

# EL VIRUS PANDEMICO COVID 19 EN EL MARCO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO. LAS RESPONSABILIDADES QUE DERIVAN DE LA ACTIVIDAD DE LOS LABORATORIOS

---

THE COVID 19 PANDEMIC VIRUS IN THE FRAMEWORK OF THE PRINCIPLE PRECAUTIONARY. THE RESPONSIBILITIES THAT DERIVE FROM THE ACTIVITY OF THE LABORATORIES

---

**Tomás Guillermo Rueda<sup>1</sup>**

---

## RESUMEN:

Lo que importa en materia de prevención es evitar el acaecimiento del daño cuya existencia es incierta, sin consideración a que el riesgo sea conocido o no. Esto último incidirá en la razonabilidad y adecuación de las medidas a adoptar para evitar que suceda el daño injustificado. En el principio precautorio, la razonable aptitud causal de la acción u omisión está medida en base al conocimiento científico y técnico reunido hasta ese momento. El principio de Precaución es también aplicable a la previsión del Libro III, Título V, Sección 2da, ajustándose las medidas a adoptar a su particular naturaleza. La Pandemia provocada por la irrupción del virus COVID 19 engarza en el supuesto del principio Precautorio y consecuentemente el riesgo que le es propio está regido por las disposiciones del mencionado Título V, del Libro III. El supuesto del virus COVID 19 autoriza la articulación de acciones judiciales tendientes a evitar la producción de un daño cuando existe una razonable previsibilidad de que se producirá a resultas de la acción u omisión provista de una razonable aptitud causal para generarlo, en función a las circunstancias científicas y técnicas que rodean el caso. La eficaz tutela constitucional y convencional de los derechos del consumidor, conlleva que las eventuales limitaciones de responsabili-

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Profesor Titular de Derecho de Daños y Derecho de Familia y Sucesiones de la Carrera de Abogacía de la UBP; Miembro del Comité Académico Asesor de la Carrera de Abogacía de la UBP. [trueda@ubp.edu.ar](mailto:trueda@ubp.edu.ar)

dad acordadas entre el Estado y los diferentes laboratorios, no enervan el derecho que asiste al usuario consumidor de las vacunas (elaboradas para contrarrestar los efectos perniciosos del virus), para accionar por defecto de fabricación en contra de los fabricantes y proveedores de las mismas. La aplicación de esas vacunas opera como un hecho justificado para evitar un mal mayor, y en ese entonces inevitable, como resultaba ser el fallecimiento del paciente o las consecuencias altamente gravosas para su salud (Art. 1718, CCC).

#### ABSTRACT

What matters in terms of prevention is to avoid the occurrence of damage whose existence is uncertain, regardless of whether the risk is known or not. The latter will affect the reasonableness and adequacy of the measures to be adopted to prevent unjustified damage from occurring. In the precautionary principle, the reasonable causal capacity of the action or omission is measured based on the scientific and technical knowledge gathered up to that moment. The precautionary principle is also applicable to the provision of Book III, Title V, Section 2, adjusting the measures to be adopted to its particular nature. The Pandemic caused by the outbreak of the COVID 19 virus is linked to the assumption of the Precautionary principle and consequently the risk that is inherent to it is governed by the provisions of the aforementioned Title V, of Book III. The assumption of the COVID 19 virus authorizes the articulation of legal actions aimed at avoiding the production of damage when there is a reasonable foreseeability that it will occur as a result of the action or omission provided with a reasonable causal aptitude to generate it, depending on the circumstances, scientific and technical information surrounding the case. The effective constitutional and conventional protection of consumer rights means that the possible limitations of liability agreed between the State and the different laboratories do not undermine the right that assists the consumer user of the vaccines (prepared to counteract the pernicious effects of the virus) , to act for manufacturing defects against their manufacturers and suppliers. The application of these vaccines operates as a justified fact to avoid a greater evil, and at that time inevitable, as it turned out to be the death of the patient or the highly burdensome consequences for his health (Art. 1718, CCC).

PALABRAS CLAVE: Pandemia, Covid 19, responsabilidad, principio precautorio, laboratorio.

KEY WORDS: Pandemic, Covid 19, responsibility, precautionary principle, laboratories.

#### I. Introducción

Entendemos que el tema que nos ocupa encuentra su motivación en la situación pandémica que con notable repercusión nos ha tocado transitar en distintas esferas de nuestra vida de relación y, en cierta medida, manteniendo sus efectos al presente.

En ocasión de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La plata, 2017), nuestra ponencia adoptaba en una de sus conclusiones que *"El principio Precautorio encuentra acogida entre las medidas razonables invocadas en el Art. 1718, inc. b, del CCCN, sin que*

*obste a ello la existencia de una acción u omisión antijurídica como requisito para legitimar la acción Preventiva estatuida en el Art. 1711, ibidem"*

Vale su remisión porque entendemos que en parte es válidamente aplicable a la situación que nos ocupa este tema de las XXVIII Jornadas Nacionales.

La epidemia de COVID-19 fue declarada por la OMS una emergencia de salud pública de preocupación internacional el 30 de enero de 2020. La caracterización ahora de pandemia significa que la epidemia se ha extendido por varios países, continentes o todo el mundo, y que afecta a un gran número de personas.

### **Endemia, epidemia y pandemia<sup>2</sup>**

Bajo este estado de situación es conveniente recordar conceptos básicos de la ciencia médica que ayudarán a encuadrar el planteo.

Así, cabe diferenciar lo que significa y conlleva una enfermedad calificada como "Endemia" de otra "Epidemia" y "Pandemia".

#### **Endemia: una amenaza constante**

Una enfermedad que tiene lugar con regularidad en determinadas regiones se denomina endémica. Cuando una enfermedad se vuelve endémica, el número de personas que se enferman permanece relativamente constante a lo largo del tiempo.

Asimismo, el número de casos es mayor que en otras áreas, pero no aumenta con el tiempo. Durante un cierto período, aproximadamente la misma cantidad de personas contraen repetidamente la enfermedad.

Un ejemplo típico es la malaria, que afecta anualmente a 300 millones de personas en todo el mundo, mayormente en los trópicos.

Ya en mayo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) predijo que el coronavirus podría convertirse en un virus endémico. Desde entonces, las variantes delta y ómicron han demostrado cuán adaptable es el virus, al igual que la gripe.

Endémico significa que tendremos que aprender a vivir con el virus en ciertas regiones y no desaparecerá.

**Epidemia: solo en una región**

La propagación de una enfermedad se denomina epidemia cuando ocurre con una frecuencia inusual en una determinada región y durante un período de tiempo limitado. Cuando el número de casos de una enfermedad en esa región en particular supera el nivel esperado (endémico), se denomina epidemia.

Cuando la incidencia de la enfermedad está localizada, a menudo se la denomina brote.

Una epidemia ocurre, por ejemplo, cuando cambia la virulencia de un patógeno en particular: un virus muta y se vuelve más contagioso.

<sup>2</sup> DW (made for minds) Ciencia y Tecnología." Endemia, epidemia, pandemia: ¿cuál es la diferencia?" <https://www.dw.com/es/endemia-epidemia-pandemia-cu%C3%A1l-es-la-diferencia/a-60313748>

Las epidemias también pueden tener lugar cuando las enfermedades se introducen por primera vez en un área determinada. El requisito previo es que una enfermedad se pueda transmitir de persona a persona.

Un viejo ejemplo es la viruela, que se introdujo en América con la llegada de los europeos a principios del siglo XVI. Debido a que la población indígena nunca antes había estado en contacto con los patógenos, su sistema inmunológico no pudo defenderse del virus.

### **Pandemia: propagación mundial**

Si una enfermedad se propaga por países y continentes, los expertos se refieren a ella como una pandemia.

Esto significa sobre todo que el control exitoso de la enfermedad depende de la cooperación entre los sistemas de salud de diferentes países. No significa que una enfermedad sea particularmente peligrosa o mortal.

Según la OMS y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos, las pandemias suelen ser causadas por patógenos o tipos de virus emergentes. Por ejemplo, pueden ser zoonosis, enfermedades que se transmiten de animales a humanos.

Si una enfermedad es nueva para los humanos, muy pocas personas serán inmunes al virus. Las vacunas tampoco están disponibles en este caso. Esto puede llevar a que un gran número de personas se contagien.

Esto es lo que sucedió con la irrupción del virus COVID 19, causando estragos y numerosos fallecimientos.

Cuán peligrosa o mortal es la enfermedad depende del virus específico y de la salud del individuo.

Incluso si, en términos porcentuales, una enfermedad es inofensiva en la mayoría de los casos, el número absoluto de enfermedades graves durante una pandemia puede ser muy alto. Esto es simplemente porque una gran cantidad de personas están infectadas con los patógenos en general.

Una enfermedad típica que asume repetidamente proporciones pandémicas es la influenza. La pandemia de influenza de 1918, también conocida como gripe española, mató entre 25 y 50 millones de personas, más que las víctimas que dejó la Primera Guerra Mundial. La gripe porcina, el virus H1N1, también provocó una pandemia en 2009.

***Creemos que la Pandemia vivida con motivo de la aparición del virus COVID 19 es un supuesto que, por entrañar una situación novedosa para la ciencia médica, de incertidumbre tanto en sus causas como en sus efectos, merece ser contemplado desde la óptica del principio Precautorio.***

***Este principio, conforme propusimos en anterior Ponencia, está contenido en la previsión del Art. 1710, CCC, conjuntamente con el principio de Prevención.***

## II. Principio de precaución

Este principio es una directiva de política jurídica para la protección de intereses esenciales (la salud pública y el medio ambiente), que recomienda tomar medidas de conservación capaces de impedir la realización de un riesgo eventual, de una amenaza. Bajo tal situación, el principio de precaución consta de dos elementos esenciales: a) una constante que se refiere al hecho de tratarse de una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y b) como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado

El principio de precaución no tiende a frenar el progreso ni el desarrollo sino a lograr lo que se denomina *desarrollo sustentable*, por ello las medidas que se decretan en su virtud siempre tienen carácter provisorio y son reversibles, si el avance científico demuestra la inocuidad del producto

La prevención, a su vez, refiere a los daños que provienen de riesgos comprobados, es decir, cuando su existencia está demostrada o es conocida empíricamente (al punto de que en ocasiones es posible estimar la frecuencia en que se sucede), como ocurre, por ejemplo, con el riesgo nuclear, frente al cual la incertidumbre no es sobre el riesgo que se corre sino sobre la realización del daño.

Por otra parte, la precaución se aplica a los riesgos hipotéticos, que aún no se han confirmado científicamente, pero cuya posibilidad de existencia puede identificarse a partir de conocimientos empíricos y científicos, como los que representan, por ejemplo, el desarrollo de los organismos genéticamente modificados (OGM), la nanotecnología, las emisiones de los teléfonos celulares, etc.

El principio de precaución fue incorporado en Francia con la Ley de medio ambiente conocida como Ley Barnier de febrero de 1995. A grandes rasgos sostiene que:

*“El principio de precaución es aquel según el cual, la ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable”.*

## III: Admisión del principio de precaución en el Código Civil y Comercial de la Nación

### III.1. Asimilación del principio precautorio al principio preventivo

Precisamente nuestro código civil y comercial no debe ni puede desentenderse de este principio afín, común y coexistente con el de Prevención.

Estos principios tienen por finalidad evitar el acaecimiento de daños, que podrán provenir de riesgos conocidos o no, pero en ambos supuestos está presente la incertidumbre del acaecimiento del daño.

Es por ello que debe entenderse, en el ámbito del derecho privado, que las medidas razonables (efectivas y proporcionadas), para evitar que se produzca un daño, a que alude el Art. 1710, inc. b, CCC, incluye también los supuestos de aquellos riesgos carentes de certeza, pero susceptibles de generar un daño apoyado en conocimientos científicos y técnicos; siempre procurando no frustrar la actividad.

La prevención alude al deber que nos asiste de evitar causar un daño no justificado y de adoptar medidas para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud

De igual modo, no observamos incompatible que sea aplicable a los supuestos de riesgos desconocidos (como los propios del principio Precautorio). Variarán las medidas a adoptar teniendo en consideración que en un caso (Prevención) estamos frente a un riesgo conocido pero que no sabemos si acaecerá y en el otro (Precaución) nos encontramos frente a la incertidumbre de la existencia de un riesgo con sus eventuales secuelas pero que *“acorde los conocimientos científicos y técnicos del momento”* exige la adopción de medidas prematuras, efectivas y proporcionadas orientadas a prevenir la potencial realización de un daño grave e irreversible

Por ello, en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, propusimos que: *“El principio Precautorio encuentra acogida entre las medidas razonables invocadas en el Art. 1710, inc. b, del CCCN, sin que obste la exigencia de una acción u omisión antijurídica como requisito para legitimar la acción Preventiva estatuida en el Art. 1711, ibídem.”*

### **III.2. Acción Preventiva y riesgos desconocidos.**

Es claro que en la pretensión preventiva nos estamos refiriendo a la posibilidad de hacer o dejar de hacer algo que con razonable aptitud causal pueda generar ese daño no justificado, es decir analizado conforme a los estándares de causalidad adecuada, teniendo en cuenta una probabilidad y sin exigir certeza del daño.

También agregamos, ahora, que la **pretensión preventiva** puede ser admitida en supuestos de presencia de estos riesgos desconocidos pero que presumiblemente exigen la adopción de medidas preventivas.

***Lo que importa en materia de prevención es evitar el acaecimiento del daño cuya existencia es incierta, sin consideración a que el riesgo sea conocido o no. Esto último incidirá en la razonabilidad y adecuación de las medidas a adoptar para evitar que suceda el daño injustificado***

***En el principio precautorio, la razonable aptitud causal de la acción u omisión está medida en base al conocimiento científico y técnico reunido hasta ese momento***

***Con base a lo expuesto anteriormente, el principio de Precaución es también aplicable a la previsión del Libro III, Título V, Sección 2da, ajustándose las medidas a adoptar a su particular naturaleza.***

### **III.3. La aplicación de estos principios respecto al virus COVID 19. Pretensión preventiva.**

*La Pandemia provocada por la irrupción del virus COVID 19 engarza en el supuesto del principio Precautorio y consecuentemente el riesgo que le es propio está regido por las disposiciones del mencionado Título V, del Libro III*

El supuesto del virus COVID 19 autoriza la articulación de acciones judiciales tendientes a evitar la producción de un daño cuando existe una razonable previsibilidad de que se producirá a resultas de la acción u omisión provista de una razonable aptitud causal para

generarlo, en función a las circunstancias científicas y técnicas que rodean el caso.

Así y en plena expansión del virus con sus efectos perjudiciales y de desconocida secuelas a futuro, un dependiente podría ser sujeto pasivo de la acción prevista en el Art. 1711, CCC, para que adopte medidas razonables y prematuras que evite la propagación del virus en la comunidad laboral en la que se desempeña, como la propia vacunación, y sin que pueda ampararse su negativa en la previsión constitucional del Art. 19, CN.

#### **IV. Responsabilidad por productos y la actividad de los laboratorios<sup>3</sup>**

En materia de responsabilidad por productos, enmarcada en las previsiones de la ley de Defensa del Consumidor y del Código Civil y Comercial (Título 3 del Libro 3), corresponde distinguir diferentes efectos según estemos en la órbita contractual o extracontractual, como es el caso de la previsibilidad contractual (Art. 1728, CCC) que en el ámbito contractual mide su extensión resarcitoria en modo diferente según que el deudor obre con culpa o con dolo.

La responsabilidad contractual por daños derivados de productos importa la existencia de un vínculo de esa índole entre el adquirente o consumidor y el empresario demandado (fabricante, vendedor, etc.).

El daño causado por el producto puede derivar:

- a) de la lesión al interés de la prestación del consumidor. Se trata de defectos en ese producto que lo tornan inapto para el uso o fin al que estaba destinado;
- b) de la lesión a intereses del adquirente distintos de los de la prestación (extrínsecos).

En este último supuesto deviene una obligación expresa de seguridad (Arts. 5 y 6 de la Ley 24.240), alcanzados por el factor objetivo de atribución de responsabilidad (Art. 1723, CCC).

En estos casos el consumidor tiene acción contra otros sujetos que no se ha vinculado contractualmente, por imperio del Art. 40 de la Ley 24.240 (fabricante, importador), deviniendo en una responsabilidad extracontractual, procurando la reparación de daños ocasionados a su persona o bienes por los productos elaborados, incluidos conceptualmente dentro del más amplio de "cosa" (Arts. 1757, 1758, CCC y Art. 40 Ley 24.240).

En relación a los eximientes de responsabilidad por los daños ocasionados por productos elaborados, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva derivada de la intervención del producto y su introducción al mercado, corresponde admitir la ausencia de responsabilidad por el hecho de la víctima, tercero extraño o caso fortuito o fuerza mayor extraña al riesgo de la actividad desplegada.

#### **IV.2. La lesión al interés de la prestación**

El supuesto se configura cuando el defecto del producto contratado lesiona el interés de prestación del consumidor, ocasionándole un daño.

Se trata de deficiencias en el producto (en el caso particular que tratamos, la vacuna

---

3 PIZARRO, R.D. "Tratado de Responsabilidad Civil", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed, p 467 y ss

para contrarrestar los efectos del virus pandémico), que lo tornan inepto para el fin de su creación de acuerdo a su naturaleza y uso esperado conforme al curso normal y ordinario de las cosas y a sus precisiones publicitarias y prospectos utilizados para su difusión y los términos de la contratación.

Los defectos de calidad no aluden a situaciones inciertas. Proviene de fallas en la elaboración que estaban al alcance del productor o fabricante ser controladas y evitadas.

La existencia de cláusulas que liberen a los laboratorios fabricantes de toda responsabilidad que sean asimiladas por el Estado con carácter imperativo, resultan ineficaces a los consumidores de ese Estado.

Ello así dado que el Código Civil y Comercial prevé como fuente interpretativa de los derechos las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos (Art.1, CCC).

Sabemos que el derecho del consumo se asienta en el Art. 42 de la Constitución Nacional, constituyendo un límite inexpugnable que debe respetar el intérprete del código y se encuentra amparado por los dictados sobre el punto de parte de los tratados sobre derechos humanos.

El cambio de paradigma advenido con el nuevo código civil y comercial que trae consigo la novedosa herramienta de interpretación, implica la necesidad de aplicar de manera simultánea y coherente las distintas fuentes del derecho internacional (Art. 2, CCC).

*“En materia de derecho del consumidor, el dialogo de las fuentes permite asegurar a la persona humana, consumidora y lega, una tutela especial y digna, conforme los valores y principios constitucionales de protección especial, y renovar la aplicación del propio sistema constitucional, con prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, concretizando el principio “pro homine”<sup>4</sup>*

Por ello, el Art. 1121, CCC, debe entenderse siempre sujeto al manto de tutela que invade como principio a los derechos del consumidor, en particular el principio protectorio (Art.1094, CCC).

De allí, que una cláusula que replique una norma imperativa, tal como lo ha decidido el Tribunal de Justicia Europeo, pueda igualmente ser considerada inválida si violenta con su texto, la eficaz tutela constitucional y convencional de los derechos del consumidor.<sup>5</sup>

***Por ello debe entenderse que las eventuales limitaciones convencionales entre laboratorios y el Estado Nacional, no enervan el derecho que asiste al usuario consumidor de esas vacunas para accionar por defecto de fabricación en contra de los fabricantes y proveedores de las mismas.***

## **IV 2. Riesgo de desarrollo**

En el caso particular de la elaboración de vacunas por parte de distintos laboratorios y

4 BAROCELLI,S.S.”Impactos del nuevo Código Civil y Comercial. Diálogos y Perspectivas a la luz de sus principios”; ISBN978-987-42-2585-6; Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho, Sec Investigación).2016, con cita de Marquez, Claudia Lima, “Dialogo Das Fontes”, RDT,2012, p.28

5 LARRONDO, F: “El tribunal de justicia europeo y las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, II 2015-e-45.

su comercialización e introducción en el mercado, cuadra analizar el supuesto desde una óptica contractual (defecto del producto) o desde la óptica del *riesgo de desarrollo*.

El riesgo de desarrollo referencia el producto considerado inocuo al tiempo de su introducción en el mercado o bien que sus eventuales consecuencias perjudiciales no podían ser detectadas, todo a la luz del estado de conocimiento científico y técnico existentes al momento de la introducción de producto en el mercado; supuesto este último que se identifica con la situación presentada por el virus COVID 19.

Si bien “el estado de conocimiento científico y técnico” es el soporte en la pretensión preventiva para medir la razonable relación causal entre la acción u omisión del agente y la producción del daño, entendemos que, a la hora de responsabilizar por los daños a futuro que pueda generar la introducción del producto en el mercado, **corresponde un análisis previo a la discusión sobre si esos conocimientos ostentan relevancia suficiente para enervar o no la responsabilidad** (entendiendo la mayoría de la doctrina que no es incidente porque el defecto del producto ya estaba presente, sin que la ausencia de reproche subjetivo pueda alterar el fundamento de la responsabilidad objetiva atribuida al caso).

Ese análisis previo radica en determinar si estamos frente a un supuesto de antijuridicidad o si en cambio existe una eximente que excluye ese presupuesto.

En el caso de la actividad riesgosa que deviene en un daño injustificado, opera la transgresión del principio “alterum non laedere” y su consecuente antijuridicidad.

#### **IV.2. 1. Eximentes de Antijuridicidad**

Ahora bien, los sucesos trágicos presentados con la irrupción del virus Covid 19 generaron un alto índice de pacientes fallecidos y de otros por cuyo contagio se vieron afectados de diversas manifestaciones perjudiciales a su salud.

Ello aparejó la necesidad imperiosa de obtener un remedio que paralizara esa acción destructiva del virus (desconocido o controvertido en sus orígenes y en sus consecuencias a futuro).

***Bajo tales circunstancias la aplicación de la vacuna opera como un hecho justificado para evitar un mal mayor y en ese entonces inevitable, como resultaba ser el fallecimiento del paciente o consecuencias altamente gravosas para su salud (Art. 1718, CCC).***