

ORLANDO S. GONZALEZ
GUALTIERO MARTIN-MARCHESINI
MARIA CRISTINA GARAT

RESPONSABILIDAD MEDICO LEGAL EN EL SIDA

- * Aspectos Legales
- * Aspectos Médicos
- * Legislación comparada
- * Jurisprudencia y doctrina

*Prólogo del: Dr. Alberto J. Bueres
y la colaboración especial del Dr. Luis Verruno.*



EDICIONES JURIDICAS

ORLANDO S. GONZALEZ

Doctor en medicina. Médico legista y del trabajo (universitario). Médico Forense de la Justicia Nacional. Profesor de Medicina Legal y Deontología Médica de la Facultad de Medicina de la U.B.A.

GUALTIERO MARTIN-MARCHESINI

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor en cursos de post grado de medicina legal y del trabajo. Miembro de la Internacional Commission on Occupational Health; de la Asociación Médica Argentina y de la Sociedad Argentina de Medicina del trabajo.

MARIA CRISTINA GARAT

Médica especialista en Clínica Médica y Médica Legista. Miembro fundador de la Comisión de Interfuerza en la Lucha contra el SIDA.

RESPONSABILIDAD MEDICO LEGAL EN EL SIDA

PROLOGO

*Dr.: Alberto J. Bueres y la colaboración especial del
Dr.: Luis Verruno*

EDICIONES JURIDICAS

Buenos Aires

1989

I.S.B.N. 950-99019-9-7

© Copyright by *EDICIONES JURIDICAS.*

Av. Corrientes 1245 2º "D" Buenos Aires-ARGENTINA

Av. La Colmena 733 Lima-PERU

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prólogo

I. Los Dres. Orlando S. González, Gualterio Martín Marchesini y María Cristina Garat, me han conferido la alta distinción de prologar esta obra —de la cual son autores—, titulada **"Responsabilidad médico legal en el sida"**.

El Dr. Orlando S. González es médico legista y médico del trabajo (universitario), doctor en medicina, desempeñándose como médico forense en la justicia nacional de la Capital Federal. También desarrolla la docencia en calidad de profesor adjunto en Medicina Legal y Deontología, en la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Buenos Aires, y de profesor del Curso Superior de Médico Legistas para la asignatura Medicina Legal Laboral.

El Dr. Marchesini es abogado y escribano, doctor en jurisprudencia, ha dictado en calidad de profesor diversos cursos pos-gradado sobre Medicina Legal y del Trabajo, e integra como miembro la **International commission on Occupational Health**, la **Sociedad Argentina de Medicina del Trabajo** y la **Federación Interamericana de Abogados**. Asimismo, es autor de trabajos sobre temas médico-jurídicos publicados en revistas especializadas de Argentina, Brasil y otros países.

A su vez, la Dra. Garat es médica especialista en clínica médica y médica legista, y miembro fundador de la Comisión de Interfuerza en la lucha contra el Sida.

Por último, cabe destacar en la estructuración de la obra la **participación especial** de Dr. Luis Verruno, quien es doctor en medicina, médico oncólogo y legista, director del Instituto para la investigación de la filiación e identidad de las personas (PRICAI), y director del primer centro argentino de inmunogenética.

II. a) La obra se compone de cuatro capítulos y un apéndice. En el primer capítulo se trata la responsabilidad jurídica, expresión ésta que va referida —fundamentalmente— a la responsabilidad por daños.

Hemos de remarcar que en el deber de reparar medical en Francia, por ejemplo, fue emplazado en la órbita extracontractual hasta el año 1936.

Recién a partir de un divulgado fallo judicial de la Corte de Casación de 26 de mayo de este año, los tribunales franceses comenzaron a propugnar la tesis contractualista como directiva básica. Parecida trayectoria cronológica observaron los autores y la jurisprudencia italianos. En cambio, en España, la opinión doctrinal y pretoriana se mantuvo afeerrada a la tesis extracontractualista hasta la presente década en que fue mudado el criterio —por el influjo que ejerció el pensamiento de Santos Briz, Fernández Hierro, Ataz López, Yzquierdo Tolsada, Fernández Costales, etc.—.

En nuestro país, la opinión casi unánime —a la cual nosotros prestamos adhesión— aboga por la tesis contractualista como regla genérica de ubicación de la responsabilidad médica, sin defecto de que existan hipótesis de responsabilidad aquiliana (o extracontractual). Los autores de esta importante obra participan del susodicho criterio, con total

acuerdo, suministrando adecuada solución al **quid** de la naturaleza de la hipótesis resarcitoria analizada, cuestión trascendental en un sistema jurídico como el nuestro en el cual existen algunas diferencias de peso entre los ámbitos del contrato y del acto ilícito extracontractual (v. gr. la extensión de la reparación y los plazos de prescripción), y en vista de que el art. 1107 del Código Civil consagra una opción aquiliana restringida (únicamente para los casos en que el ilícito civil entraña a un tiempo un delito del derecho criminal).

b) Otro aspecto destacable en el tema es el que apunta a la distinción de las obligaciones según que sean de medios o de resultados. La división, atribuida a Demogue —de quien Le Tourneau dice sin mucho fundamento que ha sido **l'inventeur** de ella—, fue avizorada con anterioridad por juristas alemanes (Bernhoff y Fischer) y franceses (Domat, Planiol); es más, al aparecer ya existían atisbos de ella en el derecho romano.

En la Argentina, una minoría pretendió negar entidad a esta disección de los deberes jurídicos calificados, sin conseguirlo, pues casi siempre tuvo que concluir resignado la inflexibilidad de esa idea. Contrariamente, la buena doctrina —que es la hegemónica acepta la clasificación.

Nosotros siempre fuimos partícipes de este último pensamiento, y hace ya un tiempo sostuvimos que la vieja sistematización de Demogue, entre deberes de actividad y deberes de fines, no sólo ni tanto era válida para establecer el régimen de la prueba de la culpa. Entendemos que la verdadera raíz de la diferenciación, se encuentra en el hecho de que la infracción a un deber de medios apareceja **responsabilidad subjetiva**, ya que el factor de atribución es la culpa, en tanto que la violación de un deber de resultado da lugar al funcionamiento de una auténtica **responsabilidad objetiva**. En el primer caso (deber de medios) hay una culpa a probar,

o una culpa presumida **iuris tantum** desvirtuable sobre la base de la prueba de la no culpa (es decir, del cumplimiento) —al margen de que el deudor pueda fracturar la relación causal demostrando el **casus**—. En la segunda hipótesis (deberes de fines), si se demuestra la infracción dañosa solo resta al obligado la prueba de la causa ajena (la culpa queda descartada, pues no se permite la liberación patentizando ese **tertium quid** situado entre el con fin de la culpa y el **casus** que es la **no culpa** —o **ausencia de culpa**—).

Y bien; en la obra se defiende la clasificación en examen, y correctamente se asienta que el deber del médico es de medios (consideramos que esto ocurre en la inmensa mayoría de los casos). Visto así el asunto, y ante la falta de norma legal en contrario, incumbe al paciente probar en juicio la culpa galénica, y al médico demostrar que cumplió (no culpa) o que el nexo causal quedó fracturado. Esta directiva es admitida de **lege lata** por la jurisprudencia en forma unánime, y por casi toda la doctrina (con las excepciones de Mosset Iturraspe y Lorenzetti).

Sin embargo, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados del 15 de julio de 1987, estatuye que si se suscitare controversia (**rectius**: si se prueba la infracción dañosa), queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado **sin culpa** con arreglo a lo dispuesto en el art. 514 del sobredicho Proyecto. Este último precepto, define con cierta imprecisión la **no culpa**, cuya revelación no puede consistir en otra cosa que demostrar que no se incurrió en la culpa **prestable** (según la terminología de Badosa Coll). Conforme a ello, existe una presunción de responsabilidad a título de culpa del médico, que exime de la carga de probar dicho elemento subjetivo al paciente.

La doctrina nacional está dividida en lo que hace a las bondades o defectos del referido art. 1625 del Proyecto. De su parte, los autores de esta obra critican la disposición, y creen que en principio ha de presumirse "la inocencia" del facultativo.

c) En otro orden de ideas se examina la responsabilidad de los establecimientos sanitarios. Con buen criterio —y a partir del dato de que el médico no es un dependiente de la entidad asistencial en el aspecto **técnico-científico**— se coloca el supuesto en la figura de la estipulación a favor de tercero del art. 504 del Código Civil. El hospital o sanatorio, pues, asumen una **obligación de seguridad** de esencia contractual por la debida asistencia médica, a menos que sólo haya prometido el cumplimiento de deberes paramédicos. La obligación de seguridad —de la que últimamente se ocupó con tanta dedicación Roberto Vázquez Ferreyra— es también útil para hacer funcionar el deber de resarcir de una obra social. Finalmente, los autores ponderan la potencial responsabilidad del Instituto Nacional de Obras Sociales (en el régimen de la ley 22.269).

III. El capítulo II (responsabilidad médico legal), el III (aspectos médico legal y derecho laboral —rama ésta a la que ha prestado siempre especial atención el Dr. Marchesini—) y el IV (apéndice de legislación argentina y comparada, jurisprudencia y otros antecedentes), constituyen un muestrario de erudición que se plasma en la aportación de numerosos datos y de un vasto desarrollo de ideas.

IV. En resumidas cuentas; esta obra —avalada por el alto prestigio de sus autores y el Dr. Verruno—, es única en su género, y posee un gran valor por su calidad científica y

por sus alcances interdisciplinarios. Felicitamos a los participantes en la confección de dicho trabajo —cuyo éxito editorial descontamos—, y deseamos sinceramente que continúen elaborando publicaciones de esta seriedad y jerarquía

Alberto J. Bueres

*Profesor titular regular de Derecho Civil
en la Facultad de Derecho de la UBA.
Miembro del Instituto de Derecho Civil
de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales.
Juez de la Excm. Cámara Nacional
de Apelaciones en lo Civil
de la Capital Federal.*

INDICE GENERAL

PROLOGO.	5
------------------	---

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD JURIDICA

§ 1. Introducción.	19
§ 2. Características.. . . .	22
§ 3. Responsabilidad jurídica del médico ante el enfermo de sida por "mal praxis"	29
§ 4. Responsabilidad jurídica del establecimiento asistencial.	39
§ 5. Responsabilidad jurídica de las obras sociales.	47
§ 6. Aspectos jurídico laborales.	50
§ 7. Casos jurisprudenciales.	53
a) Guantes.	53
b) Contagio homosexual.. . . .	54
c) Visita conyugal.	54
d) Revelación del nombre del donante.. . . .	55
e) Contagio de un médico.	55

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD MEDICO LEGAL

§ 1. Introducción.	61
§ 2. Banco de sangre.	65
a) Los dadores.	68
b) De los receptores.	69
c) Del personal de sanidad.	70
d) La información.	70
e) Del material biológico.	71
f) Responsabilidad profesional.	72
§ 3. Personas que ingresan y egresan al país.	73
a) Principios básicos.	76
b) Opciones propuestas.	78
§ 4. Secreto médico.	80
§ 5. Comunidades cerradas o semi cerradas.	84
a) Sobre las reclusiones	88
§ 6. Trabajadores de la sanidad.	96
§ 7. Certificado prenupcial.	99
§ 8. Reconocimiento médico de la clase.	100
§ 9. Odontología	100
§ 10. Madre y embarazo.	103
§ 11. El infectado.	104
a) Informe al paciente.	105
b) Denuncia a la autoridad sanitaria.	106
§ 12. Autopsias.	114
§ 13. El enfermo.	115
§ 14. Reivindicación moral.	117
§ 15. Obras sociales - INOS -	
Seguro de salud.	118
§ 16. Situaciones asistenciales especiales.	120
§ 17. Los derechos humanos	121
§ 18. Aspectos psiquiátricos	123
§ 19. Legislación comparada	124

CAPÍTULO III

ASPECTOS MEDICO LEGAL, LABORAL Y SIDA

§ 1. Sida y trabajo.	127
§ 2. Sida y profesión.	129
a) Grupo asintomático.	132
b) Grupo sintomático	132
§ 3. El sida y la justicia nacional.	
Normas para su atención.	135
§ 4. Implicancia médico legal en	
patología laboral.	137
a) Exámenes médicos contemplados	
en la ley.	137
b) Implicancia médico legal en los casos	
de enfermedades profesionales y	
accidentes de trabajo	143
c) Los exámenes médicos ante Seguros	
de vida y/o en casos de compra de	
automotores y/o artículos del hogar	
en planes de ahorro previo.	144
d) Situación legal en casos de pacientes	
sidóticos confirmados y que sea	
causal de despido.	144
e) Situación legal de los profesionales que	
trabajan en situaciones especiales.	144
§ 5. Ley 7229.	145
§ 6. Modelo de pericia.	147

CAPÍTULO IV

LEGISLACION

§ 1. Legislación comparada.	155
-------------------------------------	-----

a) Información legal en los casos	
de infección con el HIV.	155
— Australia.	155
— Nueva Gales del Sur.	156
— Austria.	156
— Bélgica.	158
— Brasil.	160
— Canada.	160
— Chile.	161
— China.	162
— Costa Rica.	162
— Consejo Europeo:	
(Comunidad Europea).	162
— Cuba.	164
— Dinamarca.	164
— Egipto.	164
— Comunidades Europeas.	165
— Finlandia.	165
— Francia.	166
— Grecia.	172
— Hungría.	173
— Israel.	174
— Italia.	174
— México.	176
— Noruega.	177
— Panamá.	178
— Paraguay.	178
— Perú.	178
— República de Corea.	179
— Sud Africa.	179
— España.	179
— Suecia.	182
— United Kingdom.	185
— Uruguay.	185
— Venezuela.	186

EL SIDA

15

§ 2. Legislación nacional.	187
------------------------------------	-----

APENDICE

INFECCION POR VIH

— Normas de bioseguridad.	197
— Normas de prevención para el manejo de pacientes con Sida o VIH positivos en internación.	200
— Normas para la asistencia de pacientes con Sida o VIH positiva en la UTI.	207
— Normas de atención de pacientes con Sida o VIH positivos en quirófano.	211
— Normas de atención de pacientes con Sida o VIH positivos en anestesiología.	213
— Normas de seguridad biológica para procesar muestras de sangre y otros fluidos biológicos (laboratorio).	216
— Normas de seguridad en otros servicios.	219

NORMAS BASICAS PARA LA ATENCION ODONTOLOGICA DE ENFERMOS DEL SIDA

— Historia clínica.	225
— Características que deben reunir las clínicas para la atención odontológica de enfermos de SIDA.	227
— Mobiliario dental.	227

— Limpieza y esterilización de los instrumentos no descartables.	228
— Instrumental descartable.	230
— Higiene personal.	230
— Miembros del equipo ocupados en tareas de apoyo.	232
— Normas para el manejo de lavadero.	232

BIBLIOGRAFIA.	239
-----------------------	-----