

Carlos A. Gherzi - Celia Weingarten

Directores

Graciela Lovece - Sebastián R. Gherzi

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL HOSPITAL PÚBLICO

• EL DERECHO A LA SALUD Y LOS HOSPITALES PÚBLICOS • EL MÉDICO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO • RESPONSABILIDAD POR INFECCIONES • RESPONSABILIDAD DE PERITOS Y DEL ESTADO POR JUICIOS DE MALA PRAXIS • EL DAÑO PRODUCIDO POR ASCENSORES • CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LEY 26.378 • DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. LEY 26.529 • LEYES 26.944, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y 26.361, DERECHOS DEL USUARIO DE SERVICIO DE SALUD. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL • JURISPRUDENCIA • LEGISLACIÓN

2ª edición actualizada y ampliada

NOVA TESIS
EDITORIAL JURÍDICA

ÍNDICE GENERAL

Presentación.....7

INTRODUCCIÓN

.....9

CAPÍTULO I — EL DERECHO A LA SALUD Y LOS HOSPITALES PÚBLICOS. RESPONSABILIDAD

1. Introducción.....17

2. El derecho a la salud y el Estado.....19

3. La función de salud del Estado y su responsabilidad24

 3.1. Operatividad de las cláusulas constitucionales y tratados
 internacionales en el derecho a la salud25

 3.2. Su incidencia en materia de responsabilidad estatal26

 3.2.1. Presupuestos de la responsabilidad estatal.....32

 3.2.2. La posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la
 actuación del Estado36

4. El alcance de la indemnización37

5. Prescripción de la acción de reparación.....38

CAPÍTULO II — LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ÁMBITO PÚBLICO. EL MÉDICO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO

1. El ejercicio profesional en el ámbito público. La calidad de funcionario público41

2. Los funcionarios públicos y la prestación sanitaria43

2.1. El acto médico como cumplimiento de la función pública48

2.2. La conducta del médico como funcionario público49

2.2.1. Hechos u omisiones en el acto médico50

2.2.2. Ejercicio de sus funciones administrativo-científicas50

2.2.3. No cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales.....51

2.3. La responsabilidad en al ámbito hospitalario53

3. El deber de repetición del Estado56

4. La responsabilidad extracontractual del Estado por actuación de los funcionarios56

5. Prescripción de la acción de reparación.....58

6. Conclusiones59

CAPÍTULO III — LA HOTELERÍA EN EL HOSPITAL PÚBLICO Y LA RESPONSABILIDAD POR INFECCIONES

1. Introducción.....61

2. Infecciones hospitalarias62

3. La responsabilidad de los hospitales, obras sociales y medicinas prepagas. La obligación tácita de seguridad y la falta de servicio.....64

4. Eximentes de responsabilidad66

4.1. Caso fortuito o fuerza mayor66

4.2. Hecho de la víctima.....68

5. Agravación de la responsabilidad por incumplimiento de las normas de asepsia hospitalaria. Residuos patogénicos. Marco legal71

6. Responsabilidades específicas: directores, administradores y gerentes ...74

CAPÍTULO IV — RESPONSABILIDAD DE PERITOS Y DEL ESTADO POR JUICIOS POR MALA PRAXIS

1. Introducción: cuestiones generales respecto del perito médico judicial...77

2. La designación del perito médico judicial en casos de mala praxis78

3. La designación del perito médico judicial y el rol de funcionario público del Estado83

3.1. El proceso judicial como marco relacional de la designación del perito83

3.2. La designación del perito médico dentro del proceso su rol de funcionario judicial.....86

4. La categorización del perito médico como funcionario público.....88

4.1. La asignación al Estado de los actos de funcionarios públicos o agentes públicos.....89

4.2. Los peritos médicos integran la categoría de funcionarios públicos judiciales90

5. Las obligaciones del perito médico91

6. La nulidad del peritaje médico96

6.1. Caracterización del acto médico pericial y causales de nulidad96

6.2. ¿Cuáles serían los elementos a considerar en la fundamentación de la nulidad de la pericia médica?98

6.3. ¿Cuándo, cómo y por qué se plantea la nulidad del peritaje médico?.....99

6.4. La promoción del incidente de nulidad: formalidades.....102

7. La responsabilidad del perito médico. Diversidad de ámbitos102

7.1. La responsabilidad procesal propiamente dicha103

7.2. Responsabilidad administrativa jurisdiccional del perito médico.105

7.3. La responsabilidad civil patrimonial del perito médico.....107

7.4. La responsabilidad penal del perito médico109

7.4.1. Requisitos de preexistencia109

7.4.2. Delitos en especial.....112

8. La responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales del perito médico125

9. Conclusiones proyectivas 128

CAPÍTULO V — EL DAÑO PRODUCIDO POR ASCENSORES EN HOSPITALES PÚBLICOS

1. Introducción..... 133
 2. El ascensor como producto elaborado. Partes 134
 3. Su incorporación al hospital público. La calidad de dueño del Estado.. 135
 3.1. La obra de ingeniería civil en el hospital público..... 136
 3.2. La fabricación de un ascensor. Vehículo e ingeniería electrónica o la tecnología del movimiento..... 139
 4. La incorporación al patrimonio del Estado: especialmente Hospital Público 139
 5. El funcionamiento seguro, la obligación de conservación y de control.. 140
 6. Responsabilidad por daños causados por ascensores 141
 6.1. El art. 1758 del Código Civil y Comercial y su aplicación a los ascensores..... 142
 6.2. Los eximentes de los factores de atribución 144
 7. Los cortes de energía eléctrica por las empresas privadas..... 145
 8. La relación de causalidad. El ascensor y el daño..... 147
 9. El damnificado paciente hospitalizado..... 148

CAPÍTULO VII — CONVENCION SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LEY 26.378

1. Introducción..... 151
 2. El marco de desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad: principios generales 153
 3. El concepto de discapacidad como estado dinámico..... 155
 4. La familia y la discapacidad 156

5. Los derechos personalísimos..... 157
 6. La libertad y la igualdad real 161
 7. La vulneración de los derechos de las personas con discapacidad 161
 8. Una mayor preocupación por el derecho de las mujeres y niños 163
 8.1. El derecho a formar una familia 163
 8.2. El derecho de los niños y niñas 164
 8.3. El derecho de la mujer 166
 9. El derecho a la educación..... 167
 10. El derecho de información..... 169
 11. Derecho a la salud 170
 12. Derechos a trabajar y al empleo 172
 13. Las obligaciones del Estado..... 173
 14. La instauración de un Comité para el seguimiento en la aplicación de la Convención 177
 15. Imposibilidad de hacer reservas sobre los derechos establecidos en la Convención 181
 16. Conclusión 182

CAPÍTULO VIII — DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. LEY 26.529

..... 185
 La ley 26.529. La regulación de la relación paciente-profesionales y establecimientos 197
 1. Introducción..... 197
 2. Los derechos del paciente 197
 2.1. Asistencia 197
 2.2. Trato digno 199
 2.3. El derecho a la intimidad..... 200
 3. La obligación de confidencialidad 201
 4. Autonomía de voluntad 201
 4.1. Pacientes mayores 202
 4.2. Menores..... 203
 5. Información sanitaria..... 203
 6. El consentimiento informado (o el asentimiento informado sobre riesgos)..... 204

6.1. Requisitos de la información	205
6.2. La instrumentación de la información	205
6.3. Excepción de consentimiento	205
6.4. La revocabilidad (que no es revocabilidad).....	206
7. Directivas anticipadas	208
8. La historia clínica	208
8.1. La firma digital.....	209
8.2. La historia clínica informatizada como instrumento público o privado. Asimilación de sus efectos jurídicos.....	211
8.3. Las historias clínicas informatizadas en el proceso judicial.....	213
8.4. Titularidad	215
8.5. Inviolabilidad. Depositarios.....	215
8.6. Contenido	217
8.7. Integridad	218
8.8. Unicidad.....	218
8.9. Legitimación.....	219
8.10. Sanciones	219
9. Conclusión	220

CAPÍTULO IX — LEYES 26.944, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y 26.361, DERECHOS DEL USUARIO DE SERVICIO DE SALUD. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1. Introducción.....	223
2. Ley 26.944. Responsabilidad del Estado.....	223
3. Código Civil y Comercial	224
4. Los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales	225
5. Ley 25.361. Derechos del Consumidor.....	227
6. Requisitos del daño reparable	227
7. La extensión de la reparación del daño	228
8. Conclusión	232

CAPÍTULO X — EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO, CON ESPECIAL APLICACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Introducción.....	233
2. El principio de progresividad y no regresividad como principio general del derecho	237
3. La evolución de la responsabilidad del Estado y su constatación en dos recientes fallos ejemplares	239
4. Conclusión	245

APÉNDICE I — JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Responsabilidad del Estado

1. El deber sanitario	247
2. El deber de seguridad en Hospitales Públicos.....	248
3. Obra social de la Ciudad de Buenos Aires	248
4. Responsabilidad por infección hospitalaria.....	248
5. Responsabilidad por efectos personales.....	249
6. Responsabilidad del Estado y los Tratados Internacionales.....	249
7. Extensión de las consecuencias en responsabilidad extracontractual.....	250
8. La responsabilidad por actuaciones administrativas de órganos.....	250
9. Responsabilidad del Estado por sus funcionarios-médicos	251
10. Prescripción de la acción: damnificado paciente.....	251
11. Nulidad pericia médica. Remoción del perito	251

APÉNDICE II — LEGISLACIÓN

1. Ley 26.361. Modificación de la Ley N° 24.240. Disposiciones complementarias.	259
2. Ley 26.944. Responsabilidad estatal.....	277
3. Ley 154 (Ciudad de Buenos Aires). Residuos patogénicos.....	280
4. Decreto N° 1886. Reglamentación Ley N° 154	292