que la puedan afectar, desde el seno materno hasta su muerte.

Luego de esta recorrida por la legislación nacional y por algunos ejemplos del derecho comparado, consideramos que los casos de contaminación por H.I.V. por transfusiones sanguíneas durante el periodo de ventana deben ser soportados e indemnizados a través de un “Fondo de Garantía”, que asegure a las personas infectadas la reparación integral por el contagio, a más de un tratamiento continuo y

seguimiento de la enfermedad con sus respectivos controles médicos, de laboratorio y el otorgamiento de la medicación en forma gratuita.

Nuestra postura está más que definida y no se enrola en las filas del subjetivismo; es decir, no se trata de buscar a quien haya cometido la conducta dañosa mediante culpa o dolo. Por el contrario, compartimos la tesis objetiva de la responsabilidad civil, esto es, perseguimos que ningún daño quede sin reparar mediante la cobertura de “fondos de garantía”, una especie determinada de seguridad social bien entendida, con administradores responsables, comprometidos en la lucha contra el S.I.D.A., y con la consiguiente responsabilidad civil y/o penal del funcionario público, en caso de omitir la realización de aquellas tareas que le fueron encomendadas (postura minoritaria de Legisladores Nacionales en la sanción de la nueva ley 26.944/14 de limitación de Responsabilidad del Estado).

Ejemplos de cobertura a través del derecho de la Seguridad Social en nuestro país son, entre otros, la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.S.E.S.), Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.), Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (A.F.J.P.), Programa de Atención Médica Integral (P.A.M.I.) para jubilados y pensionados, etc. Pero conforme nuestra opinión, el sistema más cercano al que estamos proponiendo en nuestro artículo es el de la Ley de Riesgos de Trabajo (24557, reformada por Ley 26773).

En ella podemos encontrar la coexistencia de sistemas tales como los que hablamos en los párrafos precedentes, la asistencia social y la contribución. Conforman el sistema de seguros de riesgos del trabajo la contribución de los empleadores que por ley están obligados a contratar una compañía de seguros, y la asistencia que la aseguradora presta cuando sucede un evento dañoso y es pasible de cobertura por dicha ley, por configurar una de las contingencias cubiertas por la misma. Es allí donde observamos las prestaciones médicas ofrecidas y cubiertas, la

atención y el tratamiento, la cobertura de salarios caídos y la indemnización de las incapacidades permanentes o transitorias.

De todas formas, a nuestro entender y bajo la concepción personal respecto de la Seguridad Social en su estadio más puro (en términos de la Teoría de León Duguit), deberíamos formular una serie de cambios a nuestro sistema, ya que consideramos que la ayuda social en su concepción asistencialista debe partir exclusivamente del Estado, a través de un Estado Gendarme que colabore sin contraprestación en el caso específico de la contaminación de H.I.V. por transfusiones sanguíneas.

Es claro que nuestro objeto de estudio se limita solamente al virus del S.I.D.A., siendo que por vía transfusional y por el torrente sanguíneo, pueden contagiarse otro tipo de virus o bacterias, pero claro está que con el avance científico de los últimos años, el Chagas, la Brucelosis, la Hepatitis “B” / “C”, el Citomegalovirus, etc., tienen una mayor proyección de respuesta combativa, tanto orgánica, cuanto médica. Es así que, en la generalidad de los casos y en opinión de médicos especialistas, los tratamientos a estas enfermedades tienen cura, no ocurriendo lo mismo con el virus del S.I.D.A.

Conocemos a ciencia cierta que el Estado, a través de la asistencia pública de nosocomios especializados, tales como algunos sitios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como el Hospital Dr. Juan Antonio Fernández, el Hospital Dr. Francisco Javier Muñiz, el Hospital Universitario de Clínicas José de San Martín, el Instituto Carlo G. Malbrán, el Hospital de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez y el Hospital de Pediatría Dr. Juan P. Garrahan, entre otros, realizan los testeos de detección viral en forma gratuita, intervienen en las consultas a través de sus especialistas en infectología y hoy en día en S.I.D.A., otorgan la medicación en forma gratuita, pero aún, con toda la cobertura descrita, nuestro plan de cobertura integral no está finalizado.

En nuestra opinión, debería formarse una dirección abocada específicamente a cubrir los reclamos que surjan de la contaminación de H.I.V. por vía transfusional, en un principio, guardando la posibilidad a futuro de extenderla a todos los posibles contagios por la misma vía.

De esta forma, evitaríamos los tediosos e innecesarios reclamos judiciales que, en principio ponen en tela de juicio la idoneidad profesional de los agentes de salud por una parte y, por la otra soslayaríamos la vergonzosa manera como, en pos de la etapa procesal probatoria a la hora de dirimir un reclamo judicial, los tribunales indagan acerca de la vida sexual o amorosa de los ciudadanos, sus costumbres o gustos, o en qué medida se adaptan a lo que muchos entienden por “correcta”.

Nada más vejatorio desde nuestra forma de pensar que tratar de develar la vida privada de las personas como lo hacen muchas veces los operadores jurídicos de nuestro país, según lo observamos a lo largo de los años con la vasta jurisprudencia producida en el tema, dejando de lado el art. 19 de la Constitución Nacional, que sostiene como principio rector el derecho a la intimidad.

De esta forma, y reafirmando nuestra propuesta, consideramos que el mecanismo correcto para paliar los efectos de la enfermedad sería la creación de una institución dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, y por carácter transitivo extenderla a todas y cada una de las provincias del territorio nacional, a efectos de recepcionar la denuncias correspondientes, ante la sospecha o aparición de sintomatología o seropositividad del donante / paciente, ante el nosocomio atendido. Más tarde, el centro asistencial debería confirmar la positividad de la reacción, tomando nuevas muestras de sangre al paciente por dos métodos diferentes de screening (descarte) de alta efectividad, confirmarlo con un método de diagnóstico y elevar la planilla al Ministerio, solicitando la derivación del paciente al centro asistencial más cercano a su domicilio para ser atendido gratuitamente.

Allí debería otorgársele la medicación necesaria, las consultas, el tratamiento y la correspondiente indemnización que podría estar tarifada por un baremo estatal, como lo han establecido por ejemplo para la indemnización de las lesiones en la Ley de Riegos del Trabajo.

Demás está decir que ni los profesionales de la salud ni los centros asistenciales deberían responsabilizarse por la replicación viral del virus del H.I.V., que hasta la actualidad continúa siendo un flagelo imposible de combatir a lo largo del mundo.

La prensa escrita, radial y televisiva refleja a diario la ineficacia del sistema establecido, haciéndose necesario un cambio radical, que debiera girar ciento ochenta grados si se pretende que sea eficaz.

Por todo ello consideramos que debemos de dejar la necesidad de lado, los conflictos acarreados por la política y la economía que secundan al compromiso de tan denodada tarea, y si bien, la cobertura o tarea social de un Estado no debe circunscribirse solamente al aspecto sanitario y específicamente al S.I.D.A., consideramos que en nuestro país deberían destinarse más fondos públicos, afectados obviamente a través del presupuesto nacional cada año, en pos de la creación de un fondo de garantía específico para paliar la situación de todos aquellos que aún hoy continúan deambulando por las calles, los hospitales y los ministerios solicitando ayuda para acceder a un tratamiento, para poder lograr calidad de sobrevivida y para no ser discriminados ni apartados del sistema.

9. Conclusión

Dado que la transfusión de sangre humana hacia un enfermo significa muchas veces la consecución de la vida, o el tratamiento indicado para que viva hasta el día de su muerte en las mejores condiciones posibles, pusimos énfasis en el

tema extremado al máximo los mecanismos de bioseguridad dentro de los bancos de sangre, apuntando al acto pre-transfusional como primera medida, y después al acto transfusional propiamente dicho.

Ante el imparable crecimiento del gran flagelo mundial del H.I.V. / S.I.D.A., aparecido entre las últimas décadas del siglo XX, y continuando su evolución a lo largo del siglo XXI, vamos a reflexionar con respecto al avance tecnológico médico en pos de combatir tan cruel enfermedad.

Desde el punto de vista de la medicina transfusional, nos encontramos frente al siguiente problema: el virus del H.I.V. (Virus de Inmunodeficiencia Humana) generalmente coloniza a un grupo de células del organismo; una vez ingresado en él, las infecta, muta, es decir, modifica su conformación estructural, y emigra a otro grupo de células de otro órgano del cuerpo infectado, debilitándolo de tal manera que el paciente llega a padecer una inmunosupresión generalizada y contrae la enfermedad del S.I.D.A. o Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

No obstante ello, desde su aparición en el torrente sanguíneo hasta la detección del mismo a través de los análisis serológicos pertinentes, nos encontramos con el llamado "Period Window" o Período de Ventana, que precisamente favorece la replicación viral sin ser detectado por los kits de análisis de última generación. Allí surge un gran inconveniente, en tanto los profesionales intervinientes en el acto transfusional, en pos del ejercicio profesional, pueden estar transfundiendo pacientes con unidades sanguíneas que contengan el virus sin haber sido detectado.

Las situaciones que podrían generarse nos llevaron a pensar la imputación de la responsabilidad civil médica, conjuntamente con el obrar profesional y la infección que contrae el paciente, quien podría contagiarse la enfermedad del S.I.D.A., con las gravosas consecuencias que conlleva.

La pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿en qué medida los médicos son responsables por la contaminación por vía transfusional del virus del H.I.V. / S.I.D.A., encontrándose el mismo en un período de ventana, es decir, lapso de tiempo en el cual los exámenes serológicos para la detección viral arrojan resultados no reactivos, y sin embargo la unidad de sangre transfundida contamina al paciente sin ser detectada? Sabido es que una vez que la sangre pasa correctamente los controles serológicos de laboratorio se encuentra apta para ser utilizada, con lo cual entraríamos desde el punto de vista jurídico en una meseta insoslayable de “no imputación de responsabilidad”, toda vez que el acto médico se encuentra absolutamente validado y amparado por los protocolos mundiales de la medicina en dicha enfermedad.

Las nuevas investigaciones tecnológicas intentan la implementación de equipos de detección viral que reducen en la actualidad a cinco días de tiempo la ventana virológica. Su pronta implementación tanto en la medicina privada, cuanto en la pública en forma global debiera haber ocurrido en el área sanitaria aproximadamente a finales del año 2010, circunstancia que no todavía no sucedió ya a fines del año 2014, así que nos resta concluir que el período de ventana, aún con las más altas tecnologías de biología molecular y N.A.T., queda fijado por el momento en aproximadamente dieciséis días.

A pesar de ello, nuestro problema continúa latente, ya que no existe a nivel mundial ningún equipo de detección serológica que indique cero enfermedad o riesgo de que las personas / pacientes no se encuentran infectados por el virus del H.I.V., o enfermos de S.I.D.A.

De esta manera no se configuraría un caso de reparación en virtud de la responsabilidad civil, ya que no habría en el acto médico debidamente realizado un agente interviniente e individualizado a quien imputarle culpa o dolo, no pudiéndose probar el hecho ilícito en sí. Quienes bregan por la postura subjetivista de la teoría

de la responsabilidad civil llegarían al final de su problema decretando la “no reparación del daño”, postura por otra parte cuestionable desde el punto de vista médico, jurídico y ético.

Lo expuesto nos demuestra la urgente necesidad de motorizar cambios en la realidad actual y tratar de encontrar las respuestas o posibles soluciones al flagelo del S.I.D.A. Es por ello que la inminencia de las soluciones incrementa la necesidad constante de la investigación continua. Avances que no solamente cubren los aspectos médico asistenciales, sino también jurídicos.

Es dable destacar que nuestro país se ha puesto a la altura de las grandes potencias mundiales, en cuanto a tecnología y medicación para combatir la infección o la enfermedad. La hemovigilancia nos ha dado una gran ventaja sobre la enfermedad, toda vez que extremamos al máximo los cuidados, testeos, controles a nivel interno, luego zonal, posteriormente regional y por último a nivel nacional. De hecho contamos con el Plan Nacional de Sangre.

También hemos observado que la legislación es vasta en el tema. El Estado contiene a los enfermos, pero ellos deben realizar una gran cantidad de trámites burocráticos para ser atendidos, diagnosticados y tratados, y conseguir ayuda para solventar la onerosa medicación compuesta por antirretrovirales.

Nos propusimos destacar que si bien los Estados realizan tareas preventivas y de protección a las víctimas, las mismas son insuficientes. Basta con realizar un recorrido por la prensa gráfica de nuestro país, para cotejar los reclamos de los ciudadanos que incesantemente imploran ayuda social, contención y protección. Esta protección, propia de un Estado gendarme, dejó de serlo en la Argentina desde hace más de dos décadas, no asegurando el acceso a la salud a todos los ciudadanos por igual.

Analizamos también algunos aspectos del derecho comparado, y en particular, los sistemas protectorios que funcionan en España, Francia y Nueva Zelanda.

Francia fue el precursor en la creación de pequeños sistemas de fondos de garantía, primero para las víctimas de accidentes de tránsito, luego de acciones terroristas, y por último, entre otras enfermedades, de los contagios de H.I.V. o S.I.D.A. por vía transfusional.

España, en consonancia con otros países miembros de la C.E., siguió en el ejemplo a Francia, y a través de las directivas posee seguros de responsabilidad civil por incapacidad para las víctimas del contagio del virus y fondos de garantía para paliar tan cruenta situación social.

En cuanto a Nueva Zelanda, desde el año 1965 aproximadamente, con el *Woodhouse Report*, creó un sistema basado estrictamente en fondos de compensación por daños, en los cuales se encuentra incluido obviamente el derecho a la salud. Un sistema serio, cierto, puesto en práctica desde hace más de cuatro décadas, altamente recomendable y funcional a la sociedad.

Todo esto nos llevó a concluir parcialmente a lo largo de nuestro artículo en que, para nosotros, la mejor solución posible en los albores del siglo XXI y mientras el flagelo del H.I.V. / S.I.D.A. nos siga azotando, sería la implementación de los fondos de garantía para solventar las miserias sociales, económicas y corporales a las que se encuentran sometidas las víctimas de contagio del H.I.V. por vía transfusional.

El tema específico de los fondos de garantía, en nuestra concepción, tiene que ver exclusivamente con que no adoptamos (a diferencia de otros autores) la responsabilidad objetiva del fabricante por el riesgo de desarrollo.

Es muy atinado en este punto, y casi finalizando las conclusiones dejar aclarado que, independientemente de los conceptos vertidos en otras obras respecto a la baja incidencia del contagio del virus por la vía transfusional, continuamos insistiendo que el período de ventana no es una cuestión menor; por el contrario, es el causante máximo de todos los problemas que surgen en el aspecto médico e impactan en el jurídico, ya que las personas siguen lamentablemente contagiándose por otras vías tales como las drogas, el sexo y la vía materna en algunos casos, y llegan a las salas de donación de los bancos de sangre, las que, por más controles que se realicen, en algunos casos los donantes mienten, en otros desconocen que están infectados, y entre la mentira y la ignorancia se encuentra en muchas ocasiones el famoso período de ventana del virus del H.I.V.

Asimismo, se nos podrá preguntar porque remarcamos en todo momento un fondo de garantía solamente para el caso de H.I.V. por la vía transfusional. Sencillamente, primero porque por la vía sanguínea las infecciones se diseminan en el organismo de una forma estrepitosamente veloz, y segundo, porque el resto de los virus, bacterias y hongos que puedan transmitirse por medio de la transfusión, tienen tratamientos eficaces y a veces hasta la cura de la enfermedad, un período de ventana extremadamente corto o controlado y la cuasi seguridad de que los resultados de laboratorio son coincidentes con las manifestaciones clínicas del enfermo, siendo el gran rebelde – a modo de suavizar la gravedad del tema – el H.I.V.

Por último consideramos que cuidarnos en extremo, respetarnos, estar bien representados y reclamar por nuestros derechos no debe hacernos sentir en falta, sino por el contrario, debe fortalecernos y ayudarnos a seguir construyendo una Argentina más justa, solidaria y comprensiva de todos aquéllos que sufren este mal, quienes, lejos de ser responsables de una conducta reprochable, desprolija, ingenua e ignorante, son víctimas de una gran desgracia personal.

Algunos dirán que nuestro trabajo es una utopía. Para ellos, vale la célebre cita que hace Eduardo Galeano de Fernando Birri (“El padecimiento”, 2005): “¿Para qué sirve la utopía? Ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar”.

Millones de seres humanos dependen de nuestras caminatas. Cada uno de los casi cuarenta millones de personas en el mundo, muchas de ellas en nuestro país, que requieren tratamiento y que no pueden acceder a él, cada niño que nace con H.I.V., cada persona que es discriminada, perseguida, ignorada, olvidada, estigmatizada y descartada de los circuitos sociales y laborales que frecuentaba antes de ser H.I.V. positivo, por el hecho de pertenecer a un grupo vulnerable o luchar por los derechos que nos corresponden, en una tarea de todos.

Nuestra ilusión y meta es que no decaiga el esfuerzo mundial, ahora que sabemos que podemos darle batalla a este mal. Al decir de Michel Sidibé, ciencia sin activismo es igual a pensamiento sin acción (Cahn, 2011). Ese es nuestro gran desafío.

10. Bibliografía y fuentes de información

10.1 Bibliografía

Alonso Olea, M. (1985). *Instituciones de la seguridad social*. Madrid: Civitas.

Alterini, A. A., y López Cabana, R. (1999). *Temas de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Baselga, P. (s. f.). *Para la Independiente Digital*. Recuperado de www.elproyectomatriz.wordpress.com/.../experimentación-armas-biológicas

Bergoc, R. M. (noviembre 1987). SIDA, un desafío para nuestra sociedad. In *Informes Bioquímicos*, 4 (6), 1-4.

Bueres, A. J. (1992). *Responsabilidad civil de los médicos: derecho de daños en la actividad médica*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bugarin, G. (2009). El derecho a la salud y a no ser discriminado. Recuperado de <http://www.docsalud.com/artículo/2920/vih>

Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. (9º ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cahn, P. (agosto de 2011). De realidades y utopías: treinta años de la lucha contra el sida. In *Actualizaciones en SIDA*, 19(73), 65-66.

Cañón Ortegón, L. (2007). *Una visión integral de la seguridad social*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Chirinos, L. B. (2009). *Tratado de la seguridad social*. Buenos Aires: La Ley.

Duran, A., y Bloch, C. (diciembre de 2009). *Respuesta al VIH-SIDA en Argentina*. Recuperado de www.saludinvestiga.org.ar/rasp/articulos/.../RASP-intervenciones-VIH.pdf

Dybull, M., Connors, M. y Fauci, A. (2006). Inmunología de la infección por VIH. In Mandell, G., Bennett, J., y Dolin, R. (eds.). *Enfermedades infecciosas* (pp. 1527-1546). Madrid: Elsevier.

Engelhardt, H. T. (1995). *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Paidós.

Falistocco, C., Iglesias, M., Wellwe, S., Silva Nieto, F., Adaszko, A. y Ziaurriz, C. (agosto de 2011). V.I.H. –S.I.D.A.: a 30 años. El estado argentino y la

respuesta a la epidemia. In Sociedad Argentina de Infectología. *Actualizaciones en SIDA*, 19 (73), 92-93.

Fresquet Febrer, J. L. (2010). *Epónimos y biografías médicas. Karl Landsteiner (1868-1943)*. Recuperado de <http://www.historiadelamedicina.org/pdfs/landsteiner.pdf>

Galdos, J. M. (setiembre 2004). Mala praxis médica y responsabilidad del Estado por el funcionamiento del hospital público. In *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, VI(VIII), 88-119.

Galeano. E. El punto de vista. Entrevista a Eduardo Galeano (noviembre 2005). Recuperado de <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=23070>

Galeano, E. La utopía. Recuperado de http://www.literato.es/eduardo_galeano_la_utopia_esta_en_el_horizonte/

García Garnica, M. del C. (2006). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*. Navarra: Arazandi.

Garrido Cordobera, L. M. R. (1995). *Bioética, sociedad y derecho*. Buenos Aires: Lena.

Garrido Cordobera, L. M. R. (2009). *Los daños colectivos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Garrido Cordobera, L. (2010). *Los riesgos de desarrollo en una visión comparada: derecho argentino, derecho español*. Madrid: Reus.

Gherzi, C. A. (1999). Los derechos personalísimos en la posmodernidad. In Kemelmajer de Carlucci, A., y Lopez Cabana, R. M. (dir.). *Derechos y garantías en el siglo XXI* (pp. 163-170). Bs. As.: Rubinzal Culzoni.

- Gherzi, C. A. (1998). *Responsabilidad profesional: hemoterapeutas*. Buenos Aires: Astrea.
- Gilbert, M. T. P., Rambaut, A., Wlasiuk, G., Spira, T. J., Pitchenik, A. E. y Worobey, M. (2007). La aparición del VIH/SIDA en las Américas y más allá. In *PNAS*, 104(47). Recuperado de www.pnas.org/cgi/content/full/0705329104/DC1
- González, E. (2012). Procedimiento de citación y seguimiento en los hospitales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en donantes de sangre con serología reactiva para H.I.V.: Hospital Dr. "Fundación Francisco Santojanni" [inédito]. Buenos Aires.
- Gottlieb, M. S., Schanker, H. M., Fan, P. T., Saxon, A., Weisman, J. D., & Posalki, I. (1981). In *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 30, 250-252.
- Herranz, J. (s. f.). *La humanidad ante una encrucijada*. Recuperado de <http://www.arvo.net/incluyes/documento.php?IdDoc=6350&IdSec=633>
- Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lovece, G. (1998). Responsabilidad del hemoterapeuta. In Gherzi, C. A. (dir.). *Responsabilidad profesional* (pp. 177-191). Buenos Aires: Astrea.
- Maliandi, R. (2009). Seminario de doctorado en Derecho Privado: problemas filosóficos de la ética aplicada [inédito]. Buenos Aires: UCES.
- Lambert-Faivre, Y. (1999). La evolución de la responsabilidad civil: de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. In *Revista Responsabilidad civil y seguros*, 1999, 971-986.

- Mandell, G., Benett, J., y Dolin, R. (eds.) (2006). *Enfermedades infecciosas*. Madrid: Elsevier.
- Martínez Zurita, E. C. (s. f.). *Los orígenes del V.I.H.* Recuperado de www.cienciorama.ccadet.unam.mx/articulos_extensos/155_extenso.pdf
- Mosset Iturraspe, J. (1994). *La reforma de la Constitución*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Medina, G. (1994). SIDA y responsabilidad civil en el derecho francés y español. In *Jurisprudencia argentina, III*, 756-767.
- Merigan Jr., T. C., Barlett, J. G. & Bolegnesi, D. (1999). *Textbook of AIDS Medicine*, Baltimore: Williams & Williams.
- Owen, R. E. (1967). *Compensation for Personal Injury in New Zeland: Report of the Commission of Inquiry*. Wellington: New Zeland Government.
- Patito, Á. J. (2001). *El S.I.D.A. en la medicina legal, legislación, consideraciones éticas*. Buenos Aires: Centro Norte.
- Prieto Molinero, R. (2010). Doctorado en derecho privado: seminario de Derecho Privado IV [inédito]. Buenos Aires: UCES.
- Ríos, S. A. (marzo 2001). SIDA: la medicación gratis no resolverá el problema. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/57082-sida-la-medicacion-gratis-no-resolvera-el-problema>
- Rogel Vide, C. (2013). Curso de posgrado: cuestiones actuales de la responsabilidad civil [inédito]. Buenos Aires: Escuela Complutense Latinoamericana. Universidad Complutense de Madrid / Universidad de Buenos Aires.

- Ruiz Moreno, Á. G. (1997). *Nuevo derecho de la seguridad social*. México: Porrúa.
- Serrano Gómez, E. (2013). Curso de posgrado: cuestiones actuales de la responsabilidad civil [inédito]. Buenos Aires: Escuela Complutense Latinoamericana. Universidad Complutense de Madrid / Universidad de Buenos Aires.
- Seuba Torreblanca, J. C. (2002). *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*. Madrid: Civitas.
- Trigo Represas, F.A; López Mesa, M. (2004) *Tratado de La Responsabilidad Civil*. Tº:II. Buenos Aires: La Ley.
- Vansweevelt, T. (1992). *Le SIDA et le Droit*. Paris: Association Aides, Droit et SIDA.
- Viney, G. (2007). *Tratado de derecho civil*. Bogotá : Externado de Colombia.
- Weingarten, C., y Ghersi, C. (2009). Programa de actualización en derecho y servicios de salud (Contratos y responsabilidad médica) [inédito]. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Wierzba, S. M. (1996). *SIDA y Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

10.2 Fuentes de información

- Argentina (2009). *Código Civil* (9ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Argentina (1998). *Constitución Nacional, Código Penal y Código Procesal Penal con Leyes Complementarias y Tratados de Jerarquía Constitucional*. Buenos Aires: Universidad.

- Argentina. *Ley Nacional 22.990 de Sangre.* Recuperado de
www.fbioyf.unr.edu.ar/evirtual/mod/resource/view.php
- Argentina. *Ley Nacional 23.660.* Recuperado de
www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/62/texact.htm
- Argentina. *Ley Nacional 23.661.* Recuperado de
www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/63/norma.htm
- Argentina. *Ley Nacional 23.798 de S.I.D.A.* Recuperado de
www.legisalud.gov.ar/ley23798c.htm
- Argentina. Ministerio de Salud (2013). *Programas y planes.* Recuperado de
www.msal.gov.ar/index.php/programas-y-planes
- Argentina. Ministerio de Salud (2008). *Resolución N° 364.* Recuperado de
www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000.../norma.htm
- Argentina. Universidad Nacional del Nordeste (junio 2007). *Día Nacional de la Hemovigilancia.* Recuperado de
<http://www.semanaprofesional.com/?nota=7065>
- Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología (2007b). La sangre y sus componentes. In *Revista Argentina de Transfusión*, XXXIII (3-4), 285-315.
- Buenos Aires (provincia). *Ley Provincial 10636.* Recuperado de
www.ms.gba.gov.ar/servicios/legislacion.html
- Buenos Aires (provincia). *Ley Provincial 11725.* Recuperado de
www.labovirtual.com.ar/hemoterapia.htm

Comunidad Económica Europea. *Directiva de los Estados Europeos N° 85/374 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.* Recuperado de www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX...es:HTML

Diario Clarín (julio 2008). Por día hay 7.500 nuevos infectados con SIDA en el mundo. Recuperado de <http://edant.clarin.com/diario/2008/07/29/um/m-01725776.htm>

El origen del SIDA: la historia jamás contada (s. f.). Recuperado de www.proyectopv.org/1-verdad/origensida.htm

El padecimiento de vivir con SIDA, ser pobre y que el Estado no entregue la medicación (diciembre 2002). Recuperado de <http://www.noticiasurbanas.com.ar>

El universal (febrero 2010). *Nuevos tratamientos para VIH-SIDA son usados en Colombia.* Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/vida-sana/nuevos-tratamientos-para-vih-sida-son-usados-en-colombia>

Sociedad Española de Transfusión Sanguínea [SETS] (2006). *Guía sobre la transfusión de componentes sanguíneos y derivados plasmáticos* (3ª ed.). Palma de Mallorca: Planisi.

USA. Social Security Administration (s. f.). *Seguro Social para personas que viven con VIH/SIDA.* Recuperado de <http://www.ssa.gov/pubs/ES-05-10919.pdf>